

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број 71/2025

Година XXII

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



Бања Лука, 2025.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број: 71/2025

Година XXII

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БАЊА ЛУКА, 2025.

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

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:

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

НАУЧНИ ОДБОР:

академик проф. др Рајко Кузмановић, председник, Република Српска;
академик проф. др Витомир Поповић, Република Српска,
академик Игор Леонидович Трунов, члан, Руска Федерација;
академик проф. др Владо Камбовски, члан, Сјеверна Македонија;
академик проф. др Миодраг Симовић, члан, БиХ;
проф. др Зоран Васиљевић, 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 Драган Боланча, члан, Хрватска;
проф. др Драгана Дамјановић, члан, Аустрија;
проф. др Вид Јакулин, члан, Словенија

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

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

САДРЖАЈ

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик РАЈКО КУЗМАНОВИЋ

Улога државе у савременом друштву 13

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Prof. dr Zorica Drljača

**Osnovne karakteristike poresko - pravnog odnosa sa osvrtom
na zakonsku regulativu u Republici Srpskoj** 27

Prof. dr Nevenko Vranješ

Stanje digitalizacije javne uprave u Bosni i Hercegovini 51

Др Милош Прица

Карактеристике правног положаја јавних медијских сервиса 69

Доц. др Милица Торбица

**Правни положај службеника за етику
и интегритет у Републици Србији** 93

Жељка Милинковић, мастер права

Правна својства управног акта -коначност и правоснажност- 109

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Рајко Кличковић, дипл. правник Милан Ђурановић

**Сличности и разлике рада у радном односу и рада ван радног
односа у Закону о раду Републике српске** 125

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur

**Autonomni opći normativni akti u zakonu
o bezbednosti i zdravlju na radu** 147

Др Недељко З. Милаковић

**Професионална тајна здравствених радника
и здравствених сарадника у Републици Српској** 161

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Гордана Станковић, др Ранка Рачић
**Заштита права дјетета у парничном поступку
у праву Републике Србије и Републике Српске** 189

Dr. sc. Dragan Bolanča
**Postupak određivanja granice i evidentiranja (katastar i zemljišnik)
pomorskog dobra Republike Hrvatske** 213

Prof. dr. Arsen Janevski, prof. dr. Milka Rakočević
**Ustanova protivizvršenja u pravu Republike Severne Makedonije
- otvorena pitanja i dileme u praksi –** 229

Проф. др Бранко Мораит
Фама о државној имовини у Босни и Херцеговини 245

Др Илија Бабић
**Општа добра, јавна добра, ствар у општој употреби
– Са освртом на решење преднацрта ГЗ (2015) –** 271

Prof. dr Darko Radić
**Almost Half A Century of Application of the Law on Obligational Relations –
Current State and Perspectives in Serbia and the Republic of Srpska** 289

Проф. др Наташа Стојановић
**Уговор о деоби имовине путем поклона у француском праву
и уговор о уступању и расподели имовине за живота у српском праву –
компаративна анализа** 301

Dr Slobodan Stanišić
Prouzrokovanje štete i doprinos oštećenog 323

Др Стојана Петровић
Судски пенали у извршном поступку 353

Др Санда Ћорац
**Основни и придружени поступак у парницама
за вршење родитељског права** 363

Prof. dr. sc. Viktorija Haubrich Razlozi za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka u parničnom postupku	381

Artan Kurti, advokat Sukob pravnih osnova kod sticanja prava svojine i načelo pouzdanja u katastarsku evidenciju	407

Ивана Лазаревић, ма Максимална хипотека као изузетак од начела акцесорности заложног права	433

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик професор емеритус Мирко Васиљевић <i>Affectio societatis</i> и право привредних друштава	457

Проф. др Зоран Васиљевић Правни положај предузетника према новом закону о самосталним предузетницима	493

Проф. др Владимир Чоловић Санација друштава за осигурање и реосигурање - са освртом на реорганизацију -	509

Проф. др Маријана Дукић Мијатовић Консолидација привредних субјеката у легислативи Републике Србије и Републике Српске, процесно-правни аспекти	529

Проф. др Дамјан Даниловић Систем контроле банака наспрам општег режима контроле привредних друштава	549

Domagoj Rožac, univ. mag. iur., pred. Institut „Squeeze Out” kroz usporednu analizu, sudsku praksu i zaštitu manjinskih dioničara	569

Мр Драган Балтић Раздвајање дјелатности дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом кроз призму енергетских прописа Републике Српске	583

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др Витомир Поповић

Дејтонски мировни споразум - тридесет година касније 607

Akademik prof. dr Boris Krivokapić

Glavni organi organizacije Ujedinjenih nacija i zaštita ljudskih prava 627

Проф. др Александар Љ. Ћирић

**Јединствена примена извора у међународној арбитражи:
домети и границе начела савесности** 653

Проф. др Јелена Ћеранић Перишић

Регулисање употребе вештачке интелигенције у упоредном праву 677

Проф. др Драго Љ. Дивљак

**Заштита јавних интереса у правном систему
Светске трговинске организације** 693

Проф. др Јелена Дамјановић

**Значај права конкуренције и права потрошача у изградњи
и функционисању правног система** 713

Prof. dr. Genc Trnavci

**Historijske okolnosti i uslovi nastanka Svjetske trgovinske organizacije,
njeni uspjesi i pitanje njenog opstanka ili reforme** 731

Dr Jelena Vukadinović Marković

**Granice autonomije volje u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži:
pouke iz slučaja *Dutco* i *Vidatel*** 759

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović

Učesnici u krivičnom postupku u Ruskoj Federaciji 775

Академик проф. др Станко Бејатовић

**Нацрт закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку
и поједностављене форме поступања у кривичним стварима** 805

Др Мирослав Јањић, др Љубинко Митровић Улога и значај стручног савјетника у кривичним поступцима у Републици Србији	.843
Prof. dr Dragan Jovašević Značaj rehabilitacije u krivičnom pravu Srbije	.861
Проф. др Вељко Икановић Генитално сакаћење жена у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини	.879
Др Раденко Јанковић Бранилац у консензуалним кривичним поступцима	.901
Prof. dr Marina M. Simović, prof. dr Vladimir M. Simović Omogućavanje uživanja opojnih droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine i međunarodni standardi	.931
Prof. dr Mile Šikman Trgovina ljudskim bićima kao oblik modernog ropstva	.953
Darko Radulović, Dijana Radulović Povrat u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore	.977

I КАТЕДРА

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

УЛОГА ДРЖАВЕ У САВРЕМЕНОМ ДРУШТВУ

Академик проф. др Рајко Кузмановић¹

Анстракт: Према евиденцији Организације уједињених нација, данас у свијету постоји двије стотине осам (208) држава. Буран је развој државе, јер је само у посљедњих стотину (100) година конституисано стотину двадесет (120) оних које су суверене и самосталне. Поред наведених државних реалитета, конституисано је још толико државотворних реалитета, федералних држава у саставу централних држава. Експанзију стварања држава пратило је сазнање о томе да нема слободних народа без државе. Тиме је демантована теорија о држави као тиранину, па је због тога потребно укинути државу као тиранина. У том смислу развила се теорија о потреби одумирања државе. Држави је дато значајно мјесто још у античко доба, када је створена солидна основа за утврђивање мјеста и улоге државе у савременом друштву. Примјер за убрзано конституисање државе је случај социјалистичке Југославије као суверене државе, чијим је распадом конституисано шест суверених држава. Тај процес конституисања није завршен. Конституисане су нове државотворне јединице као **ентитети**, те федералне јединице.

Кључне ријечи: држава, право, конститутивност, правда, ентитет, федерална јединица, слобода и Организација уједињених нација.

¹ Академија наука и умјетности Републике Српске

1. Пuteви развоја државе

Историјски путевы развоја започели су још у доба Античке Грчке непролазним дјелима о држави филозофâ Аристотела, Платона, Хераклита и Херодота. У тим дјелима, па све до данас, издиференцирала су се два става (схватања) о држави, и то да је држава заштитник народа и да је држава тиранин народа.

Путевы стварања државе крећу се у два правца. Први је савремени правац формирања бројних држава, а други је историјски, који треба разматрати од првобитних схватања појма државног ентитета, почевши од Античке Грчке, а нарочито од филозофије Платона о држави. Платон је у своме дјелу „Држава“, теоријски али и практично, повезан са праксом.² Када се прочитају његова дјела, а посебно „Држава“, јасно се види да је Платон идеалиста, иако у практичном смислу он има елементе материјализма.

Платонова 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 се није брзо прихватила теорија о стварању државе, па су често и неки други облици организовања народа и друштва замјењивали државу.³ Класичан је примјер формирања 156 статута градова-држава у Старој Грчкој, који су представљали неку врсту вишег акта од статута, као што је устав. На другој страни јављао се покрет освајања великих територија, као нпр. Месопотамије, Индије, Египта и др. Паралелно, идеја 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. Стваране су велике империје, као што су Западно римско царство, а затим Источно царство – Византија. Послије су се развијале државе, као што су Руска царевина, Француска краљевина, Српско царство цара Душана и др.

Модерне државе почињу се конституисати у 19. и 20. вијеку. Тако се формирало више десетина држава, међу којима су 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,

² Бранко Бошњак, Грчка филозофија, Матица хрватска, Загреб 1956, стр. 93.

³ Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992, стр. 17.

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. На прагу 20. вијека било је око 90 држава. Аристотел пише да је држава највеће добро.⁴ Двадесети вијек означио је прави бум конституисања држава, па је формирано око 100 држава. На прагу 21. вијека имамо 208 држава свих облика, као на примјер унитарне државе, федералне, конфедералне, војне диктатуре, протекторати и др.

Још једанпут, осврнућемо се на савремене државе, њихове врсте и њихов значај за заштиту малих народа и држава. Већина савремених држава је заштитник суверенитета и интегритета малих држава и народа.

2. Услови за конституисање државе

Бујање конституисања држава достигло је свој врхунац у савремено доба. Међутим, озбиљно је питање да ли су све државе оствариле одговарајуће услове за конституисање савремене државе. Поставља се питање да ли су те многобројне новонастале државе способне да пруже пуну заштиту своме становништву. Другим ријечима, да ли су испуњени услови да буду државе или остају на нивоу нижих територијалних јединица.

Основни услови за конституисање државе су: припадајућа територија, конститутивни народи и организација власти.⁵ Та три услова уско су повезана, без обзира на то у којем је облику формирана конкретна држава. Сва три елемента (територија, становништво и организована власт), иако различита, уско су повезана и међусобно се надопуњују.

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

Државна територија није само земљишна површина утврђена међународним уговором, већ и зрачни стуб изнад земље оивичен држав-

⁴ Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992, стр. 17.

⁵ Снежана С. Савић, Устав и уставност, Comesgrafika, Бања Лука 2020, стр. 31 и даље.

ном границом, као и стуб у утроби земље, те евентуално обухвата језера и мора. На таквој територији остварује се суверенитет држава и народа и штити се интегритет те територије. 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 граница и тако се не признаје међународно право. Такав акт проглашава се 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 ратује или је на прагу рата око 60 земаља свијета. Осим ратних, јављају се још и 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 организује цјелокупан живот у држави, без обзира на то да ли тај начин управљања одговара свим друштвеним структурама, а становништво се диференцира у двије групе. С друге стране, гледано са државноправног становишта, цјелокупно становништво дијели се на становништво дотичне државе, стране држављане и људе без држављанства (апатриде). Држављанство се може стећи и натурализацијом, као и 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 били Мађари, Албанци, Турци, Италијани итд. Слично је и у данашњој Босни и Херцеговини.

Државна власт је трећи елемент сваке државе и као таква представља битан инструмент њеног функционисања. Носиоци државне власти су државни органи, по чему се државна власт битно разликује од осталих облика власти. Политичка (државна) власт огледа се у праву и могућностима носилаца државних функција, 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, шефа државе, 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 човјековог, односно друштвеног живота, почевши од обичне пореске обавезе коју извршава сваки грађанин.⁶

3. Битне функције државе

У теорији државе и права вијековима се воде расправе око тога које су функције државе. Издиференцирало се неколико битних функција, као што су економска, политичка и идеолошка функција. Поред три наведене, наметнуле су се још двије, а то су: функција присиле и функција заштите. Неки теоретичари државе и права, као нпр. проф. Митровић, проширују листу функција и означавају је као додатну. 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 тој области врло је битно да држава обезбјеђује одређени начин, као и одређени степен производње. У основи, код економске функције увијек треба сачувати одређене односе који одговарају владајућој класи. У одређеним фазама развоја људске заједнице, попут робовласничког и феудалног друштва, разликовала се економска функција, а битно се разликовала и у капитализму и социјализму.

Политичка функција државе огледа се, прије свега, у одвајању приватне и друштвене сфере човјековог дјеловања. Политичка сфера у друштву појачала се онда када се политика почела мијешати у све области и у сваки ниво 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“.⁷

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

⁶ Рајко Кузмановић, Есеји о уставности и државности, Comesgrafika, Бања Лука 2004, стр. 39.

⁷ Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992, стр. 460.

4. Држава тиранин или држава заштитник

Много је држава имало одредницу тиранина, из разлога што су наметали своју вољу у сваком рјешењу или друштвеном питању. Битно се истиче нормативна дјелатност, која се огледа у доношењу устава, закона, одлука, уредби, наредби итд. Те и такве акте доноси представничко тијело (парламент, скупштина и сл.). Тиранија се огледа у умањењу права грађана, као нпр. хапшењу, осудама и другим облицима. Неки теоретичари екстремно се држе става да је држава тиранин. Према таквим и другим ставовима држава је „левијатан“ (чудовиште), што је нетачно или само дјелимично тачно. Ако је држава тоталитарна, колонијална, унитарна и сл., она има елементе недемократије.

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

Преовладава мишљење да држава није тиранин, већ је у већем дијелу заштитник права и слобода њених грађана. При томе треба нагласити да савремено друштво није „држава благостања“. Држава 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 слобода 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 њихова заштита једино испољава кроз дјеловање државе и институција. Данас се у свијету показало да ко нема

државу нема ни слободу. Слобода се, како пише Разбрух, остварује такозваном комутативном правдом.⁸

5. Заштитне функције државе

Развој друштва прати установљење одговарајућих вриједности које треба перманентно чувати од неких паралелних негативних утицаја. У том сплету битних институција и организација централно мјесто, по вриједности, заузима демократија са бројним варијантама. Поставља се питање шта је то демократија, како је ко схвата и кога она штити? Теорија је прихватила став да је демократија владавина народа. Још је Аристотел прихватио да је демократија вриједност за све и да је она „*Vox dei, vox populi*“.⁹

Држава је дужна да штити демократске форме и облике, као што су идентитет, суверенитет и духовност. Преведено на језик наше праксе, држава је 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, који чине језик, писмо, култура, обичаји и духовни идентитет. Проблем идентитета могу имати појединци, држава и народ. То је посебно изражено код малих држава и народа.¹⁰ При томе, нужно је утврдити поријекло, настанак и припадност, тј. потребно је поћи испочетка, како је утврђен идентитет и како се дефинише. Он се одређује као индивидуалност, истовјетност, идентичност, и веже се појединачно за сваког грађанина. Друга врста индивидуалности припада народу, а трећа припада држави.

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

⁸ Густав Разбрух, *Филозофија права*, Центар за публикације Правног факултета, Београд 1998, стр. 40.

⁹ Бранко Бошњак, *Грчка филозофија*, Матица хрватска, Загреб 1956, стр. 114–119.

¹⁰ Рајко Кузмановић, *Зборник радова са научног скупа поводом тридесет година Републике Српске*, рад под насловом „Конституисање Републике Српске од Лисабона до Дејтона“, АНУРС, Бања Лука 2024, стр. 9.

Идентитет, у смислу припадности држави, народу и култури, често се злоупотребљава, као нпр. у култури или историји. Типичан примјер злоупотребе културних споменика у БиХ је нпр. „Повелја Кулина бана“. Бошњачки интелектуалци приписују је бошњачком културном наслеђу, иако се на споменику јасно види ћирилично 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. Не-гдје се духовност толико инкорпорирала у нацију што се види и осјећа на сваком кораку. Данас неки сматрају да је посебно у Индији завладала духовност широким масама, 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 се сасвим јасно виде значај и појам духовности, који обухватају посвећеност природи, Богу, религији и човјеку. Стање духа у православљу, тачније код нас, темељи се на светосављу, Српској православној цркви и снази вјерујућег народа.¹¹

Устав и идентитет трајно се повезују у тумачењу духовности. То приближавање устава и уставности са идентитетом види се у заштити и стабилизацији комплетног политичког система. Устав мора да штити суверенитет и идентитет сваког народа, а нарочито у вишенационалним државама, као што је Босна и Херцеговина. Суверенитет народа штити се тако да се гарантују права и слободе народа и да се не нарушава слобода кретања робе, услуга, капитала и лица. У Републици Српској Устав штити лични и колективни идентитет, који се огледа у заштити националног и вјерског идентитета, заштити културе, обичаја, историје, језика и писма.

Питање суверенитета спада у ред оних вриједности које су најдиректније везане за државу. Такође, битно се уочава, штити или нарушава суверенитет. 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

¹¹ Патријарх Павле, Будимо увијек људи а никада нељуди, Посланица патријарха свештенству и вјерујућем народу упућена за Нову годину 2015, Београд.

власт (најчешће цар, краљ, деспот, предсједник и др.) и који је могао доносити одлуке у оквиру свјетовне и духовне власти. Наведене двије власти данас су раздвојене, ипак тежиште је на свјетовној власти.

Ако се нека држава мијеша у надлежности других држава, поготово малих, онда тиме драстично нарушава њихов суверенитет. Типичан примјер јесте мијешање великих сила у питања Босне и Херцеговине, Републике Српске и Федерације БиХ, па оне имају ограничен суверенитет.

6. Степен државности Републике Српске

Република Српска настала је у вихору грађанског рата. Грађански рат вођен је у бившим југословенским републикама Словенији, Хрватској и Босни и Херцеговини. Рат у Босни и Херцеговини резултат је агресивне политике међународне заједнице и дјеловања глобализма у земљама социјализма. Југославија се распала вољом међународне заједнице, а потпомогнута унутрашњим сецесионистичким снагама у Словенији, Хрватској и Босни и Херцеговини. Новонастале државе прихватиле су да њихове 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. Формирана је Народна скупштина, 24. октобра 1991. године. Потом је одржан плебисцит 9. и 10. новембра 1991. године, у коме је 98% грађана српске националности, али и многих других, донијело одлуку, односно изјаснило се да желе остати у Југославији или формирати властиту државу.

Држава, као Република српског народа у БиХ, 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.¹²

¹² Рајко Кузмановић, Конститутивни акти Републике Српске, Глас српски, Бања Лука 1994.

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

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

Одмах након потписивања Дејтонског споразума, према Анексу 4 Устава Босне и Херцеговине, чланом 12, тачка 2 наложено је да се уставни 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.¹³

И поред наведеног усклађивања, дио међународне заједнице, у сарадњи са бошњачким политичким представницима, дигао је праву хајку на одузимање надлежности ентитетима. Конкретно, носиоци притиска на Републику Српску били су, и данас су, ОХР и високи представници. Република Српска енергично се супротставила томе притиску и неће дозволити даљу ерозију надлежности.

7. Закључни став

Говорити и писати о држави врло је сложено, и то не само данас, него и у свим фазама развоја мисли о држави. Темелји теорије и праксе утемељени су још у Античкој Грчкој, а потом се развијала мисао кроз средњи вијек, па до грађанског друштва, као и најновијег. Још у почетку отворила се дилема да ли је држава заштитник или тиранин грађанства и институција датог система. Дуго је превладавало мишљење да је држава тиранин. Међутим, развило се схватање да је држава умногоме заштитник људи, организација и институција. Такав приступ схватању 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

¹³ Анекс 4 Дејтонског споразума – Устав БиХ, члан 12, став 2, 1995.

новије доба умањена је 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 јесте постојање трију правних и политичких основа, и то: становништва, територије и организоване власти. 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: суверенитет и идентитет, што се нарочито огледа у заштити језика, писма, обичаја, вјере и нације. Те вриједности држава мора да заштити, јер без њих нема ни слобода, ни државе.

I КАТЕДРА

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

UDK 336.1/.5:336.226.322(497.6PC)

doi 10.7251/PR7125027D

Originalni naučni članak

OSNOVNE KARAKTERISTIKE PORESKO - PRAVNOG ODNOSA SA OSVRTOM NA ZAKONSKU REGULATIVU U REPUBLICI SRPSKOJ

Zorica Drljača¹

Apstrakt: *Pribavljanje novčanih sredstava putem poreza kao osnovnog instrumenat za finansiranje javnih potreba je nesumnjivo neminovnost u savremenim državama, a posmatarjući istorijski, to je bila neminovnost koja se veže za nastanak prvih oblika državnih zajenica, istina, ne pod nazivom porez (već npr. zemljarina, šumarina,, kućarina..), ali su se uvijek uvodili sa istim ciljem- finansiranje javnih potreba, koje su se istorijski mijenjale. Priroda poresko-pravnog odnosa koji se uspostavlja između poreskog povjerioca i poreskih obveznika ima poseban stepen složenosti i osjetljivosti jer poreski povjerioci (država ili drugi javno-pravni kolektiviteti, zavisno od ustavne organizacije države), imaju dominantan i nadređen položaj u odnosu na poreske obveznike, koji su po sili zakona obveznici poreza, bez mogućnosti izražavanja svoje volje da li pristaju ili ne pristaju na plaćanje poreza. Međutim, i pored neravnopravnog statusa poreskih obveznika i jednostranog uspostavljanja ovog odnosa od strane poreskog povjerioca, ne znači, da je to neki neuređen odnos, već naprotiv, društveno uređen odnos javnopravnog karaktera u kojem se, i jednoj i drugoj strani, isključivo zakonom, određuju prava i obaveze koja su u uzajamnom odnosu, što znači da svakoj obavezi jedne strane u ovom odnosu pripada odgovarajuće pravo druge strane. U zavisnosti od faze cjelokupnog procesa oporezivanja i sadržine prava i obaveza*

¹ Prof. dr Zorica Drljača, redovni profesor na Panevropskom univerzitetu Apeiron Banja Luka. drljacam1@teol.net

poreskopravnog odnosa u pojedinim fazama oporezivanja, izdvajaju se dvije komponente ovog odnosa, koje određuju imovinski i poreski upravni odnos, što će i biti suštinsko istraživanje u ovom radu.

Ključne riječi: *ustav, zakon, porez, poreskopravni odnos, poreski po-vjerlac, poreski obveznik.*

Uvod

Oporezivanje je vrlo bitan i pouzdan parametar društvenog razvoja, ali i društvenog reda, jer većina teoretičara smatra da ništa ne govori o naciji kao njen poreski sistem, posmatrajući njegovu strukturu i sadržinu prava i obaveza učesnika u cjelokupnom procesu odvijanja poreskih tokova.² Upoređujući poreske sisteme pojedinih država može se uočiti da ne postoje dvije države u kojima se oporezivanje odvija primjenom istih poreskih oblika, u kojima se na isti način uređuje poresko- činjenično stanje određenog oblika poreza, u kojima pojedini oblici poreza imaju istu ulogu. Navedene razlike nastaju zbog različitih faktora koji utiču na organizovanje poreskog sistema, od kojih se izdvajaju: društveno-ekonomsko uređenje, razvijenost privrede, obrazovni nivo stanovništva i mogućnost korišćenja novih tehnologija u komunikaciji poreskih organa i poreskih obveznika, struktura radne snage, pripadnost određenoj međunarodnoj organizaciji, i svakako, opredjeljenje aktuelne političke vlasti da u okviru ustavnog okvira i društveno-ekonomskog uređenja, odredi šta će se oporezivati, ko će se oprezivati i koliko.³ Bez obzira što ne postoji univerzalna formula za organizovanje poreskog sistema, genaralno važi pravilo da je najbolji poreski sistem onaj koji pojednostavljuje oporezivanje i jasno, nesporno i razumljivo definiše odvijanje poreskih tokova, sa jasnim i precizno određenim obavezama, pravima i ovlašćenjima poreskih organa i pravima i obavezama poreskih obveznika. S toga se i smatra da je umjeće svakog nacionalnog zakonodavca da, osmisli poreska zakonska rješenja koja će biti prihvaćena od strane poreskih obveznika, ali istovremeno i da, takva zakonska rješenja ne predstavljaju prepreku već podsticaj za razvijanje svijesti o obavezi plaćanja poreza i u koje svrhe.

² Charles W.Adams.(2006). *Za dobro i zlo-Uticaj poreza na kretanje civilizacije*. Zagreb, Institut za javne financije, str. 452.

³ Drljača.Z. (2022). *Finansije i finansijsko pravo*. Panevropski Univerzitet Apeiron Banja Luka, str. 55.

Ponašanje poreskih obveznika u pogledu poštovanja poreskih zakona uslovljeno je različitim determinantama. U osnovi „poštovanje“ poreskog zakona od strane poreskih obveznika, svoj izvor nalazi u brizi poreske vlasti za građane kao poreske obveznike, što se manifestuje u odgovarajućem zadovoljenju njihovih interesa i javnih potreba, nastalih kao odraz pripadnosti određenoj državnoj zajednici. Znanje o tome zašto je neophodno ispuniti poresku obavezu u vidu plaćanja poreza i razumijevanje funkcionisanja države na poreskoj osnovi, može pomoći poreskim obveznicima da bolje razumiju da li su, i u kojoj mjeri, opravdana ili neopravdana određena poreska zahvatanja njihove ekonomske snage.⁴ Upravo egzistiranje norme savjesnog poreskog ponašanja u jednom društvu, kao i njeno poštovanje, determinisani su postojećim stanjem poreskog morala u tom društvu. Pod pojmom poreskog morala obuhvaćene su norme ponašanja u vezi sa oporezivanjem koje određuju koja je vrsta tog ponašanja korisna, a koja štetna sa društvenog stanovišta. Osnovni mehanizam za provjeru stanja poreskog morala je odnos prema poreskim prekršajima i poreskim krivičnim djelima, posmatrano u okviru vremenskih i prostornih granica određene sredine, kao rezultat djelovanja objektivnih i subjektivnih faktora. Od subjektivnih faktora posebno je bitan mentalitet poreskog obveznika, stepen razvijenosti svijesti o pripadnosti određenoj društvenoj zajednici i izvršenju građanskih obaveza, dok su objektivni faktori vezani za visinu poreskog tereta, oblike poreza u strukturi poreskog sistema, tehniku oporezivanja, stručnost, efikasnost i otvorenost poreskih organa za saradnju sa poreskim obveznicima, transparentnost o namjeni prikupljenih javnih prihoda, i dosljedna primjenu poreskih zakona. Samo uvjerenje pojedinca da ne postoji poreska diskriminacije, doprinosi podržavanju postojećih javnih politika i aktivnosti u javnom sektoru.⁵

Osjetljivost same materije poreskopravnog odnosa, zahtijeva preciznu i jasnu pravnu regulativu koja obuhvata obe komponente poreskopravnog odnosa i onu imovinske prirode i upravnopravne prirode, koje su neodvojive i čine jednu cjelinu ovog složenog odnosa.⁶ U Republici Srpskoj to možemo posmatrati kroz odredbe Zakona o poreskom postupku Republike Srpske (u daljem tekstu: Zakon o poreskom postupku),⁷ koji se zasniva na konceptu

⁴ Dimitrijević, M. (2016). Primena poreskih zakona i promjenljive društvene okolnosti. Beograd, Udruga pravnika Srbije, Pravni život, br.11/2016, str.67.

⁵ Anđelković, M.(2003). Poreske reforme u Republici Srbiji-primena poreza(Zbornik radova), knjiga 2.Pravni fakultet u Nišu, str.134.

⁶ Popović, D.(2012). Poresko pravo-osmo izmenjeno izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 103.

⁷ Zakon o poreskom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br.

integrisanog uređenja poreskog postupka od utvrđivanja, naplate i kontrole pravilnosti odvijanja poreskih tokova, jasnog definisanja prava, obaveza i ovlašćenja Poreske uprave Republike Srpske (u daljem tekstu: Poreska uprava), prava i obaveze poreskih obveznika, posljedicama nastanka poreske dužničke docnje, i jednim djelom, poreskim prekršajima, dok se ostalim poreskim zakonima kojim se određuje zakonski opis poreskog činjeničnog stanja za određen oblik poreza, definisane odlučujuće činjenice za konkretni oblik poreza, npr. nastanak poreske obaveze, rok dospelosti plaćanja, i poreski prekršaji za određen oblik poreza, ukoliko ima određenih odstupanja u odnosu na Zakon o poreskom postupku, i dr.

Uspostavljanje poreskopravnog odnosa

Opravdanje za ustanovljavanje poreskog sistema i uvođenje pojedinih oblika poreza nalazi svoj najopštiji pravni osnov u ustavu, gdje se određuje ko ima ustavno ovlašćenje u jednoj državi da uvodi poreze (i druge dažbine), ali ništa manje značajno, i načelo da nema poreza bez zakona. U pravno-političkom smislu, svaka država na svojoj teritoriji ima vrhovnu finansijsku vlast, odnosno fiskalni suverenitet koji sadrži više fiskalnih ovlašćenja, rangirana prema jačini njihove finansijsko-političke snage. Tako je na prvom mjestu fiskalano ovlašćenje vezano za ustanovljavanje poreza koje se realizuje donošenjem poreskih zakona. Drugo ovlašćenje je utvrđivanje poreza koje obuhvata pravo obračunavanja i naplate poreza kao krajnjeg cilja fiskalne aktivnosti države. I treće ovlašćenje, kao komponenta fiskalnog suvereniteta, odnosi se na određivanje visine prihoda, što se fiskalno-tehnički realizuje propisivanjem poreske stope za svaki oblik poreza. Dakle, iz vrhovne finansijske vlasti države ili drugog javno-pravnog kolektiviteta, koji u poreskopravnom odnosu imaju status poreskog povjerioca, sadržano je ovlašćenje da poreski povjerilac svoje finansijske potrebe (javne rashode), podmiruje iz ekonomske snage fizičkih i pravnih lica, koja se nalaze pod njegovom poreskom jurisdikcijom.

Po svojoj pravnoj prirodi finansijska aktivnost države usmjerena na ubiranje poreza predstavlja subjektivno poresko pravo, a s druge strane, ona je istovremeno i funkcija, nadležnost nosilaca vrhovne finansijske vlasti da organizuju i kontrolišu ostvarivanje svrhe oporezivanja. Volja poreskog povjerioca da se koristi svojim subjektivnim poreskim pravom manifestuje se

na dva različita načina koja su pravno-politički i pravno-tehnički povezana.⁸ Pravno-politički način korišćenja subjektivnog poreskog prava, manifestuje se u djelatnosti zakonodavog organa da donosi poreske zakone kojim se određuje zakonski opis poreskog činjeničnog stanja određenog oblika poreza. Taj zakonski opis poreskog činjeničnog stanja obuhvata određivanje osnovnih elemenata konkretnog oblika poreza: poreski obveznik, predmet oporezivanja, poreska osnovica, poreska stopa, poreske olakšice, vrijeme nastanka poreske obaveze i dospelost plaćanja poreza. Iz tih zakona, proističe skup konkretnih ovlašćenja poreskih upravnih organa, na osnovu kojih oni donose upravne akte u poreskoj materiji. Radi se o poreskom zahtjevu u širem smislu, jer sadrži ovlašćenja koja djeluju protiv svih (poznatih i nepoznatih) poreskih obveznika, na osnovu kojih upravna vlast može od njih tražiti da podnesu poresku prijavu, da vode poreske knjige, pruže potrebna obavještenja, i neke druge radnje. Kada se zakonski opis poreskog činjeničnog stanja ostavri na konkretan način u odnosu na neko lice koje se nalazi pod poreskom vlašću države, ona preduzima aktivnosti preko svoje upravne vlasti da se efikasno izvrši poreski zahtjev, odnosno dolazi do transformacije poreskog zahtjeva u širem smislu u poreski zahtjev u užem smislu. Taj poreski zahtjev u užem smislu predstavlja ovlašćenje određenog poreskog upravnog organa da traži saradnju od konkretnog obveznika kod utvrđivanja i naplate konkretnog poreza. U suštini, poreski zahtjev u užem smislu predstavlja konkretizovani i tačno individualizovani oblik subjektivnog poreskog prava.⁹

Uspostavljanje poreskopravnog odnosa u Republici Srpskoj

Poresko subjektivno pravo Republike Srpske, određeno je u članu 68. Ustava Republike Srpske,¹⁰ koji određuje da Republika uređuje i obezbjeđuje, između ostalog navedenog, i poreski sistem. Dakle, Ustavom se određuje subjektivno poresko pravo Republike Srpske da vrši poresku vlast na svojoj

⁸ Leinter, A. (1939). Uvod u studij poreznog prava. Zagreb, Vlastita naklada, str. 17.

⁹ Popović, D., Ilić-Popov, G. (1996). Ekonomija oporezivanja i poresko pravo. Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Ekonomski institut Beograd, str. 33.

¹⁰ Ustav Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 21/1992-prečišćeni tekst 28/1994-Amadmani XXVI-XLIII, 8/1996-Amadmani XLIV-LI, 13/1996-ISP., 16/1996-Amadmani LIII, ISP., 31/2002- Amadmani XCIII-XCVIII, 69/2002-Amadmani XCIX-CIII, 31/2003-Amadmani CIV i CV, 98/2003-Amadmani CVI-CXII, 115/2005-Amadmani CXIV, 117/2005-Amadmani CXI-CXXI i 48/2011-Amadmani CXXII i Službeni glasnik BiH, BR. 73/2019-odluka US BiH.

teritoriji. To subjektivno poresko pravo Republika Srpska ostvaruje na način da Narodna skupština donosi zakone, druge propise i opšte akte, dok je ovlašćenje Republike Srpske da svoje finansijske potrebe (javne rashode) namiruje iz ekonomske snage fizičkih i pravnih lica koja se nalaze pod njenom poreskom vlašću određeno u članu 62. Ustava, koji glasi: „sredstva budžeta su porezi, takse i drugi zakonom utvrđeni prihodi.“ Navednom odredbom se pored strukture budžetskih sredstava, odnosno finansiranja javnih rashoda, određuje i princip zakonitosti poreza i drugih javnih prihoda, kao jednog od osnovnih principa pravne države, a odredbom člana 63. Ustava, se određuje princip opštosti plaćanja poreza i princip pravičnosti- princip da se porez plaća prema ekonomskoj snazi poreskog obveznika.¹¹

Konkretizacija subjektivnog poreskog prava Republike Srpske se manifestuje donošenjem poreskih zakona, iz kojih proističe skup konkretnih poreskih ovlašćenja Poreske uprave na osnovu kojih izvršava poreske zakone i druge propise, vrši upravne i stručne poslove u okviru djelokruga poslova koji su određeni u članu 34. Zakona o republičkoj upravi.¹² Znači, Republika Srpska, navednim Zakonom koji predstavlja sistemski zakon, osniva republičke organe uprave i određuje djelokrug poslova svakog organa uprave, odnosno određuje koji će to organi republičke uprave vršiti upravnu vlast Republike, u okviru Ustavom i zakonom utvrđenih prava i dužnosti Republike.¹³ Tako je vršenje upravne vlasti u izvršavanju poreskih zakona, povjereno Poreskoj upravi, koja je osnovana Zakonom o republičkoj upravi, kao republička uprava u sastavu Ministarstva finansija Republike Srpske. Za razliku od Zakona o republičkoj upravi, kojim se osnivaju republički organi uprave kao glavni vršioci upravne djelatnosti Republike Srpske, Zakonom o poreskom postupku, koji spada u poreske propise,¹⁴ uređuje se

¹¹ V. Drljača, Z.(2015). *Zahtjevi principa zakonitosti u oblasti poreza*. Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta Apeiron Banja Luka, VII/7, str. 205-215.

¹² Zakon o republičkoj upravi, Službeni glasnik Republike Srpske, br.115/2018, 15/2022, 56/2022, 132/2022 i 90/2023

¹³ Vid. čl. 66. Ustava Republike Srpske kojim se u okviru prava i dužnosti Republike Srpske, određuje da prava i dužnosti Republike Srpske vrše Ustavom određeni republički organi, a u čl. 97. da poslovne državne uprave obavljaju ministarstva i drugi republički organi uprave, koji provode zakone i druge propise i akte Narodne skupštine i Vlade, kao i akte predsjednika Republike, rješavaju u upravnim stvarima, vrše upravni nadzor i obavljaju druge upravne poslovne utvrđene zakonom. Stoga i član 2. Zakona o republičkoj upravi, određuje da republička uprava vrši poslovne uprave u okviru prava i dužnosti Republike Srpske, a članom. 12. Zakona se određuje da poslove uprave obavljaju ministarstva i drugi republički organi.

¹⁴ U čl. 2. tačka. 7) Zakona o poreskom postupku Republike Srpske, određuje se : poreski

organizacija i nadležnost Poreske uprave, prava i obaveze poreskih obveznika, poreski postupak, plaćanje poreskih obaveza i sve druge radnje koje su u domenu imovinsko-pravne i upravno-pravne komponente poreskopravnog odnosa.

Upravo ovlašćenja, prava i obaveze Poreske uprave, koja predstavljaju poreski zahtjev u širem smislu, su operacionalizacija subjektivnog poreskog prava Republike Srpske. Ta ovlašćenja i prava Poreske uprave, djeluju protiv svih poreskih obveznika koji su određeni poreskim zakonom (poznatih i nepoznatih). Na primjer, kod uvođenja poreza na nepokrenosti u Republici Srpskoj, početkom primjene Zakona o porezu na nepokretnosti,¹⁵ svi vlasnici nepokretnosti su postali poreski obveznici, nastao je poreski zahtjev u užem smislu koji se manifestovao na način da područna jedinica Poreske uprave na teritoriji na kojoj se nalazi nepokretnost postaje ovlašćena da traži saradnju sa vlasnikom nepokretnosti kao poreskim obveznikom, kod utvrđivanja i naplate ovog oblika poreza. Međutim, treba imati u vidu da se ovlašćenja Poreske uprave koja su određena u odnosu na porez na nepokretnosti odnose i na sve buduće vlasnike nepokretnosti, odnosno na još nepoznata lica koja će status poreskog obveznika steći kada se u njihovom realnom životu desi događaj koji se može podvesti pod zakonski opis poreskog činjeničnog stanja, a to je kada postanu vlasnici nepokretnosti.¹⁶

propisii su zakonski i podzakonski akti kojima se propisuju porezi i sporedna poreska davanja ili kojima se uređuje plaćanje poreza i sporednih poreskih davanja, kao i svi zakonski i podzakonski akti za čiji inspekcijski nadzor je nadležna Poreska uprava. S obzirom da zakonodavac u poreske propise ubraja i sve zakonske i podzakonske akte za čiji inspekcijski nadzor je nadležna Poreska uprava, u ove propise bi spadali i odluke jedinica lokalne samouprave o određivanju visine poreske stope do granične poreske stope određene Zakonom o porezu na nepokretnosti, odluke o određivanju visine komunalne takse, i druge odluke o uvođenju lokalnih dažbina na osnovu zakonskog ovlašćenja.

¹⁵ Zakon o porezu na nepokretnosti, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 110/08 i 91/15-novi zakon, sa početkom primjene od 01.01.2016.

¹⁶ Da ne bi bilo nepreciznog pozivanja na određivanje poreskog obveznika, treba imati u vidu činjenicu da je u čl. 5. Zakona o porezu na nepokretnosti, određeno da je poreski obveznik poreza na nepokretnosti fizičko i pravno lice vlasnik nepokretnosti, znači lice koje se vodi u zemljišnim knjigama ili drugim propisanim evidencijama. Međutim, ukoliko se u konkretnom slučaju, faktičko stanje i stanje u odgovarajućim evidencijama ne poklapaju, s poreskog pravnog stanovišta, u stavu 5. se određuje da je poreski obveznik i korisnik nepokretnosti. V. Drljača, Z., Džakula, M., Muminović, E. (2019). Oporezivanje imovine sa osvrtom na zakonsku regulativu u Bosni i Hercegovini. U Zborniku radova Nauka i praksa poslovnih studija III/2019. Univerzitet za poslovne studije Banja Luka, str.112.

Pojam i sadržina poreskopravnog odnosa

Subjektivnom poreskom pravu države koje se manifestuje donošenjem poreskih zakona i davanjem ovlašćenja poreskom organu, kao konkretizacija subjektivnog poreskog prava, korespondira obaveza poreskog obveznika koja ima materijalnu i formalnu stranu. Sadržaj materijalne strane poreske obaveze, je imovinska promjena koja se ogleda u smanjenju ekonomske snage poreskog obveznika, za određen na osnovu zakona utvrđen novčani iznos i za taj iznos se povećavaju javni prihodi u budžetu.¹⁷ Druga strana obaveze poreskih obveznika je da moraju sarađivati sa poreskim organom prilikom utvrđivanja i naplate poreza, gdje se pokazuje upravna (formalna) strana poreskopravnog odnosa.

Posmatrajući sadržinu poreskopravnog odnosa u širem smislu, možemo zaključiti da je to složen odnos, jer su neka prava i obaveze imovinske prirode (npr. pravo i ovlašćenje poreskog organa da zahtijeva plaćanje poreza, što predstavlja obavezu poreskog obveznika da plati porez), ali i da taj odnos sadrži i obaveze neimovinske prirode koja su u sferi upravnog rada poreskih organa npr. pravo poreskog organa da od poreskog obveznika zahtijeva da podnese poresku prijavu, da dozvoli poresku kontrolu, a nasuprot navedenim pravima i ovlašćenjima poreskog organa korespondira obaveza poreskog obveznika da izvrši zahtijevano činjenje, nečinjenje ili trpljenje.

Međutim, bez obzira na različitost sadržaja prava i obaveza u poreskopravnom odnosu, ovaj odnos čini jedinstvenost, jer su svi instituti ovog odnosa bilo da su imovinske ili neimovinske prirode, okrenuti ka jednom cilju, radi kojeg se i uvodi porez, a to je njegovo plaćanje. Tu jedinstvenost poreskopravnog odnosa možemo posmatrati u situaciji, kada je određivanjem poreskih olakšica u vidu oslobađanja plaćanja poreza određeno da je po nekom osnovu poreski obveznik oslobođen plaćanja poreza, ali to njega ne oslobađa poreske obaveze da podnese poresku prijavu i da poreski organ nakon što utvrdi relevantne poreske činjenice, donese rješenje o oslobađanju plaćanja poreza. U suprotnom, takvo ne postupaње poreskog obveznika bi se sankcionisalo kao prekršaj ili izbjegavanje plaćanja poreza, što opet potvrđuje da i u takvoj situaciji, poreskopravni odnos ima za cilj da poreski povjerilac, prikupi poreske prihode od poreskih obveznika koji se nalaze pod njegovom poreskom jurisdikcijom.

¹⁷ V. Tipke, K.(1993). Die Steuerrechtsordnung , Band I. Koln. Verlage Dr. Otto Schmidt, str.135.

Prema kriterijumu broja subjekata, poreski odnos je dvostrani odnos, zatim to je složen odnos, ima elemente i materijalnog i procesnog odnosa, i mješoviti pravni odnos jer i jednoj i drugoj strani u ovom odnosu pripadaju jednovremeno odgovarajuća prava i primjerene obaveze. Zavisno od sadržine poreskopravnog odnosa, odnosno, da li se radi o pravima i obavezama imovinske ili neimovinske (formalne) prirode poreskoprvani odnos u širem smislu može se javiti u obliku: poreskog imovinskog oodnosa i poreskog upravnog odnosa.

Stranke u poreskopravnom odnosu

Stranke u poreskopravnom odnosu su poreski povjerioci i poreski obveznici. Poreski povjerioci ili aktivni poreski subjekti su, kao što je naprijed obrazloženo, nosioci subjektivnog poreskog prava, u čije ime na osnovu ovlašćenja u poreskim zakonima istupaju poreski organi, koji od fizičkih i pravnih lica obezbjeđuju finansijska sredstva (javne prihode) bez neposredne protivu-sluge radi finansiranja javnih rashoda. Polazeći od toga da se u samom ustavu određuje subjektivno poresko pravo određenog javnopravnog kolektiviteta, nesporno je, da Republika Srpska ima svojstvo poreskog povjerioca, kada se radi o porezima koji za izvor oporezivanja imaju dohodak fizičkih lica, do-bit pravnih lica, imovinu, i druge dažbine koje se uvode poreskim zakonima Republike Srpske.¹⁸ U odnosu na poreze, koji za izvor oporezivanja imaju potrošnju (porez na dodatu vrijednost, akcize, uvozne i izvozne dažbine), Re-publika Srpska ima subjektivno poresko pravo u odnosu na pripadnost pri-hoda od indirektnih poreza i utvrđivanje politike indirektnog oporezivanja.¹⁹

Polazeći od činjenice da se u finansijskoj teoriji poreski povjerioci nazi-vaju aktivnim poreskim subjektima, nameće se, sasvim opravdano pitanje, da li jedinice lokalane samouprave imaju ulogu poreskog povjerioca kod javnih prihoda, koji čine strukturu budžeta jedinica lokane samouprave, a naročito, pitanje, da li jedinice lokalne samouprave imaju ulogu poreskog povjerio-ca kod instrumenta za prikupljanje javnih prihoda budžeta jedinica lokalne

¹⁸ Struktura poreskog sistema Republike Srpske, dređena je Zakonom o poreskom sistemu Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 62/2017 i 110/20-odluka Ustavnog suda Republike Srpske.

¹⁹ O uspostavljanju sistema indirektnog oporezivanja u BiH, instrumentima ograničenja izvedenog fisklanog suvereniteta institucija BiH. V. Drljača, Z. (2024). Uspostavljanje sistema indirektnog oporezivanja u Bosni i Hercegovini. Pravna riječ-časopis za pravnu teoriju i praksu, br.69/2024, Udruženje pravnika Republike Srpske,Banja Luka, str.77-100.

samouprave, koji se određuju odlukama skupštine jedinica lokalne samouprave. Imajući u vidu princip zakonitosti koji je jedan od osnovnih principa kod uvođenja poreza i drugih dažbina, o čemu je bilo riječi naprijed u ovom tekstu, proizilazi da jedinice lokalne samouprave nemaju izvorno subjektivno poresko pravo, pa i kada se radi o izvornim prihodima jedinica lokalne samouprave, ali, ipak, imaju odlučujuću ulogu kod određivanja visine nekih poreza, naknada, i drugih dažbina.

U prilog navedenom, navodimo da je način finansiranja jedinica lokalne samouprave u Republici Srpskoj, utvrđen Zakonom o lokalnoj samoupravi,²⁰ određujući u članu 74. navedenog Zakona, da strukturu prihoda i primitaka jedinica lokalne samouprave, čine: porezi (porez na nepokretnosti, porez na prihode od poljoprivrede i šumarstva, porez na dobitke od igara na sreću), ostali porezi utvrđeni zakonom, gradske, odnosno opštinske administrativne takse, komunalne takse, ostale takse utvrđene zakonom (boravišne i posebne administrativne takse), naknade za uređenje građevinskog zemljišta, naknade za korišćenje prirodnih dobara i drugih dobara od opšteg interesa, komunalne i ostale naknade, prihodi od prodaje imovine čija imovina ne ugrožava izvršavanje nadležnosti jedinice lokalne samouprave, ostali prihodi, u koje se ubrajaju prihodi od samodoprinosa, prihode od novčanih kazni izrečenih u prekršajnom postupku, utvrđeni aktom jedinice lokalne samouprave, i dr.

Primjer vlastitih prihoda od poreza čiju stopu utvrđuju jedinice lokalne samouprave su prihodi od poreza na nepokretnosti u statici. Svi elementi ovog poreza su određeni Zakonom o porezu na nepokretnosti, a kod određivanja poreske stope, zakonodavac je utvrdio visinu granične poreske stope, a jedinicama lokalne samouprave dao ovlašćenje da do tog graničnog iznosa, visinu poreske stope, određuju lokalni parlamenti za nepokretnosti koje se nalaze na području jedinice lokalne samouprave. Istu situaciju imamo i kod utvrđivanja visine komunalne takse, gdje se Zakonom o komunalnim taksama,²¹ utvrđuju i uređuju osnovni elementi sistema komunalnih taksi u Republici Srpskoj, ali i određuje da komunalne takse u skladu sa navednim Zakonom posebnim aktom utvrđuju jedinice lokalne samouprave, te da su prihodi od komunalne takse u cjelosti prihod jedinica lokalne samouprave.

²⁰ Zakon o lokalnoj samoupravi, čl. 74-78, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 97/16, 36/19 i 61/21.

²¹ Zakon o komunalnim taksama, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 119/2012, 123/2020 i 119/21.

Ostali porezi koji se navode kao prihod budžeta jedinica lokalne samouprave su prihodi od poreza koji po osnovu raspodjele prihoda u određenom procentu pripadaju budžetu Republike Srpske i budžetu jedinica lokalne samouprave, dakle, radi se o zajednici prihoda. Način raspodele prihoda od tih poreza, odnosno procenat pripadnosti određen je Zakonom o budžetskom sistemu Republike Srpske.²²

U odnosu na način finansiranja jedinica lokalne samouprave i pripadnost javnih prihoda od određenih oblika poreza, te zakonsko ovlaštenje da određuju visinu poreske stope poreza na nepokretnosti koje se nalaze na području jedinice lokalne samouprave, da uvode i određuju visinu iznosa administrativne takse i određenih naknada, nedvosmisleno je da ulogu poreskog povjerioca imaju i lokalne zajednice, ali ograničenog karaktera, samo u obimu koje je određeno zakonom, bez obzira da li se radi o izvornim prihodima budžeta jedinica lokalne samouprave ili prihodima koji pripadaju lokalnom budžetu po osnovu raspodjele javnih prihoda između budžeta Republike i budžeta jedinica lokalne samouprave.

Poreski obveznici

Drugu stranu u poreskopравnom odnosu predstavljaju fizička i pravna lica koja ispunjavaju zakonom propisane uslove u pogledu sticanja prihoda, posjedovanja imovine, obavljanja različitih transakcija i drugih manifestacija ekonomske snage. Pojam poreskih obveznika obuhvata sve subjekte koji u procesu oporezivanja obavljaju različite vrste radnji u cilju izvršavanja poreske obaveze. Poreskopравna sposobnost koju fizička lica stiču rođenjem, a pravna lica upisom osnivačkog akta u sudski registar, može se označiti kao primarna pravna sposobnost u materiji oporezivanja. Nasuprot građanskopравnom odnosu gdje je titularu, u većini slučajeva, dopušteno da na nekog drugog prenese svoje pravo ili svoju obavezu (ako je povjerilac saglasan), kao i da se odrekne svog prava, u poreskopравnom odnosu važi princip neprenosivosti prava i obaveza, stim što ovaj princip nije apsolutnog karaktera. Iako se polazi od principa da je poreska obaveza, po pravilu, lična i da se ne može prenositi na druge subjekte, od ovog pravila u poreskom pravu postoje određeni izuzeci. Moguće je, najprije, da država poreskim zakonom kod nekih poreskih oblika izričito propiše odgovornost članova uže porodice za

²² Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske, br. 12/2012, 52/2014, 103/2015, 15/2'016, 110/2025.

neizmirene poreske obaveze obveznika. U drugom slučaju, smrt se javlja kao pravna činjenica, za koju poresko pravo vezuje nastanak poreske obaveze nasljednika. Tako nalazimo da Zakon o poreskom postupku određuje da ukoliko se radi o nastalom poreskom dugu ostavioca, nasljednici izmiruju poreski dug do visine naslijeđene imovine. U slučaju da postoji više nasljednika, oni odgovaraju solidarno za dugove ostavioca i to svaki do visine vrijednosti svog nasljednog dijela. Jedan od izuzetaka, koji se navodi u Zakonu o poreskom postupku, je određivanje instituta sekundarne poreske, kao sredstva obezbjeđenja poreske obaveze primarnog poreskog obveznika od strane trećih lica, kojim se nastoji osigurati namirenje poreskog duga, ako ni prinudna naplata ne omogući naplatu poreskog duga.²³

Državljanstvo, prebivalište i boravište čine skup okolnosti u vezi sa poreskim obveznikom i mogu da utiču na sticanje, vršenje i zaštitu njegovih poreskih prava. Ove činjenice su istovremeno značajne za određivanje obima rasprostiranja poreske obaveze na različite subjekte u pravu i kao odlučujuće kod sukoba poreskih jurisdikcija. Upravo iz tih razloga, u većini savremenih poreskih sistema uveden je pojam "rezidenta" čime je stvorena mogućnost za napuštanje klasičnog teritorijalnog principa u oporezivanju i baziranje oporezivanja na faktičkoj, realnoj osnovi. To sa aspekta poreske vlasti znači da su sva lica koja žive i privređuju na teritoriji određene države, nezavisno od državljanstva, dužna da plaćaju porez po propisima te države. Fiskalno rezidenstvo se stoga pojmovno šire određuje od prebivališta, jer se status fiskalnog rezidenta utvrđuje na osnovu činjeničnog stanja (sticanja dohodaka i drugih uslova), nezavisno i od boravka u određenoj državi, tako da fiskalno rezidenstvo predstavlja činjenični koncept a ne pravni pojam.²⁴

Poreski imovinski odnos

Poreski imovinski odnos predstavlja najznačajniju komponentu poreskopravnog odnosa, njegovo jezgro, pa se zato može i nazvati poreskopравnim odnosom u užem smislu. Ovaj odnos sadrži zahtjeve i obaveze imovinske prirode tiče se cjelokupnosti u poreskim zakonima utvrđenih imovinskopравnih

²³ V. član 44. Zakona o poreskom postupku Republike Srpske o određivanju sekundarne poreske obaveze i određivanje lica koja su odgovorna za sekundarnu poresku obavezu.

²⁴ O rezidentsvu u poreskoj materiji vidi: Popović, D. (1989). *Međunarodno dvostruko oporezivanje*. Beograd, Finansije-časopis za teoriju i praksu finansija, br.5-6/1989, str, 245.

odnosa između ovlaštenih poreskih organa i fizičkih i pravnih lica što i čini sadržinu ovog odnosa. Osnovna karakteristika poreskog imovinskog odnosa je da predmet predstavlja obavezu davanja, za razliku od poreskog upravnog odnosa u kojem predmet čine obaveze činjenja, nečinjenja i trpljenja.

Zahtjevi i obaveze imovinske prirode u poreskom imovinskom odnosu, s obzirom na njihovu korespondenciju mogu se razvrstati na sledeći način: 1) glavni poreski zahtjev (poresko potraživanje), odnosno glavna poreska obaveza, koja se veže za nastanak poreske obaveze, 2) zahtjev za sporedna poreska davanja (zatezna kamata, troškovi prinudne naplate), odnosno obaveza na sporedna poreska davanja; 3) zahtjev da se izvrši povrat više plaćenog ili pogrešno plaćenog poreza, odnosno obaveza povrata poreza; 4) zahtjev za korišćenje poreskog kredita, odnosno obaveza poreskog organa da odobri poreski kredit; 5) zahtjev za poresku refakciju, odnosno obaveza poreske refakcije (povrat poreza u zakonom određenim slučajevima).

Nastanak poreske obaveze

Glavni poreski zahtjev -poresko potraživanje kojem korespondira glavna poreska obaveza, nastaje kada se u realnom životu desi događaj koji se može podvesti pod zakonski opis poreskog činjeničnog stanja. Momenat nastanka poreske obaveze određuje se za svaki oblik poreza posebno. Na osnovu poreskog zakonodavstva Republike Srpske, poreska obaveza kao osnovna sadržina poreskog imovinskog odnosa kod direktnih poreza nastaje u različitim momentima, zavisno od pravnih ili ekonomskih činjenica koje predstavljaju konkretizaciju poreskopravnog odnosa.

Prema odredbama Zakona o porezu na dohodak²⁵, obaveza poreza na dohodak nastaje na nekoliko različitih načina, u zavisnosti od vrste prihoda koje obveznik ostvaruje. Kod ličnih primanja poreska obaveza nastaje: 1) danom zasnivanja radnog odnosa, kada lična primanja imaju oblik zarade, plate ili sličnih primanja, 2) danom zaključenja ugovora o povremenom ili privremenom obavljanju poslova, kada lična primanja imaju oblik naknade iz ovakvog ugovora, 3) kod prihoda od obavljanja samostalne djelatnosti, početkom obavljanja djelatnosti, 4) kod prihoda od autorskih prava, patenata i tehničkih unapređenja, poreska obaveza nastaje danom ostvarivanja prihoda, 5) kod prihoda od nepokretnosti (dohodak od kapitala) poreska obaveza na-

²⁵ Zakon o porezu na dohodak, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 60/2015, 66/2018, 105/2019, 123/2000, 49/2021, 56/2022, 112/20²³ i 110/2024.

staje danom zaključivanja ugovora o zakupu nepokretnosti, 6) kod poreza na prenos apsolutnih prava sa naknadom (dohodak na kapitalne dobitke) poreska obaveza nastaje danom zaključenja ugovora o prenosu prava svojine i drugih apsolutnih prava, a dan zaključenja ugovora smatra se dan kada su ugovorne strane ovjerile svoje potpise na ugovoru u kod notara.

Poreska obaveza u odnosu na nasljeđe nastaje danom pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju, ali ukoliko se radi o nastalom poreskom dugu ostavioca, nasljednici izmiruju poreski dug do visine naslijeđene imovine. Ako naslijeđena imovina nije dovoljna za izmirenje cjelokupnog iznosa poreskog duga, neizmireni iznos poreskog duga se otpisuje (član 43. Zakona o poreskom postupku). Poreska obaveza na poklon nastaje danom zaključenja ugovora o poklonu, a ako ugovor nije zaključen u pismenoj formi, danom prijema poklona.²⁶

Obaveza po osnovu poreza na nepokretnosti u statici nastaje danom kada poreski obveznik stekne ili počne da koristi nepokretnosti zavisno od dana koji je ranije nastupio, a kod nepokretnosti u izgradnji prema procentu izgrađenosti na dan procjene vrijednosti.²⁷

Obaveza poreza na dobit privrednih društava u Republici Srpskoj, nastaje danom otpočinjanja obavljanja djelatnosti, na šta upućuju zakonska odredba o obavezi podnošenja poreske prijave, u članu 39 stav 3 Zakona o porezu na dobit u Republici Srpskoj, koja glasi: "Pravno lice koje se prvi put registruje kao poreski obveznik dužno je da podnese poresku prijavu sa procjenom dobiti do kraja poreske godine u roku od 30 dana od dana početka obavljanja poslovne djelatnosti."²⁸

Vrijeme ispunjenja glavne poreske obaveze

Predmet glavne poreske obaveze čini davanje u obliku novčane sume, odnosno, plaćanja poreza po dospelosti poreske obaveze. Dospjelost u poreskom pravu predstavlja svojstvo poreske obaveze da je nastupio rok za ispunjenje. Ukoliko se ne izmiri poreska obaveza u zakonom određenom roku, poreski obveznik, pada u poresku dužničku docnju, što dovodi do:1)postavljanja zahtjeva za sporedna poreska davanja (poresku kamatu i troškove prinudne

²⁶ O oslobođanju plaćanja poreza na dohodak po osnovu nasljeđivanja i poklona vidi član 8. stav 4. tč. 15, 16 i 17. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 14/2020.

²⁷ V. Član 6. Zakona o porezu na nepokretnosti.

²⁸ V. Zakon o porezu na dobit, Službeni glasnik Republike Srpske, br.,94/2015, 1/2017, 59/2019 i 48/2024.

naplate) odnosno nastaje obaveza poreskog dužnika za sporedna poreska davanja.²⁹ To znači, da se protiv poreskog obveznika koji je u poreskoj dužničkoj doznji, pokreće postupak prinudne naplate poreskog duga koji je regulisan Zakonom o poreskom postupku. Postupak prinudne naplate Poreska uprava pokreće i provodi po službenoj dužnosti, uz dužno poštovanje prema poreskom **dužniku vodeći** računa da preuzima redosljed mjera koje su određene Zakonom i da se izbjegne bilo kakva povreda ličnog dostojanstva i nepotrebne neprijatnosti za dužnika. Npr.ne mogu biti predmet prinudne naplate stvari i primanja fizičkih lica koja su izuzeta od izvršenja u skladu sa Zakonom o izvršnom postupku, koji u postupku prinudne naplate ima susidijarnu primjenu.³⁰

Ostali zahtjevi i obaveze iz poreskog imovinskog odnosa

Pored zahtjeva poreskog organa prema poreskom obvezniku u poreskom imovinskom odnosu, postoje i zahtjevi poreskog obveznika prema poreskom organu, među kojim se izdvajaju:

1) Zahtjev za povrat više plaćenog ili pogrešno plaćenog poreza, pripada poreskom obvezniku koji je pretplatio ili pogrešno uplatio porez ili sporedno poreska potraživanje. Taj zahtjev postoji kada je poreski obveznik platio određeni iznos kao porez ili kao sporedno poresko potraživanje, a da na to prema zakonu nije bio obavezan. Nepostojanje poreske obaveze može biti očito već u momentu plaćanja (npr. ako poreski obveznik dva puta plati isti porez), a može biti i konstantovano tek u nekom kasnijem trenutku, kao što je donošenje drugostepenog rješenja kojim se usvaja žalba na prvostepeno rješenje o utvrđivanju poreza. Postupak se pokreće po zahtjevu poreskog obveznika, uz obavezu poreskog organa da plati pozitivnu kamatu za period od isteka 30 dana od predaje zahtjeva za povrat pretplate od dana predaje (član 61. Zakona o poreskom postupku). Ipak, treba imati u vidu da se pretplaćeni porez najčešće koristi za plaćanje druge obaveze, i u tom slučaju smatra se da je pretplaćeni porez vraćen na dan dospjeća one obaveze za čije plaćanje se koristi.

2) Zahtjev za korištenje poreskog kredita, odnosno iznosa za koji se umanjuje poreska obaveza, prepoznamo kod poreza na dodatu vrijednost,a-

²⁹ Sporedna poreska davanja određena su u članu 2. stav 2. Zakona o poreskom postupku Republike Srpske, definicijom, da je sporedno poresko davanje svaka obaveza plaćanja u korist budžeta Republike Srpske , opštine i gradova i fondova, proistekla iz obaveze plaćanja poreza, uključujući kamatu na porez, troškove postupka i druga plaćanja koja su prpisana poreskim propisima , kao i novčane kazne za prekršaje.

³⁰ V.član 67. Zakona o poreskom postupku Republike Srpske.

ko se obveznik poreza na dodatu vrijednost ne opredijeli za povrat poreza u situaciji kada je iznos ulaznog poreza u poreskom periodu veći od iznosa izlazne poreske obaveze za isti poreski period, a ta razlika mu se prizna kao poreski kredit. Opredjeljujući se za poreski kredit poreskom obvezniku se za tu razliku umanjuje obaveza u narednom poreskom periodu, ili zavisno od iznosa i u budućim poreskim periodima koji slijede.

3) Zahtjev za poresku refakciju postoji kada je prvobitno poresko potraživanje bilo sasvim u redu, ali se obvezniku zakonom daje pravo da, pod određenim uslovima od države zahtijeva refundaciju uplaćenog iznosa, jer se iz tehničkih razloga drugim putem ne bi mogla jednostavno odobriti poreska olakšica. Takvu situaciju imamo kod poreza na dodatu vrijednost, np. u slučaju povrata poreza na dodatu vrijednost fizičkom licu koje nema stalno mjesto prebivališta u BiH, na robu koju kupi u BiH (uz ograničenje za određenu robu), ako se vrši izvoz robe iz BiH, kod pružanja usluga prevoza koje su direktno povezane s izvozom dobara, kod izvoza zlata centralnim bankama, izvoza robe diplomatskim i konzularnim predstavništvima ako je to predviđeno međunarodnim ugovorima, i nekim drugim slučajevima³¹

Prestanak poreske obaveze

Do prestanka poreske obaveze dolazi plaćanjem ili nastupanjem činjenica kojima objektivno pravo priznaje snagu da mogu da dovedu do tog prestanka. Kod periodičnih poreza kao što su porez na imovinu, porez na dohodak, porez na dobit preduzeća, jednom nastala poreska obaveza traje više godina, a prestaje po pravilu, izuzetno (npr. ako se sruši zgrada na koju se plaća porez na imovinu, prestane radni odnos ili likvidira privredno društvo). Kod ovih poreza za razliku od poreske obaveze koja je trajne prirode, predmet poreske obaveze, odnosno poreski dug nastaje i dospijeva svake godine, svakog tromjesječja, svaki mjeseca ili češće npr. prilikom svake isplate dohotka. Plaćanje poreza predstavlja redovan način gašenja poreskog duga. Taj izraz označava uzimanje određenog novčanog iznosa od poreskog obveznika radi namirenja potraživanja uplatom na žiro račun budžeta Republike Srpske, osim poreza na nepokretnosti koji se plaća na žiro račun jedinice lokalne samouprave gdje se nepokretnost nalazi.

³¹ V. član 27, 28, 29, 32 i 53. Zakona o porezu na dodatu vrijednost Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 9/2005, 35/2005, 100/2008, 33/2017, 46/2023, 80/2023, 20/2025.

Zastarjelost poreskog potraživanja je jedan od načina prestanka poreske obaveze. Poreska zastarjelost obuhvata gubitak prava poreskog organa za utvrđivanje i naplatu poreskog duga. Rok zastarjelosti za utvrđivanje poreske obaveze određen je od pet godina od dan podnošenja poreske prijave, odnosno od dana dospjeća poreske obaveze, računajući od dana koji je kasnije nastupio (član 79. Zakona o poreskom postupku), dok je rok zastrajelosti za povrat pretplaćenog poreza određen tri godine od dana prijema obavještenja o pretplati poreza. Rok zastarjelosti za naplatu utvrđene poreske obaveze prinudnim putem je deset godina od dana izvršnosti prijavljene poreske obaveze, odnosno od dana pravosnažnosti rješenja o plaćanju poreske obaveze. Prekid zastarjelosti nastupa svakom radnjom Poreske uprave koja se odnosi na iznos duga o kojem je obveznik poreza obaviješten, i radnjom obveznika u vezi sa iznosom duga koji Poreska uprava ima prema poreskom obvezniku u slučaju pretplate poreza. Službena lica Poreske uprave koja vode prvostepeni i drugostepeni poreski postupak dužna su da po službenoj dužnosti paze na rok rok zastarjevanja.

Jedan od načina prestanka poreskopravnog odnosa je, otpis duga što predstavlja potpuno ili djelimično otpisivanje poreskog duga jednostranim odricanjem poreskog povjerioca, odnosno poreskog organa, uz izričito zakonsko ovlaštenje. Za razliku od građanskog prava gdje je za otpuštanje duga neophodan ugovor između povjerioca i dužnika, u poreskom pravu otpisivanje poreskog duga je jednostrani akt - rješenje poreskog organa. Otpis duga, kao jedan od načina prestanka poreskog duga vezan je za ličnost poreskog dužnika, što znači da će se dug otpisati ako dugovani iznos nije naplaćen u postupku prinudne naplate zbog dokazane nesolventnosti poreskog dužnika, proglašavanjem iznosa duga potpuno ili djelimično nenaplativim, i trajnim otpisom duga u situaciji kada je dužnik nesolventan u momentu kada je dug postao predmet otpisa zbog zastarjelosti a zastarjelost nije prekinuta.

Prebijanje je način gašenja poreske obaveze, odnosno vrsta naplate poreske obaveze kada poreski obveznik izmiruje poresku obavezu na račun potraživanja koje ima protiv poreskog organa (pretplata poreza). Za razliku od rješenja koja važe u građanskom pravu, prebijanje u poreskom pravu se može izvršiti samo kada je izričito predviđeno u zakonu.

Poreski upravni odnos

Da bi se ostvario krajnji cilj uvođenja jednog poreza, odnosno plaćanje poreza radi prikupljanja finansijskih sredstava za obavljanje aktivnosti države i drugih javnopravnih tijela, poreskim zakonima se poreskim obveznicima

nalažu i brojne obaveze formalne prirode koje zahtijevaju saradnju sa poreskim organom kod utvrđivanja i naplate poreza, ali i poreskim organima određene obaveze i dodjeljuju određena ovlaštenja. U suštini, možemo zaključiti da sadržinu poreskog upravnog odnosa sačinjava ukupnost dužnosti i ovlaštenja subjekata tog odnosa.

Ovlaštenja poreskog organa u većini poreskih sistema su sličnog sadržaja koja su utvrđena zakonima koji uređuju rad poreske administracije. Bez obzira o kojem se poreskom organu radi, u ostvarivanju nadležnosti utvrđenih zakonom poreski organi imaju obavezu i ovlaštenja da: 1) vrše registraciju poreskih obveznika dodjeljivanjem poreskog identifikacionog broja i vode jedinstven registar poreskih obveznika; 2) vrše utvrđivanje (razrez) poreza, u skladu sa zakonom; 3) vrše poresku kontrolu, u skladu sa zakonom; 4) vrše redovnu i prinudnu naplatu poreza i sporednih davanja i drugih dažbina ako je to u nadležnosti poreske uprave (npr. prinudna naplata administrativne takse); 5) otkrivaju i sprečavaju izvršenje poreskih krivičnih djela i poreskih prekršaja i u vezi s tim preduzimaju zakonom propisane radnje; 6) pokreću i vode po službenoj dužnosti ili po zahtjevu poreskog obveznika prvostepeni upravni postupak; 7) staraju se o primjeni međunarodnih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja u oblasti direktnih poreza; 8) razvijaju jedinstven poreski informacioni sistem; 9) vode poresko knjigovodstvo; 10) pružaju stručnu pomoć poreskim obveznicima u primjeni poreskih propisa, u skladu sa kodeksom ponašanja zaposlenih u poreskim organima; 11) obezbjeđuju javnost u radu i saradnju sa poreskim administracijama drugih država.

Na strani poreskih obveznika postoje obaveze koje su vezane za radnju činjenja, nečinjenja i trpljenja.

Obaveze činjenja sastoje se u dužnosti, da se ima određeno ponašanje u odnosu na porez. U grupu obaveza činjenja ubrajaju se:

1) Obaveza podnošenja prijave za registraciju i izdavanje poreskog identifikacionog broja koji predstavlja jedinstven i jedini broj fizičkog lica, preduzetnika i pravnog lica, državnih organa, ustanova i drugih lica određenih zakonom za sve javne prihode i koji se zadržava do prestanka statusa poreskog obveznika. 2) Obaveza podnošenja poreske prijave, odnosno, obračunavanja poreza u slučaju samooporezivanja, koja je propisana s ciljem da se pomogne rad nadležnog poreskog organa u postupku utvrđivanja poreza.³²

³² Poreska prijava predstavlja formalni podnesak upućen poreskom organu, u kojem su

3) Obaveza podnošenje dokumentacije i pružanje raspoloživih informacija neophodnih za utvrđivanje činjeničnog stanja od značaja za oporezivanje, je takođe, jedna od obaveza koju imaju poreski obveznik i treća lica. Poreski organi mogu zahtijevati od poreskog obveznika i trećih lica da, u roku koji odredi poreski organ, dostave na uvid i provjeru poslovne knjige i evidencije, računovodstvene iskaze, poslovnu dokumentaciju i druge isprave i dokaze radi utvrđivanja činjeničnog stanja. Uvid u navedenu dokumentaciju i provjeru poreski organi mogu obavljati u službenim prostorijama, elektronskim putem ili kod lica koje je dužno da dostavi navedene dokumente. 4) Obaveza vođenja poslovnih knjiga i evidencija, u skladu sa poreskim zakonom

Obaveze nečinjenja sastoje se u dužnosti poreskog obveznika da se uzdrži od određenog činjenja. Subjekat obaveze nečinjenja obavezan je na negativno ponašanje, koje se može sastojati u nevršenju nekog prava, odnosno u neobavljanju neke radnje. Obaveze nečinjenja u funkciji olakšavanja poreskog postupka veoma su brojne i sastoje se u različitim zabranama koje se nameću poreskim obveznicima. Tako je, poreski obveznik dužan da ne ometa i ne sprečava službena lica koja učestvuju u poreskom postupku u obavljanju zakonom utvrđene dužnosti ili poreski obveznik ne smije da napusti mjesto gdje se odvija terenska kontrola (dužan je da bude prisutan dok kontrola traje). Poreski inspektor može u postupku kontrole izreći poreskom obvezniku privremenu mjeru zabrane vršenja djelatnosti, a poreski obveznik ne može da preduzima poslovne aktivnosti dok ta mjera traje.

Obaveze trpljenja sastoje se u dopuštanju aktivnosti poreskog organa koje zadiru u autonomnu sferu koju pravni poredak priznaje poreskom obvezniku i kojima bi poreski obveznik, da nije poreskog propisa, imao pravo da se suprotstavi, odnosno obavezan je da to trpi. Poreskim obveznicima se nameću različite obaveze trpljenja, kojima korenspondiraju ovlašćenja nadležnog poreskog organa da može zadirati u autonomnu sferu poreskog dužnika, s ciljem da se spriječi kršenje poreskih zakona. Tako je poreskom organu u svim zemljama dato ovlaštenje da može utvrđivati poresku osnovicu, da može kontrolisati informacije koje dobije od poreskog obveznika i trećih lica i da može naplaćivati porez. Obaveza trpljenja se najčešće vezuje za postupak

sadržani pravno relevantni podaci za utvrđivanje poreske obaveze obveznika, odnosno poreske sposobnosti obveznika kod nekih vrsta poreza (npr. godišnji porez na dohodak građana, porez na imovinu i prihod od imovine, porez na dobit korporacija) a njen neposredan cilj jeste utvrđivanje poreske osnovice.

poreske kontrole, a u određenoj mjeri i za postupak prinudne naplate, a to, su: 1) obaveza da se dopusti pregled poslovnih knjiga i evidencija, računovodstvenih iskaza, poslovne dokumentacije i drugih isprava i dokaza; 2) obaveza da se dopusti pregled utroška i stanja zaliha inventara materijala, sirovina, poluproizvoda, gotovih proizvoda i osnovnih sredstava; 3) obaveza poreskog obveznika da se podvrgne saslušanju, 4) obaveza da se dopusti privremeno oduzimanje robe, poslovnih knjiga, dokumenata i drugih dokaznih sredstava od značaja za utvrđivanje poreske obaveze; 5) obaveza da se ne ometa (trpi) sprovođenje prinudne naplate poreza i dr.

Zaključak

Poreskopравни odnos u širem smislu je javnopravni odnos između dvije određene strane, na osnovu kojeg je, jedna strana ovlašćena da od druge strane traži određeno davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje, a druga strana je dužna da to ispuni. Određivanje poreskopravnog odnosa kao odnosa javnog prava proizilazi iz okolnosti da on predstavlja skup prava i obaveza i jedne i druge strane u ovom odnosu, koje se utvrđuju isključivo zakonom. Sadržina poreskopravnog odnosa je složena, neka prava i obaveze su imovinske (materijalne), a neke su neimovinske – formalne prirode.

Sadržaj materijalne strane poreske obaveze, je imovinska promjena koja se ogleda u smanjenju ekonomske snage poreskog obveznika, za određen na osnovu zakona utvrđen novčani iznos i za taj iznos povećanja javnih prihoda u budžetu. Druga strana obaveze poreskih obveznika je da moraju sarađivati sa poreskim organom prilikom utvrđivanja i naplate poreza, gdje se pokazuje upravna strana poreske obaveze. Međutim, bez obzira na heterogenost sadržaja poreskopravnog odnosa ne smije se izgubiti iz vida jedinstvenost ovog odnosa, jer su svi njegovi instituti okrenuti krajnjem cilju uvođenja poreza, a to je njegovo plaćanje.

LITERATURA

1. Anđelković, M. (2023). *Poreske reforme u Republici Srbiji-primena poreza*. Zbornik radova-knjiga 2. Niš: Pravni fakultet u Nišu.
2. Charles W. Adams. (2006). *Za dobro i zlo-Uticaj poreza na kretanje civilizacije*. Zagreb: Institut za javne financije.
3. Dimitrijević, M. (2016). Primena poreskih zakona i promenljive društvene okolnosti. Beograd: Udruženje pravnika Srbije, Pravni život, br. 11/2016,
4. Drljača, Z. (2022). *Finansije i finansijsko pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.
5. Drljača, Z. (2015). *Zahtjevi principa zakonitosti u oblasti poreza*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, Godišnjak fakulteta pravnih nauka br. VII/7.
6. Drljača, Z., Džakula, M. i Muminović, E. (2020). *Oporezivanje imovine sa osvrtom na zakonsku regulativu u Bosni i Hercegovini*. Zbornik radova Nauka i praksa poslovnih studija, Univerzitet za poslovne studije Banja Luka, III/2020.
7. Drljača, Z. (2024). *Uspostavljanje sistema indirektnog oporezivanja u Bosni i Hercegovini*. Pravna riječ-časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 69/2024, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka.
8. Leinter, A. (1939). *Uvod u studij poreznog prava*. Zagreb, Vlastita naklada.
9. Popović, D., Ilić-Popov, G. (1996). *Ekonomija oporezivanja i poresko pravo*. Beograd, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Ekonomski institut Beograd.
10. Popović, D. (1989). *Međunarodno dvostruko oporezivanje*. Beograd, Finansije-časopis za teoriju i praksu finansija, br. 5-6/1989.
11. Popović, D. (2012). *Poresko pravo-osmo izmenjeno izdanje*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 103
12. Tipke, K. (1993). *Die Steuerrechtsordnung*, Band I. Koln. Verlage Dr. Otto Schmidt.
13. *Ustav Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 21/1992-prečišćeni tekst 28/1994-Amadmani XXVI-XLIII, 8/1996-Amadmani XLIV-LI, 13/1996-ISP., 16/1996-Amadmani LIII, ISP., 31/2002- Amadmani XCIII-XCVIII, 69/2002-Amadmani XCIX-CIII, 31/2003-Amadmani CIV i CV, 98/2003-Amadmani CVI-CXII, 115/2005-Amadmani CXIV, 117/2005-Amadmani CXI-CXXI i 48/2011-Amadmani CXXII i *Službeni glasnik BiH, BR. 73/2019-odluka US BiH*.

14. Zakon o poreskom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 78/2020 i 37/2022.
15. Zakon o republičkoj upravi, Službeni glasnik Republike Srpske, br.115/2018, 15/2022, 56/2022, 132/2022 i 90/2023.
16. Zakon o porezu na nepokretnosti, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 110/08 i 91/15-novi zakon.
17. Zakonom o poreskom sistemu Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 62/2017 i 110/20-odluka Ustavnog suda Republike Srpske.
18. Zakon o lokalnoj samoupravi, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 97/16, 36/19 i 61/21.
19. Zakon o komunalnim taksama, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 119/2012, 123/2020 i 119/21.
20. Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske, br. 12/2012, 52/2014, 103/2015, 15/2'016, 110/2025.
21. Zakon o porezu na dohodak, Službeni glasnik Republike Srpske, br.60/2015,66/2018, 105/2019, 123/2000, 49/2021, 56/2022, 112/20'23 i 110/2024.
22. Zakon o porezu na dobit, Službeni glasnik Republike Srpske, br.,94/2015, 1/2017, 59/2019 i 48/2024.
23. Zakona o porezu na dodatu vrijednost Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 9/2005, 35/2005, 100/2008, 33/2017, 46/2023, 80/2023, 20/2025.

Prof. dr Zorica Drljača, Ph.D³³

BASIC CHARACTERISTICS OF THE TAX LAW RELATIONSHIP WITH REFERENCE TO THE LEGAL REGULATION IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Abstract: *Obtaining funds through taxes as the basic instrument for financing public needs is undoubtedly an inevitability in modern states, and historically, it was an inevitability associated with the emergence of the first forms of state communities, true, not under the name of tax (but, for example, land tax, scum, household tax, etc.), but they have always been introduced with the same goal - financing public needs, which have changed historically. The nature of the tax-legal relationship that is established between the tax creditor and the taxpayers has a special degree of complexity and sensitivity because the tax creditors (the state or other public-law collectivities, depending on the constitutional organization of the state), have a dominant and superior position in relation to the taxpayers, who are taxpayers by law, without the possibility of expressing their will whether or not they agree to the payment of taxes. However, despite the unequal status of taxpayers and the unilateral establishment of this relationship by the tax creditor, it does not mean that it is an unregulated relationship, but on the contrary, a socially regulated relationship of a public law character in which, both parties, exclusively by law, determine the rights and obligations that are in a mutual relationship, which means that each obligation of one party in this relationship has a corresponding right of the other party. Depending on the phase of the entire taxation process and the content of the rights and obligations of the tax law relationship in certain phases of taxation, two components of this relationship are distinguished, which determine the property and tax administrative relationship, which will be the essential research in this paper.*

Keywords: *constitution, law, tax, tax relationship, tax creditor, taxpayer.*

³³ Full professor at the Pan-European University Apeiron Banja Luka.

UDK 35.07:004.738.5(497.6)

doi 10.7251/PR7125051V

Originalni naučni članak

STANJE DIGITALIZACIJE JAVNE UPRAVE U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr Nevenko Vranješ¹

Rezime: *Digitalizacija predstavlja najveći izazov savremene javne uprave. Korisnički orjentisana javna uprava koja će biti u službi građanima i poslovnoj zajednici nije moguća bez uvođenja e-servisa i digitalnih kanala komunikacije. Digitalizacija danas ne znači iskorak već potrebu i posebno dolazi do izražaja razvojem vještačke inteligencije koja je značajno podupire. Predmet ovog rada je stanje digitalizacije javne uprave u Bosni i Hercegovini. Rad polazi od pretpostavke da je Bosna i Hercegovina u ranoj fazi digitalizacije javne uprave. U radu se analizira hronološki osvrt na digitalizaciju, pravni i strateški okvir digitalizacije, stanje i stepen digitalizacije, postojanje e-servisa i jedinstvenih upravnih mjesta te spoljne ocjene stanja i stepena digitalizacije javne uprave u Bosni i Hercegovini. Istraživanje se koncentriše na entitete, Brčko distrikt BiH i zajedničke institucije Bosne i Hercegovine. U radu se koristi istorijska metoda, metode analize sadržaja te metoda indukcije i dedukcije.*

Ključne riječi: *digitalizacija, javna uprava, e-uprava, e-servisi i Bosna i Hercegovina.*

¹ Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci.

1. Pojam digitalizacije, e-uprave i javne uprave

U literaturi nalazimo različita određenja digitalizacije. Informatičari suštinu vide u binarnoj osnovi pri čemu se određeni analogni sadržaji (tekst, slike, signal, zvuk i dr.) pretvaraju u digitalne oblike posredstvom binarnog sistema sastavljenog od niza nula i jedinica. Pravnici digitalizaciju koriste kao sredstvo za formalno unaprijeđenje određenih pravnih instituta. U ekonomskom smislu, digitalizacija je proces koji doprinosi afirmaciji u prvom redu 3e principa (efikasnost, ekonomičnost i efektivnost). Politikolozi povezuju digitalizaciju i digitalno upravljanje sa pitanjima kao što su moć, institucije i organizacione promjene² u čemu je *prima facie* moguće naći logičnu poveznicu. Činjenica je da je digitalizacija u javnoj upravi najtješnje povezana sa pojmom elektronska uprava (*e-governance*) ili elektronska vlada (*e-government*). Elektronska uprava je koncept uprave koji se zasniva na „upotrebi informacione i komunikacione tehnologije u svim aktivnostima javne i političke uprave, čime se javna uprava transformiše (redefiniše) u službu za potrebe građana“.³ Elektronska uprava djeluje u odnosima: između uprave i građana (*government-to-citizens, G2C*); između uprave i privatnog sektora (*government-to-business, G2B*); između uprave i organa jedinica lokalne i područne samouprave te drugih državnih organa i institucija (*government-to-government, G2G*); između uprave i njenih službenika (*government-to-employees, G2E*) i između uprave i korisnika drugih država.⁴

Svjetska banka definiše elektronsku upravu kao korišćenje informacionih i komunikacionih tehnologija (IKT) za transformaciju uprave čineći je pristupačnijom, efektivnijom i odgovornijom. Prema studiji Svjetke banke, elektronska uprava uključuje: omogućavanje većeg pristupa informacijama o radu uprave; promovisanje uključenosti građana kroz komunikaciju sa upravom; povećanje odgovornosti uprave kroz transparentnost njenih postupaka i smanjenje mogućnosti korupcije i pružanje razvojnih mogućnosti posebno u korist rularnih i nedovoljno razvijenih zajednica.⁵ Elektronsku upravu prepo-

² Jannick Schou and Morten Hjelholt, *Digitalization and Public Sector Transformations*, Cham, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2018, str. 9.

³ Stevan Lilić i Maja Stojanović, „E-Government and Administrative Reform in Serbia“, *Journal of Law and Technology*, vol. 2, No 2, 2008, str. 127-136. Navedeno prema: Stevan Lilić i Dragan Prlja, *Pravna informatika veština*, Pravni fakultet, Beograd, 2011, str. 85.

⁴ Dražen Dragičević, *Pravna informatika i pravo informacionih tehnologija*, Narodne novine, Zagreb, 2015, str. 328.

⁵ Bruno Lanvin, ed., *The E-Government Handbook for Developing Countries*, Center for

znaje i Razvojni program ujedinjenih nacija (UNDP), koji je slično Svjetskoj banci vidi kao uticaj informaciono-komunikacionih tehnologija (ICT) na javnu upravu, te ističe šest komponenti elektronske uprave: infrastruktura, e-participacija, pristup informacijama, e-administracija, pružanje usluga i politike i propisi.⁶ Ove komponente su povezane i nalaze se u međusobnoj interakciji, s tim da UNDP posebno naglašava značaj e-administracije, e-pružanja usluga i e-učešća, naglašavajući da se radi o ključnim komponentama e-uprave.⁷

Digitalizacija vodi ka ekonomskoj perspektivi, koja podrazumjeva veći rast, veći nivo zaposlenosti, regionalnoj povezanosti, boljoj pravnoj administraciji i ubrzanju procesa u evropske integracije. Drugim riječima, da bi neka zemlja mogla osigurati koristi od upotrebe informaciono-komunikacionih tehnologija mora postojati minimalni nivo infrastrukture, obrazovanja i podrške vladine politike.⁸

U određenju javne uprave (*public administration*) baziramo se na organizacionom (formalnom) i funkcionalnom (materijalnom) pojmu. U organizacionom smislu javnu upravu čini krug subjekata (organa i organizacija) koji vrše poslove javne uprave. Koji su to subjekti određuje se pozitivnopravnim okvirom. U materijalnom smislu poslovi javne uprave imaju sadržinu koja se kreće od izdavanja pojedinačnih pravnih akata i vršenja materijalnih radnji preko izrade propisa i davanja odgovora na pitanja organima zakonodavne i izvršne vlasti te rješavanja u upravnim i prekršajnim stvarima pa do nadzora na javnim službama i obavljanja stručnih poslova.⁹ Takođe, sadržina upravnih

Democracy Technology, Washington, 2002, p.1, http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/WorldBank_The_E-government_Handbook.pdf.

⁶ Raúl Zambrano and Ruhiya Kristine Seward, *From Connectivity to Service Delivery: Case studies in e-governance*, UNDP, New York, 2013, p. 9. <https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Access%20to%20Information%20and%20E-governance/From%20Connectivity%20to%20Service%20Delivery%20-%20Case%20Studies%20in%20E-Governance.pdf>.

⁷ Nevenko Vranješ, The extent of the digitalization of the public administration in Bosnia and Herzegovina, Proceedings of the International Scientific Conference “*Challenges and Prospects for the Development of Legal Systems in the 21st Century*”, Pravni fakultet, Banja Luka, 2020, str. 350-351.

⁸ *Strateški okvir institucija Bosne i Hercegovine do 2030 godine*, Direkcija za ekonomsko planiranje, Sarajevo, 2022. str. 17.

⁹ Uporediti: Ratko Marković, *Upravno pravo, opšti deo, drugo popravljeno i prošireno izdanje*, Slovo, Kraljevo, 2002. str. 76; Petar Kunić, *Upravno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010, str. 9; Čl. 59 Zakona o republičkoj upravi, Službeni glasnik Republike Srpske, 115/2018, 111/2021, 15/2022 i 56/2022, “Sl. glasnik BiH”, br. 84/2022 - odluka US BiH

poslova propisuje se zakonom. O položaju javne uprave u Bosni i Hercegovini potrebno je reći da je ona organizovana na najmanje četrnaest nivoa što uključuje zajedničke institucije, dva entiteta, deset kantona i Brčko distrikt BiH. Radi se o snažnoj hiperinflaciji organa javne uprave u organizacionom smislu.¹⁰

Jedan od najboljih primjera prelaska na moderni sistem uprave jeste Estonija. Naime, ova baltička zemlja je članica Evropske unije od 2004. godine, ali je ideja o elektronskoj upravi postojala još i ranije, krajem devedesetih godina.¹¹ Fokus je na uspostavljanju i razvijanju e-uprave, na povećanju demokratskosti, informatičkom opismenjivanju nacije, a ostale oblasti (poput bankarstva) su u drugom planu. Kako je 99% javnih usluga dostupno na korisničkom servisu,¹² građani skoro da i ne odlaze u institucije. Prema zvaničnim podacima čak 98% Estonaca posjeduje elektronske identifikacijske dokumente pomoću kojih mogu slobodno putovati unutar granica Evropske unije, glasati elektronskim putem, koristiti zdravstvene usluge, koristiti digitalni potpis i slično, pa čak i pristupiti gotovo svim vladinim servisima.¹³ Pomoću e-ID svaki građanin Estonije koji može se registrovati na *e-businessregister* portalu, gdje može otvoriti firmu u samo nekoliko koraka, a sam proces traje oko dvadeset minuta. Takođe, 98% registracija privrednih subjekata u Estoniji se vrši online, upravo putem ovog servisa. Jednako tako je moguće registrovati neprofitne organizacije, organe lokalne samouprave i državne agencije. Od 2014. godine Estonija je omogućila dobijanje elektronskog državljanstva,¹⁴ pomoću kojeg svako može otvoriti kompaniju na teritoriji države i tu mogućnost je do sada iskoristilo 62 hiljade ljudi iz 165 zemalja, te je na taj način u

i "Sl. glasnik RS", br. 132/2022 i 90/2023; Čl. 10 Zakona o upravi, Službeni glasnik BiH, br. 32/02, 102/09 i 72/17; Čl. 10 Zakona o organizaciji organa uprave u Federaciji BiH, Službene novine FBiH", br. 35/2005; Čl. 10 Zakona o javnoj upravi Brčko distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 18/2024 - prečišćen tekst.

¹⁰ Uporediti: Nevenko Vranješ, *Dejtonska i postdejtonska koncepcija upravne vlasti u Bosni i Hercegovini - dvadeset i pet godina nakon Dejtonskog mirovnog sporazuma*, Politeia, br. 20, Fakultet političkih nauka Banja Luka i Institut za političke studije, Beograd, 2020, str. 86.

¹¹ Jasmina Džinić, *Javna uprava i politički sustav u Estoniji: u potrazi za ravnotežom između menadžerskih reformi i dobrog upravljanja*, Croatian And Comparative Public Administration, br. 1/2015, str. 203-204.

¹² Link servisa je dostupan na tri jezika, a dnevno ima preko 14,000 posjeta: <https://www.eesti.ee/et/> i nudi stotine elektronskih usluga iz svih oblasti.

¹³ <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/id-card>, 25.05. 2025. godine.

¹⁴ [https://www.e-resident.gov.ee/?source=post_page_c3a9d64c988d,25.05. 2025. godine.](https://www.e-resident.gov.ee/?source=post_page_c3a9d64c988d,25.05.2025.godine)

proteklih nekoliko godina otvoreno preko šest hiljada kompanija sa sjedištem u Estoniji.¹⁵

2. Strateški i pravni okvir digitalizacije javne uprave u Bosni i Hercegovini

U cilju postizanja kompatibilnosti informacionih sistema i procesa, te omogućavanja integrisanih i korisnički orijentisanih usluga iz nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, Savjet ministara BiH je 2018. godine donio Odluku o usvajanju Okvira interoperabilnosti Bosne i Hercegovine.¹⁶ Ova odluka predstavlja korak ka implementaciji Evropskog okvira interoperabilnosti.¹⁷ Njome se od nadležnih institucija na nivou BiH zahtijeva stvaranje uslova za pružanje elektronskih usluga u periodu od 2019. do 2021. godine, kroz uspostavljanje odgovarajućih registara kao temelja za realizaciju takvih usluga. Takođe, od entitetskih organa se očekuje da, u skladu s usvojenim okvirima interoperabilnosti, obezbijede realizaciju sljedećih elektronskih servisa prema utvrđenom vremenskom rasporedu:

¹⁵ <https://e-estonia.com>, 25.05. 2025. godine.

¹⁶ Čl. 1 Odluke o usvajanju Okvira interoperabilnosti Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 53/18. Termin „interoperabilnost“ potiče od latinskih reči *inter* - između i *opera* – rad, te se može prevesti kao *među-operativnost*. U najširem kontekstu interoperabilnost je sposobnost heterogenih sistema da rade zajedno, a da pri tome nisu potrebne dodatne operacije za sporazumijevanje ili prilagođavanje dva sistema. Navedeno prema: Izvještaj o evaluaciji Projekta *Izrada i uspostavljanje okvira interoperabilnosti i standarda za razmjenu podataka*, Kancelarija koordinatora za reformu javne uprave - PARCO, Sarajevo, 2015, str. 2.

¹⁷ Novi Evropski okvir interoperabilnosti (*New European Interoperability Framework*) je dokument koji je Evropska komisija usvojila 2017. godine. Prema ovom okviru, interoperabilnost je sposobnost organizacija da međusobno komuniciraju u svrhu obostrano korisnih ciljeva što uključuje razmjenu informacija i znanja kroz poslovne procese koje podržavaju, razmjenu podataka između njihovih ICT sistema. Sljedstveno navedenom određenju, definiše se i evropski okvir interoperabilnosti kao zajednički usaglašen pristup pružanju evropskih javnih usluga na interoperabilan način. Evropski okvir interoperabilnosti sadrži zajedničke principe, modele i preporuke. Okvir je definisao 12 principa interoperabilnosti te sedamnaest preporuka kako da se ti principi realizuju. Vidjeti: Nevenko Vranješ, *The extent of the digitalization of the public administration in Bosnia and Herzegovina*, Proceedings of the International Scientific Conference “Challenges and Prospects for the Development of Legal Systems in the 21st Century”, Pravni fakultet, Banja Luka, 2020, str. 357.

a) tokom 2019. godine prva faza – registar poslovnih subjekata i pravnih lica;

b) zatim u periodu 2019–2020. druga faza – evidencije o stanovništvu i matične knjige;

c) treća faza planirana za 2021. godinu – podaci o prostoru, objektima i GIS kartama (geografski informacioni sistem), u periodu 2019–2021. U okviru ove odluke nalazi se i poseban dodatak pod nazivom „Razrada projekta: Izrada i uspostavljanje okvira interoperabilnosti i standarda za razmjenu podataka“, kojim se poseban akcenat stavlja na pružanje elektronskih usluga građanima i poslovnoj zajednici. U sklopu projekta identifikovano je ukupno 25 usluga iz različitih oblasti, uključujući poslovanje, izdavanje dozvola i potvrda, obrazovanje, poreze, socijalno osiguranje, statistiku, tržište rada i zaštitu potrošača. Ipak, i pored činjenice da je praćenje realizacije ove odluke bilo predviđeno, još uvijek nisu dostupni zvanični izvještaji o njenoj implementaciji. Okvir interoperabilnosti predstavlja usaglašeni pristup interoperabilnosti između institucija javne uprave, koje žele zajednički raditi na pružanju usluga javne uprave građanima i privrednim subjektima, odnosno drugim institucijama javne uprave. Okvir sadrži specifikaciju usaglašenih elemenata interoperabilnosti poput rječnika, koncepata, principa, zajedničkih politika i vodilja. Još uvijek nema zvaničnih podataka i izvještaja o realizaciji ove odluke iako je predviđeno njeno praćenje.¹⁸ Takođe, Okvir interoperabilnosti podržava postojeće ciljeve reforme javne uprave sa zajedničkim ciljem stvaranja: efektivnije, efikasnije i odgovornije javne uprave; javne uprave koja služi građanima i privrednim subjektima na bolji način sa što manje sredstava; javne uprave koja radi na temelju transparentnih i otvorenih procedura; javne uprave koja ispunjava uslove za evropske integracije i javne uprave koja omogućava kontinuiran i održivi društveno-ekonomski razvoj.¹⁹

Na bazi Višegodišnjeg akcionog plana za regionalni ekonomski prostor na Zapadnom Balkanu šest (*Multi-annual Action Plan for a Regional Economic Area in the Western Balkans Six*)²⁰ Bosna i Hercegovina je trebala

¹⁸ Vidjeti: Savjet ministara BiH, *Akti iz nadležnosti e-vlade*, https://www.vijeceministara.gov.ba/elektronska_vlada/Akti/default.aspx?id=36432&langTag=hr-HR, pristupljeno 28. maja 2025. godine.

¹⁹ *Odluka o usvajanju Okvira interoperabilnosti Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik BiH, br. 53/18. U odluci su navedene sve e-usluge koje bi bile dostupne iz oblasti poslovanja, obrazovanja, socijalnog osiguranja, poreza za građane, potrošača, prikupljanja statističkih podataka, rada te dozvola i potvrda.

²⁰ *Consolidated Multi-annual Action Plan for a Regional Economic Area in the Western*

usvojiti Politiku razvoja informacionog društva BiH za period 2017-2021²¹ što jeste usvojeno. Iako je izrađen Nacrt strategije razvoja širokopojasnog pristupa u BiH za period 2023-2027 isti nije usvojen. Nije usvojen ni Zakon o elektronskim komunikacijama, kao ni Zakon o elektronskoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektronske transakcije BiH. Iako su planirani Zakona o cyber sigurnosti, Strategije razvoja informacionog društva u BiH Strategije razvoja elektronske uprave u BiH kao i Zakona o kritičnim IKT infrastrukturama isti nisu usvijeni. Dakle, povodom ovog Akcionog plana Bosna i Hercegovina je uradila jako malo.

Republika Srpska je postigla vidljiv napredak u uspostavljanju zakonodavnog i regulatornog okvira koji čini temelj za nastavak razvoja elektronske uprave i digitalne transformacije. Na snazi je više ključnih zakona koji omogućavaju funkcionisanje digitalne uprave, uključujući Zakon o opštem upravnom postupku, Zakon o elektronskom potpisu, Zakon o elektronskom dokumentu, Zakon o elektronskom poslovanju i Zakon o arhivskoj djelatnosti. Ipak, određeni zakoni zahtijevaju dodatno usklađivanje sa relevantnim propisima i direktivama Evropske unije, posebno radi primjene principa Evropskog interoperabilnog okvira 2.0, koji je uspostavljen 2017. godine. Tokom 2020. godine preduzeti su koraci ka unapređenju postojećeg strateškog i pravnog sistema u oblasti informacione bezbjednosti u RS. Početkom januara 2025. godine Vlada Republike Srpske donijela je odluku o izradi Strategije informacione bezbjednosti i Strategija digitalne Srpske. Strategijom digitalne Srpske biće uspostavljen okvir za dalji razvoj elektronske uprave, digitalnih identiteta, nauke i naučnoistraživačke djelatnosti u oblasti informaciono-komunikacione tehnologije. Takođe, strategijom će biti postavljen temelj za digitalizaciju i unapređenje ključnih sektora – javne uprave, pravosuđa, zdravstva, energetike, finansija, medija, komunalnih usluga, te sektora obrazovanja, kulture, hrane i vodosnabdijevanja. Time će se, zajedno sa posebnim strateškim okvirom informacione bezbjednosti, stvoriti preduslovi za ostvarenje vizije dinamičnijeg, efikasnijeg i bezbjednijeg razvoja informaciono-komunikacionih tehnologija u Republici Srpskoj.²² Tokom 2009. godine započet

Balkans Six RCC, accessed January 25, 2020, <https://www.rcc.int/docs/383/multi-annual-action-plan-for-a-regional-economic-area-in-the-western-balkans-six>.

²¹ *Politika razvoja informacionog društva Bosne i Hercegovine za period 2017-2021. godina*, Službeni glasnik BiH, br. 42/17.

²² *Odluka o izradi Strategije digitalne Srpske*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 19/25 i *Odluka o izradi Strategije informacione bezbjednosti Republike Srpske*, u istom broju Službenog glasnika.

je projekat pod nazivom „e-Srpska“, portal koji je zamišljen kao mjesto gdje bi korisnici mogli pronaći tačne i pouzdane informacije koristeći internet kao sredstvo komunikacije. Cilj osnivanja je bila izgradnja portala koji bi funkcionalno i sadržajno odgovorio na zahtjeve potreba korisnika, istovremeno povezujući sve funkcije javne uprave kako bi proces bio jednostavniji i pristupačniji. Sam portal je podijeljen u dvije kategorije: građani i privreda, a unutar svake od kategorija dostupne su različite teme. Na portalu se takođe nalazi i registar institucija, a prvobitno je bio zamišljen kao mjesto gdje se samo mogu pronaći željene informacije o dostupnim uslugama organa javne uprave. Dakle, njegova svrha nije pružanje e-usluga, već je posredstvom nje ga moguće elektronski pristupiti uslugama: Poreske uprave Republike Srpske; Inspektorata Republike Srpske; Republičke uprave za geodetske i imovinsko-pravne poslove Republike Srpske; Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske i Ministarstva prosvjete i kulture Republike Srpske.²³

U Federaciji BiH pravni okvir digitalizacije čine, između ostalih: Zakon o elektronskom dokumentu;²⁴ Uredba o provođenju postupka digitalizacije zbirke isprava registra poslovnih subjekata;²⁵ Odluka o uspostavljanju web portala e-uprava Federacije BiH;²⁶ Odluka o usvajanju okvira interoperabilnosti²⁷ i dr. U cilju uspostavljanja e-matičnih knjiga, Vlada Federacije je donijela čak sedam pravilnika i jedno upustvo. Međutim, na strateškom planu, Federacija BiH se uglavnom oslanja na legislativu državnog nivoa ili ovu oblast prepušta kantonalnim propisima.

Analizirajući pravne akte Brčko distrikta BiH koji se odnose na digitalizaciju javne uprave dolazimo do saznanja da je tamošnja skupština stavila van snage Zakon o elektroničnom potpisu i Zakon o elektroničkoj ispravi, iz razloga nemogućnosti njegove primjene, a kao alternativno rješenje primjenjivaće se zakoni sa nivoa BiH. Zakon o elektronskom dokumentu Brčko distrikta je još uvijek na snazi. Tokom 2019. godine, Skupština Brčko distrikta BiH donijela je Deklaraciju o unapređenju informatizacije Brčko distrikta BiH kojom se ističe opredjeljenje Distrikta, da će svoju komplet-

²³ Opširnije: <http://www.esrpska.com>.

²⁴ *Zakon o elektronskom dokumentu, Službene novine Federacije BiH*, br. 55/13.

²⁵ *Uredba o provođenju postupka digitalizacije zbirke isprava registra poslovnih subjekata, Službene novine Federacije BiH*, br. 84/18.

²⁶ *Odluka o uspostavljanju web portala e-uprava Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH*, br. 29/18.

²⁷ *Odluka o usvajanju okvira interoperabilnosti, Službene novine Federacije BiH*, br. 56/16 i 82/16.

nu javnu upravu digitalizovati, odnosno da će se implementirati koncept „e-uprave“.²⁸

Pored navedenih organskih zakona i podzakonskih akata u Bosni i Hercegovini postoje i drugi zakoni i propisi koji sadrže norme koje omogućavaju digitalizaciju upravnih postupaka (poreskih, carinskih, katastarskih, obrazovni i dr.). Uprkos tome, poredeći sa zemljama EU, postojeća regulativa nije ni blizu dovoljna da se realizuje potpuniji proces digitalizacije javne uprave u BiH, pogotovo da se uspostave standardi i okvir operabilnosti.²⁹

3. Ocjena stepena digitalizacije u Bosni i Hercegovini

U pogledu ocjene napretka proces digitalizacije u Bosni i Hercegovini trebamo imati u vidu kako spoljašnje tako i unutrašnje parametre evaluacije.

Shodno navedenom, najnoviji izvještaj Evropske komisije o napretku, konstatuje da BiH nije postigla napredak u elektronskim komunikacijama, digitalnim uslugama, digitalnom povjerenju i sajber sigurnosti.³⁰

Prema izvještaju SIGMA-OECD iz 2024. godine, za oblast pružanja javnih usluga, konstatuje se da postoji okvir javnih politika za pružanje usluga uspostavljen Strateškim okvirom za reformu javne uprave (SF PAR) u Bosni i Hercegovini za period 2018–2027, koji je prvobitno usvojen na pet godina 2018. godine, a zatim produžen na još pet godina, zajedno sa Akcionim planom (AP), usvojenim 2020. godine i revidiranim 2024. godine. Strategija se primjenjuje na čitavoj teritoriji zemlje. Iako dokument naglašava važnost razumijevanja potreba korisnika kao polazne tačke za transformaciju pružanja usluga, uprava ne koristi alate i prakse za prikupljanje mišljenja korisnika niti mjeri njihovo zadovoljstvo na nivou konkretnih usluga. Analiza stanja u strategiji ukazuje na prave probleme, uključujući i pitanje pružanja digitalnih usluga, ali je previše opšta, a predložene mjere javnih politika nisu u skladu s njom, konstatuje izvještaj. Naime, u Strateškom okviru predviđene su tri opšte mjere javnih politika: 1) identifikacija pristupa za mjerenje i unapređenje kvaliteta usluga koje pruža javna uprava i orijentacija ka korisnicima usluga; 2) unapređenje pristupačnosti usluga putem različitih komunikacionih kanala;

²⁸ *Deklaracija o informatizaciji*, Skupština Brčko distrikta BiH, pristupljeno 25.05.2025, <https://skupstinabd.ba/2-registar/ba/Odluke/2019/541.%2041.%20Deklaracija%20o%20informatizaciji%20BD%20BOS.pdf>.

²⁹ Nevenko Vranješ, *Op. cit.*, 2020, str. 367.

³⁰ *Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2024. godinu*, Evropska komisija, Briesl, 2024, str. 80-81.

i 3) usklađeno unapređenje administrativnog i pravnog okvira. Nijedna mjera u Strateškom okviru se ne bavi direktno pružanjem digitalnih usluga, iako Akcioni plan zapravo uključuje niz aktivnosti u toj oblasti i pokazuje jasno razumijevanje onoga što je potrebno preduzeti. Izvještaj nadalje daje sljedeću ocjenu: “Uprava za indirektno oporezivanje uvela je elektronsko podnošenje zahtjeva za povrat PDV-a na državnom nivou, dok je Ministarstvo unutrašnjih poslova predvodilo pojednostavljenje registracije vozila. Republika Srpska je, u saradnji s Razvojnim programom Ujedinjenih nacija (UNDP), pokrenula Digitalnu akademiju transformacije 2022. godine i obučila više od 300 ljudi, pri čemu su neki od polaznika sada postali treneri. Kanton Sarajevo postao je primjer dobre prakse u oblasti digitalnog pružanja usluga, pripremajući zakon o e-upravi, dok nijedan drugi nivo vlasti još uvijek nije donio takav zakon (iako Republika Srpska radi na njegovoj izradi). Iako su ovakve inicijative pohvalne, postoji rizik od neusaglašenih paralelnih procesa bez adekvatnog praćenja, što može dovesti do rasipanja ograničenih resursa i izostanka značajnije transformacije u pružanju usluga. U Bosni i Hercegovini, zadovoljstvo građana i poslovnih subjekata administrativnim uslugama niže je nego u ostatku Zapadnog Balkana. Udio zadovoljnih ispitanika (onih koji su odgovorili „potpuno zadovoljan“ ili „uglavnom zadovoljan“) iznosi oko 54%, kako među građanima, tako i među poslovnim subjektima. Međutim, udio nezadovoljnih građana (22%) je veći nego udio nezadovoljnih među poslovnim subjektima (15%)”.³¹

S obzirom da Republika Srpska nema razvijen sistem praćenja razvoja elektronske uprave, a ni BiH nije obuhvaćena istraživanjem Evropske komisije kroz izvještaje *The European Commission eGovernment Benchmark*³², jedina procjena koja se može sagledati jeste ona od strane Ujedinjenih nacija. Naime, svake druge godine Ujedinjene nacije sprovode istraživanje e-uprave koje predstavlja sistematsku procjenu korištenja IKT za transformacija javnog sektora povećanjem njegove efikasnosti, transparentnosti, odgovornosti, inkluzivnosti. Anketa se fokusira na ispitivanje svih problema unutar sistema e-uprave.

³¹ *Public administration in Bosnia and Herzegovina 2024, Assessment against the Principles of Public Administration*, SIGMA-OECD, Paris, 2024, p. 115-116.

³² Prema ovim izvještajima vodeće države u oblasti e-uprave su Malta, Estonija i Austrija. Uporediti: *Digital Decade 2024: eGovernment Benchmark*, dostupno na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-decade-2024-egovernment-benchmark>, 30.05. 2025. godine.

Prema podacima UN-a koji se odnose na rangiranje zemalja u oblasti e-uprave posredstvom indeksa razvoja e-uprave za 2024. godinu (*2024 E-Government Development Index*) Bosna i Hercegovina je rangirana na 107. mjestu od ukupno 193 zemlje, sa EGDI (Indeks razvoja e-uprave) rezultatom od 0,63.³³ U poređenju s ranijim godinama, BiH je ostvarila određeni napredak. Na primjer, u 2020. godini, BiH je imala EGDI rezultat od 0,6372 i bila je rangirana na 94. mjestu. Međutim, iako je došlo do blagog poboljšanja u rezultatu, rangiranje je opalo, što ukazuje na to da su druge zemlje ostvarile veći napredak u razvoju e-uprave. Disperzija indeksa je po sljedećem: Indeks online usluga (OSI): 0,50; Indeks telekomunikacione infrastrukture (TII): 0,77; Indeks ljudskog kapitala (HCI): 0,62 i Indeks e-participacije (EPI): 0,54. Ovi podaci ukazuju na to da BiH ima relativno dobru telekomunikacionu infrastrukturu, ali zaostaje u pružanju online usluga i razvoju ljudskog kapitala, što su ključni faktori za unapređenje e-uprave. U poređenju sa zemljama regiona, BiH se nalazi ispod prosjeka. Na primjer, Srbija je u 2022. godini bila rangirana na 40. mjestu, dok su Albanija, Crna Gora i Sjeverna Makedonija bile na 63., 71. i 80. mjestu, respektivno. BiH je tada bila na 96. mjestu. Iako je BiH ostvarila određeni napredak u razvoju e-uprave, i dalje zaostaje za mnogim zemljama, uključujući i susjede u regionu. Poboljšanja u pružanju online usluga, razvoju ljudskog kapitala i povećanju e-participacije građana su ključni koraci ka unapređenju e-uprave u BiH.

Republički zavod za statistiku Republike Srpske (RZSRS) jednom godišnje sprovodi istraživanje o korištenju IKT u preduzećima, domaćinstvima i na ličnom nivou. Ova istraživanja su u potpunosti usklađena sa metodama Evropske kancelarije za statistiku i u obzir se uzimaju statistički pravni akti Evropske Unije koji su sadržani u Statističkom kompendijumu (*Statistical requirements compendium, European commission*), međunarodne preporuke, najbolje prakse koje usmjeravaju rad statističkih institucija i druge preporuke. Podaci koje je prikupio RZSRS obavještavaju nas da se tokom 2024. godine 96,7% preduzeća izjasnilo kako koristi neku vrstu fiksne širokopojasne internet konekcije. Pristup Internetu imalo je 100 % preduzeća, a web stranicu ima 60,9% preduzeća. U Republici Srpskoj mali broj preduzeća, tek njih 17,5%, zapošljava IKT stručnjake koji imaju sposobnost da razvijaju, održavaju i upravljaju IT sistemima. Gotovo sva preduzeća (93%) koriste društvene mreže u svrhu marketinga, 49,8% preduzeća putem društvenih mreža komuni-

³³ Uporediti: *2024 E-Government Development Index*, dostupno na: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/data-center>, pristupljeno: 30.05. 2025. godine.

ra s poslovnim partnerima, dok 26% preduzeća na taj način angažuje radnu snagu.

Kada je riječ o preduzećima koja su realizovala web prodaju u toku 2023. godine, najveći udio njih (77,3%) manje od jedne četvrtine prometa ostvaruju putem web-prodaje. Najveće učešće online kupaca locirano je na teritoriji BiH (99,6%), te u zemljama Evropske unije (34,6%).³⁴ Većina preduzeća ne koristi internet za svoje usluge zbog komplikovanih procedura, te koriste samo usluge one na kojih obavezuje zakon. O tome svjedoči i činjenica da najveći dio preduzeća ne koristi e-fakturu.

U pogledu ocjena za Federaciju BiH, nalazimo konstataciju da je zabilježen “nedovoljan napredak u uspostavljanju javne digitalne infrastrukture. Nije usvojena legislativa niti strateški okvir za razvoj digitalne ekonomije. Ključne aktivnosti ove mjere nisu sprovedene. FBiH još uvijek nema dovoljan kapacitet da se suoči sa izazovima digitalizacije. Potrebno je staviti veći fokus na usklađivanje sa EU legislativom, odnosno, donošenje normativnog okvira za širokopojasnost, zatim donošenje strateškog okvira razvoja digitalne ekonomije, uspostavljanje centara za pohranu podataka u oblaku i lab za internet sigurnost”.³⁵

U operativnom smislu Federacija BiH je uspostavila jedan broje e-servisa u oblasti infrastrukture prostornih podataka; poreza; e-potpisi za Vladu ali je to prilično nedovoljno i sporo i tek je predložena izrada Strategije digitalne transformacije. Budući da je značajan dio nadležnosti poslova javne uprave na kantonima ni tu ne nalzaimo napredak. Izuzetak čini kanton Sarajevo koji je usvojio Zakon o elektronskom upravljanju koji će unaprijediti portal ePortal Kantona Sarajevo. Građanima će biti omogućeno jedinstveno autentifikacijsko prijavljivanje na ePortal putem IDDEEA SSO portala za digitalnu identifikaciju, čime će se dodatno unaprijediti i pojednostaviti pristup e-uslugama. Ovim rješenjem osiguraće se najviši standard sigurnosti pri pristupu ePortal, te zaštita podataka pohranjenih u sistemu.³⁶

U ocjeni stepena digitalizacije za Federaciju BiH nailazimo na dvije situaciju da ne postoje zvanični podaci i statistike kako za federalni tako i za kantonalni nivo vlasti ali i na činjenicu veoma niskog broja digitalnih usluga i servisa.

³⁴ *Upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija u preduzećima*, RZSRS, br. 316/24.

³⁵ *Izveštaj o razvoju Federacije BiH 2023*, Federalni zavod za programiranje, Sarajevo, 2023, str. 27.

³⁶ Vidjeti: <https://www.biznisinfo.ba/kanton-sarajevo-potvrđuje-vodecu-ulogu-u-procesu-digitalizacije-usluga-u-bih/>, 25.05.2025. godine.

U Brčko distriktu BiH uspostavljane e-servisa je tek u najavi i to u oblasti poreza i komunalnih usluga. Za sada postoji elektronski sistem registracije poslovnih subjekata pri Osnovnom sudu Brčko distrikta te portal e-uprava.³⁷ Portal e-uprava je prilično razvijen i sadrži informacije klasifikovane po oblastima kao što su: lični dokumenti, porodica, obrazovanje, zdravlje, poslovanje, rad, stanovanje, finansije i porezi i dr. Zvanične podatke i statistike o digitalizaciji nije moguće pronaći.

5. Zaključak

Digitalna transformacija javne uprave predstavlja ključan preduslov za efikasnije, transparentnije i inkluzivnije upravljanje, a samim tim i za ubrzanje procesa evropskih integracija Bosne i Hercegovine.

Digitalizacija javne uprave u Bosni i Hercegovini nalazi se na srednjem nivou razvoja, uz prisutne strukturne i funkcionalne izazove koji usporavaju napredak u ovom području. Prema Indeksu razvoja e-uprave Ujedinjenih nacija (EGDI) za 2024. godinu, BiH je rangirana na 107. mjestu od 193 države, što je ispod prosjeka i jasno ukazuje na zaostatak u odnosu na većinu zemalja u regionu i šire.

U strateškom i pozitivnopravnom okviru prednjači Republika Srpska koja je i uvela određen broj operativnih e-usluga.

Iako je telekomunikaciona infrastruktura relativno razvijena, pružanje online javnih usluga i razvijenost digitalnih kompetencija građana i dalje su na nedovoljnom nivou. Institucionalna fragmentacija, složena ustavna struktura i nedostatak koordinisanih politika digitalizacije dodatno otežavaju sistemski razvoj e-uprave.

Kako bi se unaprijedio stepen digitalizacije, nužno je uložiti napore u modernizaciju i standardizaciju digitalnih servisa na svim nivoima vlasti, ojačati administrativne kapacitete, te osigurati bolju međuinstitucionalnu saradnju. Poseban akcenat treba staviti na jačanje digitalnih vještina zaposlenih u javnoj upravi i građana, te na unapređenje transparentnosti i dostupnosti javnih usluga putem interneta.

³⁷ <https://euprava.bdcentral.net/sr/pocetna-sr/>, 20.05. 2025. godine.

Literatura:

1. *2024 E-Government Development Index*, dostupno na: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/data-center>
2. Bruno Lanvin, ed., *The E-Government Handbook for Developing Countries*, Center for Democracy Technology, Washington, 2002, dostupno na: http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/WorldBank_The_E-government_Handbook.pdf.
3. *Consolidated Multi-annual Action Plan for a Regional Economic Area in the Western Balkans Six RCC*, <https://www.rcc.int/docs/383/multi-annual-action-plan-for-a-regional-economic-area-in-the-western-balkans-six>.
4. *Deklaracija o informatizaciji*, Skupština Brčko distrikta BiH, <https://skupstinabd.ba/2-registar/ba/Odluke/2019/541.%2041.%20Deklaracija%20o%20informatizaciji%20BD%20BOS.pdf>.
5. Dražen Dragičević, *Pravna informatika i pravo informacionih tehnologija*, Narodne novine, Zagreb, 2015.
6. <http://www.esrpska.com>.
7. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-decade-2024-ego-vernment-benchmark>.
8. <https://e-estonia.com>.
9. <https://e-estonia.com/solutions/e-identity/id-card>.
10. <https://euprava.bdcentral.net/sr/pocetna-sr/>.
11. <https://www.biznisinfo.ba/kanton-sarajevo-potvrđuje-vodecu-ulogu-u-procesu-digitalizacije-usluga-u-bih/>.
12. https://www.e-resident.gov.ee/?source=post_page-----c3a9d-64c988d-----.
13. <https://www.eesti.ee/et/>.
14. *Izveštaj o Bosni i Hercegovini za 2024. godinu*, Evropska komisija, Briesl, 2024.
15. *Izveštaj o razvoju Federacije BiH 2023*, Federalni zavod za programiranje, Sarajevo, 2023.
16. Jannick Schou and Morten Hjelholt, *Digitalization and Public Sector Transformations*, Cham, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2018.
17. Jasmina Džinić, *Javna uprava i politički sustav u Estoniji: u potrazi za ravnotežom između menadžerskih reformi i dobrog upravljanja*, Croatian And Comparative Public Administration, br. 1/2015.

18. Nevenko Vranješ, *Dejtonska i postdejtonska koncepcija upravne vlasti u Bosni i Hercegovini - dvadeset i pet godina nakon Dejtonskog mirovnog sporazuma*, Politeia, br. 20, Fakultet političkih nauka Banja Luka i Institut za političke studije, Beograd, 2020.
19. Nevenko Vranješ, *The extent of the digitalization of the public administration in Bosnia and Herzegovina*, Proceedings of the International Scientific Conference “Challenges and Prospects for the Development of Legal Systems in the 21st Century”, Pravni fakultet, Banja Luka, 2020.
20. *Odluka o izradi Strategije digitalne Srpske*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 19/25.
21. *Odluka o izradi Strategije informacione bezbjednosti Republike Srpske*, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 19/25.
22. *Odluka o uspostavljanju web portala e-uprava Federacije BiH*, Službene novine Federacije BiH, br. 29/18.
23. *Odluka o usvajanju Okvira interoperabilnosti Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik BiH, br. 53/18.
24. *Odluka o usvajanju okvira interoperabilnosti*, Službene novine Federacije BiH, br. 56/16 i 82/16.
25. Petar Kunić, *Upravno pravo*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2010.
26. *Politika razvoja informacionog društva Bosne i Hercegovine za period 2017-2021. godina*, Službeni glasnik BiH, br. 42/17.
27. *Public administration in Bosnia and Herzegovina 2024, Assessment against the Principles of Public Administration*, SIGMA-OECD, Paris, 2024.
28. Ratko Marković, *Upravno pravo, opšti deo, drugo popravljeno i prošireno izdanje*, Slovo, Kraljevo, 2002.
29. Raúl Zambrano and Ruhiya Kristine Seward, *From Connectivity to Service Delivery: Case studies in e-governance*, UNDP, New York, 2013. dostupno na: <https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Democratic%20Governance/Access%20to%20Information%20and%20E-governance/From%20Connectivity%20to%20Service%20Delivery%20-%20Case%20Studies%20in%20E-Governance.pdf>.
30. Savjet ministara BiH, *Akti iz nadležnosti e-vlade*, https://www.vijeceministara.gov.ba/elektronska_vlada/Akti/default.aspx?id=36432&langTag=hr-HR.
31. Stevan Lilić i Dragan Prlja, *Pravna informatika veština*, Pravni fakultet, Beograd, 2011.

32. Stevan Lilić i Maja Stojanović, „E-Government and Administrative Reform in Serbia“, *Journal of Law and Technology*, vol. 2, No 2, 2008.
33. *Strateški okvir institucija Bosne i Hercegovine do 2030 godine*, Direkcija za ekonomsko planiranje, Sarajevo, 2022. str. 17.
34. *Upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija u preduzećima*, RZSRS, br. 316/24.
35. *Uredba o provođenju postupka digitalizacije zbirke isprava registra poslovnih subjekata*, Službene novine Federacije BiH, br. 84/18.
36. *Zakon o elektronskom dokumentu*, Službene novine Federacije BiH, br. 55/13.
37. *Zakon o javnoj upravi Brčko distrikta BiH*, Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 18/2024 - prečišćen tekst.
38. *Zakon o organizaciji organa uprave u Federaciji BiH*, Službene novine FBiH, br. 35/2005.
39. *Zakon o republičkoj upravi*, Službeni glasnik Republike Srpske, 115/2018, 111/2021, 15/2022 i 56/2022, “Sl. glasnik BiH”, br. 84/2022 - odluka US BiH i “Sl. glasnik RS”, br. 132/2022 i 90/2023.
40. *Zakon o upravi*, Službeni glasnik BiH, br. 32/02, 102/09 i 72/17.

Nevenko Vranješ³⁸

THE STATE OF PUBLIC ADMINISTRATION DIGITALIZATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: *Digitalization represents the greatest challenge for modern public administration. A user-oriented public administration that truly serves citizens and the business community is not possible without the introduction of e-services and digital communication channels. Today, digitalization is not an innovation but a necessity, especially emphasized by the development of artificial intelligence, which significantly supports it.*

The subject of this paper is the state of digitalization of public administration in Bosnia and Herzegovina. The paper is based on the assumption that Bosnia and Herzegovina is in the early phase of public administration digitalization. It provides a chronological overview of digitalization, examines the legal and strategic framework, the current state and level of digitalization, the existence of e-services and one-stop administrative points, as well as external assessments of the digitalization of public administration in Bosnia and Herzegovina. The research focuses on the entities, the Brčko District of BiH, and the joint institutions of Bosnia and Herzegovina. The paper applies the historical method, content analysis, as well as inductive and deductive methods.

Keywords: *digitalization, public administration, e-government, e-services, and Bosnia and Herzegovina*

³⁸ Associate Professor, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

УДК 316.774/.775:654.17/.19(497)

doi 10.7251/PR7125069P

Оригинални научни чланак

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ЈАВНИХ МЕДИЈСКИХ СЕРВИСА¹

Др Милош Прица²

***Анстракт:** Медији се разликују према правном режиму устројства, делатности и контроле, а разликују се и према основу делатности јавног информисања коју обављају. Медији су субјекти правног поретка са дужношћу непристрасног и истинитог саопштавања програмских садржаја, следствено чему сви медији, укључујући и комерцијалне, преваходно служе остваривању општих и јавних интереса, само се садржина јавног интереса разликује код појединих медија. Највећи утицај у поретку правне државе имају електронски медији, а међу електронским медијима издавају се јавни медијски сервиси и телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу, као медији који би требало да остварују најважније циљеве у области јавног информисања. Јавни медијски сервис је независан правни субјект који — обављањем своје основне делатности — омогућава остваривање посебних интереса у области јавног информисања и пружа опште и свеобухватне медијске услуге које подразумевају информативне, образовне, културне и забавне садржаје намењене свим деловима друштва. Правни положај јавних*

¹ „Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-137/2025-03/ 200120 од 04.02.2025. године.” Овај рад представља остваривање циљева одрживог развоја у складу са универзалном стратегијом Уједињених нација (Агенда 2030).

² Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, pricamilos@prafak.ni.ac.rs

медијских сервиса разликује се од правног положаја осталих електронских медија, што је важно питање за разумевање правних режима у области јавног информисања.

Кључне речи: електронски медији, јавни медијски сервиси, демократско друштво, унапређивање културе.

1. Канони правног положаја медија

Новинар је дужан да у једној руци носи фењер са настојањем да силичином знања осветли све оно што је тамно, као и да учини јавним све оно што је тајно, док у другој руци новинар носи барјак слободе и правде, како би могао да буде чувар истине и врлине. Посве је нужно да новинар буде оличење врлине али и да буде заштитник врлине, што је услов за одистинску изградњу грађанског и демократског друштва. Поврх тога, медији као субјекти правног поретка имају дужност да омогуће јавну дебату о питањима која подлежу утврђивању јавног интереса, следствено чему функција медија у поретку правне државе подразумева развијање демократског друштва, као позорнице на којој се одвија уљудна и аргументована дебата о питањима која припадају јавној сфери. Одавде произлази да независни медији и аутономија новинара служе демократском друштву и правној држави, дочим независност медија не може подразумевати и њихову самовољу.

Не може постојати медиј који стоји ван јавног интереса, само се садржина јавног интереса као регулативне детерминанте разликује у зависности од врсте медија. У оквиру јавне сфере у нас уврежио се став о постојању приватних медија и јавних медијских сервиса, што је пример погрешног поимања улоге медија у поретку правне државе. Јер, медији су дужни да делатност јавног информисања обављају непристрасно и истинито, следствено чему сви медији — укључујући и комерцијалне — превасходно служе остваривању јавних интереса. Назив јавни медијски сервис, којим се две телевизије у нас одвајају од других електронских медија, посве је бесмислен, имајући у виду да сви медији јесу јавни сервиси подвргнути јавном праву и јавном интересу. С друге стране, не може постојати медиј који преовлађујуће остварује приватне интересе, што значи да израз приватни медиј није прикладан ни у ситуацији када се као издавач медија јавља физичко лице. Сви медији су јавни сервиси, будући да обављају делатност од наглашеног јавног интереса, само се

садржина јавног интереса као регулативне детерминанте разликује у зависности од врсте медија. Имајући ово у виду, уместо назива «јавни медијски сервис», који очевидно представља последицу некритичког преузимања страних речи и израза, било би исправније користити изразе «републички медијски сервис» и «покрајински медијски сервис», као што комерцијалне медије не треба називати приватним медијима, ако знамо да и комерцијални медији остварују превасходно јавне интересе, следствено чему је њихова комерцијална делатност споредни елемент садржине јавног интереса делатности јавног информисања коју обављају.³

Услед природе делатности коју обављају, медији могу најлакше — а притом и најгрубље — повредити слободу и индивидуална правна добра, имајући у виду свеprisутност медија у животу територијалне заједнице и размере штете која се појединцу наноси повредом слободе и људског достојанства од стране медија. Нарочито то важи за медијски неуређене државе — то су државе без медијске културе и просвећености — где припада и Република Србија данас, без обзира на постојање законског правног уређивања у овој области. Сведоци смо да у нас, како штампани, тако и електронски медији, не ретко сурово атакују на слободу и људско достојанство, стварајући тако штету појединцима која се уистину не може надокнадити, упркос могућности остваривања надокнаде нематеријалне штете пред судом. Према нашем мишљењу, такви медији не би требало да постоје у поретку правне државе јер као резултат њихове делатности нестају грађанско и демократско друштво. Осим тога, није оправдано да постоје ни медији који остварују партикуларне интересе политичких странака, а сведоци смо да се у нас у службу партикуларних политичких интереса стављају чак и телевизије са целодржавном покривеношћу (телевизије са тзв. националном фреквенцијом).

Аутономија медија у поретку правне државе очитује њихову независност од непосредног надзора од стране Владе и органа државне управе. Непосредни надзор над медијима од стране Владе и органа државне управе подразумевао би строг правни режим оснивања и делатности медија, цензуру медија, сталну контролу медијских садржаја, обавезу медија да објављују саопштења по наредби органа државне управе и др. Но, неопходно је да независност медија постоји, не само у односу на Владу и органе државне управе, већ и наспрам плутократ-

³ М. Прица, *Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 184/2022, 521-537.

ске деспотије. У великом броју данашњих европских држава на делу је „процес формалног поштовања а суштинског онемогућавања правне државе, обесмишљавањем правних принципа, снажним сузбијањем врлина и контролисањем јавности путем њеног вештачког обликовања. Парадигма обесмишљавања правне државе и јавног интереса садржана је у следећем казивању: „људска права без збиљске слободе, страначка представничка демократија без демократског друштва и владавина на основу закона без владавине на основу права.“⁴

Независност медија не може подразумевати и њихову самовољу, при чему због особеног положаја који имају у правном поретку, сузбијање самовоље медија представља изазов за доктрину о правној држави. Јер, осим правне одговорности пред судом за повреду правних добара (надокнада нематеријалне штете), правна контрола над радом медија од стране врховних државних органа готово да је искључена. С тога се, у циљу спречавања самовоље медија, прибегава установљавању независних тела, која ће имати контролна овлашћења према медијима. Тиме се отелотворује гледиште: да се поступање независних субјеката једино може подвргнути контроли тела која су такође независна од Владе и органа државне управе, с тим да поступање независних тела даље подлеже судској контроли у погледу уставности и законитости правних аката те парламентарној контроли која се врши приликом разматрања извештаја о раду независног тела.⁵

⁴ 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.

„За технику владања плутократске деспотије веома је важно да појединцу, у светлу његових формално признатих слобода, створи привид о постојању суверености грађанина, бирача и потрошача, с тим што — патронажом над државом и демократским политичким системом — власници крупног финансијског капитала настоје да успоставе поредак у коме су признате слободе појединца без имало колективне моћи, што доводи до потпуне подређености радника послодавцу, потрошача произвођачу, бирача политичким странкама, те аутономије (приватности) појединца државном интервенционизму.“ М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017, 117-141.

⁵ Међутим, у којој мери неосновано нечињење и неправоваљано чињење независног регулаторног тела може представљати опасност за демократско друштво и правну државу, белодано показује пример Регулаторног тела за електронске медије у нас. Услед непримењивања овлашћења и неправоваљаног вршења овлашћења Регулаторног тела за електронске медије, поступање електронских медија у Републици Србији грубо

Постојање различитих правних режима појединих медија долази услед чињенице да се разликују циљеви које треба остварити у оквиру јавног информисања као области правног поретка, следствено чему правни режими уређени посебним медијским законима изражавају посебност садржине јавног интереса код појединих врста медија. Основна садржина јавног интереса под окриљем јавног информисања утврђена је основним медијским законом, а на темељу основне садржине јавног интереса из основног закона допуштено је развијати посебне правне режике јавног информисања — делатношћу појединих медија. У том погледу, знаковити примери јесу јавни медијски сервиси и тзв. телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу, као електронски медији који имају нарочите дужности у систему јавног информисања. Језгро јавног интереса у области јавног информисања утврђено је одредбама Закона о јавном информисању и медијима, што је полазиште за даље одређивање садржине јавног интереса, која ће према посебним прописима важити за телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу и јавне медијске сервисе.⁶

Закон о јавном информисању и медијима (“Сл гласник РС”, бр. 92/2023) је системски (основни) медијски закон у правном поретку Републике Србије. Осим основног медијског закона, који је на телеолошки заокружен (целовит) начин уредио област јавног информисања, у правном поретку постоје и посебни медијски закони, којима је регулисан правни режим појединих медија. Карактер посебних медијских закона имају Закон о електронским медијима (“Сл гласник РС”, бр. 92/2023) и Закон о јавним медијским сервисима (“Сл гласник РС”, бр. 83/2014, 103/2015, 108/2016...92/2023), при чему ови медијски закони према Зако-

нарушава основне принципе јавног информисања, следствено чему самовоља медија бива потврђена самовољом Регулаторног тела за електронске медије. Како се судска контрола протеже само на правне акте које Регулаторно тело доноси, а парламентарна контрола нема јасан и делотворан правни облик, неопходно је пронаћи правне путеве и механизме за спречавање самовоље независног тела о којем говоримо. Наше гледиште о потреби установљавања Заштитника јавног информисања настало је као израз трагања за решењем које ће спречити самовољу медија и независног регулаторног тела — без угрожавања њихове независности. М. Прица, *Заштитник јавног информисања као бранилац медијске просвећености*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 191/2024, стр. 345-358.

⁶ М. Прица, *Правна држава и медији — канони медијског права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021, стр. 191-221.

ну о јавном информисању и медијима стоје у односу правне упућености посебних закона на општи медијски закон.

Све одредбе Закона о јавном информисању и медијима непосредно се примењују на све медије, а посебним законима могу бити прописани посебни правни режими појединих медија, под условом да правни режими у питању буду усаглашени са одредбама Закона о јавном информисању и медијима. Таква два посебна правна режима медија у правном поретку Републике Србије установљена су у погледу електронских медија и јавних медијских сервиса. Смисао посебних медијских правних режима је у продубљеном и проширеном остваривању општег правног режима јавног информисања, следствено чему би идеално било остварити кружно повезивање посебних правних режима са општим правним режимом — путем потпуне усклађености свих медијских закона у систему медијског законодавства.⁷

2. Карактеристике правног положаја Електронских медија

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

Регулаторно тело за електронске медије је независно тело, будући да не стоји под било каквим надзором од стране Владе и органа државне управе. Независни су они органи и тела која нису под надзором Владе и органа државне управе, при чему у поретку правне државе делатност независних тела може да буде предмет контроле од стране судова и парламента. Самостални су они органи и тела који стоје под надзором

⁷ М. Прица, *Уређивање односа између основног медијског закона и посебних медијских закона*, Правна ријеч, број 66/2022, 211-232

Владе и у томе видимо разлику између независности и самосталности као двају својстава правног статуса органа и тела у правном поретку. Зачуђује околност да Закон о електронским медијима, Регулаторно тело за електронске медије дефинише као “самосталну и независну организацију”, имајући у виду да су ови појмови различити и међусобно се искључују, следствено чему једно тело не може да буде и независно и самостално. Према томе, законско одређење је противречно, као када бисмо рекли “хладна ватра” или “дрвено гвожђе”. Овлашћења Регулаторног тела за електронске медије су у тој мери снажна да се слободно може констатовати да је Регулаторно тело за електронске медије субјект који врши регулативну, надзорну и квазисудску функцију, што је правни куриозитет. Регулаторно тело за електронске медије (регулатор) врши сталну контролну функцију над електронским медијима. Регулатор контролише рад пружалаца електронских медијских садржаја у погледу доследне примене и унапређивања начела на којима се заснива регулисање односа у области електронских медија, у погледу испуњавања услова за пружање медијских садржаја, као и у извршавању других обавеза које по одредбама меродавног закона и подзаконских аката имају пружаоци медијских садржаја. Регулаторно тело за електронске медије дужно је да се посебно стара о томе да пружаоци медијских садржаја поштују обавезе које се односе на програмске садржаје предвиђене Законом о електронским медијима и услове под којима им је дозвола издата, што се посебно односи на врсту и карактер програма, с тим да Регулаторно тело за електронске медије има иницијативна и мериторна контролна овлашћења.⁸

Правни статус електронских медија уређен је Законом о електронским медијима („Сл гласник РС”, бр. 92/2023). Овај закон има карактер посебног медијског закона наспрам Закона о јавном информисању и медијима као општег медијског закона.

Електронски медиј је дефинисан као програм, односно програмски садржај радија и телевизије, као и програмски садржај доступан на

⁸ Према члану 39 важећег Закона о електронским медијима Републике Србије, карактер мериторних овлашћења Регулаторног тела за електронске медије имају: 1) опомена, 2) упозорење, 3) привремена забрана објављивања програмског садржаја или привремена забрана објављивања огласних порука, 4) привремено одузимање дозволе или одобрења за пружање медијске услуге, или 5) трајно одузимање дозволе или одобрења за пружање медијске услуге.

захтев путем мрежа електронских комуникација. Путем електронских медија емитују се аудио садржаји (путем радија) и аудио-визуелни медијски садржаји (путем телевизија). Електронски медијски програмски садржаји с тога представљају информације, идеје и мишљења као и ауторска дела у звучном облику и визуелном облику (са или без звука), као посебне програмске јединице које су доступне јавној сфери путем електронских медија — ради информисања, образовања и др. Овде имамо у виду електронске медије у функционалном (програмском смислу), с тим да електронски медији у органском смислу подразумевају пружаоце електронских програмских садржаја, о којима ћемо доцније говорити. Појам електронског медија може се разумети једино као јединство електронских медијских садржаја и пружалаца електронских медијских садржаја — појмовним повезивањем електронских медија у функционалном и органском смислу.

Програмски садржаји емитовани путем електронских медија могу имати карактер: (1) општих медијских садржаја, који обухватају информативне, образовне, културне, научне, спортске, забавне и друге програмске садржаје; (2) специјализованих медијских услуга, које у целини обухватају истоврсне програмске садржаје (спортски, културни, музички, образовни, дечји, забавни или др) и (3) рекламних садржаја — у целости посвећених телевизијској продаји или самопромоцији.

Електронски медији у органском смислу јесу пружаоци аудио и аудио-визуелних садржаја. Својство електронских медија у органском смислу (као пружаоци електронских медијских садржаја) имају: 1) установе јавног медијског сервиса у складу са Законом о јавним медијским сервисима којим се уређује рад јавних медијских сервиса; 2) комерцијални пружаоци електронских медијских садржаја; 3) пружаоци електронских медијских садржаја цивилног сектора.

Медијски садржаји цивилног сектора пружају се ради задовољавања специфичних интереса појединих друштвених група (националне мањине, омладина, стари, особе са инвалидитетом итд.) и организација грађана, а не ради стицања добити. Пружалац медијског садржаја цивилног сектора може бити удружење, задужбина, фондација, црква и верска заједница.⁹

За појамно одређивање електронских медија морају се узети у обзир пружаоци електронских медијских садржаја (електронски медији

⁹ М. Прица, *Канони аутономије медија у поретку правне државе*, Правна ријеч, број 67/2023, стр. 145-165.

у органском смислу) и облици електронских медијских (програмских) садржаја (електронски медији у функционалном смислу), што значи да појам електронских медија настаје повезивањем електронских медија у функционалном (програмском) и органском смислу. Осим тога, када се узму у обзир поменути органски и функционални критеријум, уочавају се различите врсте електронских медија (јавни медијски сервиси, комерцијални електронски медији, електронски медији грађанског друштва и др.).

Оснивање електронских медија подлеже режиму издавања одобрења и дозволе Регулатора, осим у погледу оних електронских медија који се оснивају без претходно прибављеног одобрења и дозволе. Одавде произлази да пружаоци електронских медијских садржаја морају имати овлашћење за емитовање медијских садржаја, а ово овлашћење се по правилу издаје од стране Регулатора на основу одобрења и дозволе.

Статус пружаоца електронских медијских садржаја без претходно прибављеног одобрења, односно дозволе, стичу: (1) јавни медијски сервис који стиче право пружања медијске услуге у складу са Законом о јавним медијским сервисима који уређује рад јавних медијских сервиса и непосредно на основу њега; (2) пружалац који медијске услуге пружа искључиво путем глобалне информатичке мреже (Web casting, live streaming и др.), уз обавезу уписа у Регистар медијских услуга код Регулатора и (3) пружалац медијске услуге који реемитује програм на територији Републике Србије, у складу са одредбама Европске конвенције о прекограничној телевизији.

У погледу свих осталих пружалаца електронских медијских садржаја, Регулатор на захтев издаје одобрење и дозволу физичком или правном лицу за пружање електронских медијских садржаја.

Одобрење је овлашћење за емитовање медијских садржаја које издаје Регулатор на захтев физичког или правног лица у складу са одредбама Закона о електронским медијима. Уз захтев за издавање одобрења, поред доказа о испуњености услова прописаних Законом о електронским медијима, подноси се и доказ о испуњености техничких услова за пружање услуге као и информација о програмској концепцији и понуђеним каталозима програмских садржаја. Регулатор води евиденцију пружалаца медијских садржаја на захтев. Евиденција садржи информације о називу медијског садржаја (услуге), називу пружаоца медијског садржаја, податке о пребивалишту односно седишту пружаоца медијског садржаја, контакт податке као и податке о програмској концепцији ме-

дијског садржаја. Одавде произлази да се путем одобрења стиче статус пружаоца електронског медијског садржаја (електронског медија).

Дозвола је овлашћење чијим добијањем њен ималац стиче право да свој медијски садржај, путем електронских комуникационих мрежа пружа неодређеном броју корисника. Дозвола се издаје физичком или правном лицу пружаоцу медијског садржаја који је у надлежности Републике Србије, у складу са одредбама Закона о електронским медијима и у складу са одредбама Закона о јавном информисању и медијима. Решење о издавању дозволе Регулатор доставља регулаторном телу за електронске комуникације, уз захтев за издавање дозволе за коришћење радио-фреквенције, у складу са законом којим се регулишу електронске комуникације, ако се дозвола издаје за емитовање медијског садржаја путем терестричког аналогног преноса. Регулатор решење о издавању дозволе доставља оператору мултиплекса, ради закључења уговора о приступу мултиплекса, ако се дозвола издаје за емитовање медијског садржаја путем терестричког дигиталног преноса. Када регулаторно тело за електронске комуникације достави Регулатору дозволу за коришћење радио-фреквенције, односно после достављања Регулаторном телу за електронске медије уговора о приступу мултиплексу, Регулаторно тело за електронске медије издаје дозволу за пружање медијских садржаја. Ако регулаторно тело за електронске комуникације не изда дозволу за коришћење радио-фреквенције, односно ако не закључи уговор о приступу мултиплексу, Регулаторно тело за електронске медије ставља ван правне снаге решење о издавању дозволе. У вези са предоченим закључујемо да се поводом издавања дозволе за пружање медијских садржаја нужно успоставља сарадња између Регулаторног тела за електронске медије и Регулаторног тела за електронске комуникације.

Ималац дозволе не може да буде: (1) Република Србија, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе; (2) привредно друштво, установа или друго правно лице чија су средства у целини или делом у јавној својини, односно чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе и (3) политичка странка.

Ималац дозволе је дужан да почне са пружањем медијске услуге у року од 90 дана од дана достављања дозволе, а дозвола се издаје на период од осам година. Важење дозволе се може продужити на захтев имаоца дозволе који се подноси Регулатору најкасније шест месеци пре истека важеће дозволе. Дозвола за пружање медијске услуге продужава се на период од осам година. Законом о електронским медијима прописани су

разлози и поступак за одузимање дозволе пре истека времена на које је издата.

Дозвола се издаје на захтев пружаоца медијског садржаја или на основу спроведеног јавног конкурса. Регулатор прописује минималне техничке и организационе услове за издавање дозволе на захтев пружаоца медијске услуге. Регулатор решењем одлучује о захтеву за издавање дозволе. Ако утврди да је подносилац поднео потпун захтев, Регулатор издаје дозволу за пружање медијске услуге и уписује је у Регистар медијских услуга у року од 30 дана од дана подношења захтева. Регулатор решењем одбија захтев за издавање дозволе ако утврди да подносилац захтева не испуњава законом предвиђене услове, као и ако из поднете документације која се односи на предложену програмску концепцију произлази да подносилац захтева не би испуњавао законом установљене обавезе. Подносилац захтева коме је издата дозвола за пружање медијске услуге дужан је да најкасније у року од 30 дана од дана достављања дозволе поднесе Регулатору уговор са оператором бар једне електронске комуникационе мреже којом стиче право да се њен програм посредством те мреже дистрибуира јавности. Ималац дозволе дужан је да сваку измену уговора или накнадно закључен уговор са оператором електронских комуникационих мрежа поднесе Регулатору у року од 15 дана од дана закључења тог уговора. Противу решења Регулатора може се покренути управни спор (судска заштита) пред Управним судом.

Дозвола за емитовање електронских медијских садржаја може бити издата и на основу спроведеног јавног конкурса. Регулатор на основу закона расписује јавни конкурс за издавање дозволе којом се стиче право пружања услуге телевизијског емитовања, као и медијске услуге радија, путем терестричког аналогног, односно дигиталног преноса. Пре расписивања јавног конкурса, Регулатор прибавља податке о расположивости радио-фреквенција за потребе терестричког аналогног преноса од регулаторног тела надлежног за област електронских комуникација и о расположивости места у мултиплексу за потребе терестричког дигиталног преноса од оператора мултиплекса.

Регулатор доноси ближа правила којима се утврђују минимални услови које морају испунити подносиоци пријава на јавни конкурс, односно имаоци дозволе за пружање медијске услуге: технички (неопходна опрема и друга техничка средства којима се обезбеђује квалитетна производња, као и пренос и емитовање за аналогно емитовање програма у складу са предвиђеним програмским концептом, површина и структу-

ра простора намењеног обављању делатности пружања медијске услуге), организациони (број, структура и основ ангажовања кадрова, финансијски показатељи у вези са могућношћу рентабилног пословања и опстанка на тржишту) и програмски (врсте програма и квантитативни однос између појединих врста програма, удео сопствене продукције, српских аудио-визуелних дела, европских аудио-визуелних дела и европских аудио-визуелних дела независне продукције). Регулатор доноси акт којим се утврђују недискриминаторни, објективни и мерљиви критеријуми за одлучивање, који одговарају активностима за чије се обављање издаје дозвола и прописује образац пријаве на конкурс. Поступак спровођења јавног конкурса и начин одлучивања о поднетима пријавама уређени су Законом о електронским медијима и Правилником о условима и критеријумима за издавање дозволе за пружање медијске услуге („Службени гласник РС“, број 43/2024).¹⁰ На жалост, у нас је на делу непоштовање правних стандарда који би у погледу телевизија са целодржавном покривеношћу требало да важе у поретку правне државе.¹¹

3. Карактеристике правног положаја јавних медијских сервиса

Јавни медијски сервиси јесу медији са посебним правним статусом, који им је признат ради остваривања посебних циљева у области јавног информисања. Статус и делатност јавних медијских сервиса у нашем правном поретку уређени су Законом о јавним медијским сервисима («Сл. гласник РС», бр. 83/2014, 103/2015, 108/2016...92/2023). Наведени закон има својство посебног закона наспрам Закона о јавном информисању и медијима, који има својство општег закона. Уз то, како су јавни медијски сервиси једна врста електронских медија, карактер општег закона са сходном применом у односу на Закон о јавним медијским сервисима има и Закон о електронским медијима.

Назив јавни медијски сервис је посве бесмислен, имајући у виду да сви медији јесу јавни сервиси подвргнути режиму јавног права и јавног

¹⁰ Овим правилником нису јасно уређени минимални услови у погледу обавезе емитовања медијских садржаја, што је била карактеристика раније важећег Правилника о минималним условима за пружање медијске услуге и критеријумима за одлучивање у поступку издавања дозволе за пружање медијске услуге на основу спроведеног јавног конкурса („Службени гласник РС“, број 46 од 13. маја 2016.).

¹¹ М. Прица, *Заштитник јавног информисања као бранилац медијске просвећености*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 191/2024, стр. 345-358.

интереса. Не може постојати медиј који стоји ван јавног интереса, само се садржина јавног интереса као регулативне детерминанте разликује у зависности од врсте медија. Уз то, сви медији су јавни сервиси, будући да обављају делатност од наглашеног јавног значаја. Имајући ово у виду, уместо назива «јавни медијски сервис», који очевидно представља последицу некритичког преузимања страних речи и израза, било би исправније користити изразе «републички медијски сервис», «покрајински медијски сервис», «градски медијски сервис» итд.

Јавни медијски сервис је независан правни субјект који — обављањем своје основне делатности — омогућава остваривање посебних интереса у области јавног информисања и пружа опште и свеобухватне медијске услуге које подразумевају информативне, образовне, културне и забавне садржаје намењене свим деловима друштва.¹²

Јавни медијски сервис чине републички и покрајински јавни медијски сервис. Републички јавни медијски сервис је Јавна медијска установа „Радио-телевизија Србије” (РТС), са седиштем у Београду,¹³ а покрајински јавни медијски сервис је Јавна медијска установа „Радио-телевизија Војводине” (РТВ), са седиштем у Новом Саду. РТС и РТВ сарађују у обављању своје основне делатности. Ваљало би размотрити оправданост проширења листе јавних медијских сервиса у нас, тако што би се установили јавни медијски сервиси и у равни јединица локалне самоуправе.¹⁴ Јер, као што ћемо даље видети, јавни медијски сервиси оличавају идеју демократичности и легитимитета у погледу устројства и делатности, као и нарочите објективности и јавног интереса у погледу пружања медијских садржаја.

¹² О медијским сервисима о којима говоримо, видети: Д. Марко, *Трансформација и функционисање јавних радиодифузних сервиса у Републици Србији и Републици Хрватској*, докторска дисертација, Факултет политичких наука у Београду; Н. Шинковић, *Јавни медијски сервиси у високо децентрализованом земљама Европске уније*, Годишњак Филозофског факултета у Новом Саду, бр. 1/2016, стр. 442-467; У. Ђемаловић, *Општи правни оквир у области јавних медијских сервиса — компаративна студија у Уједињеном Краљевству, Финској и Србији*, Медијска политика и евроинтеграције: зборник радова, Београд, 2020, стр. 163-181.

¹³ Настанак и развој правног уређивања централног републичког телевизијског сервиса видети код: А. Благојевић, *Правно уређење јавних медијских сервиса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020, стр. 185-215.

¹⁴ Другачија гледишта о овоме питању: Д. Вучетић, *Децентрализација јавног информисања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број: медији и људска права, бр.61/2012, стр. 407-420; В. Водинелић, *Уставно право власти да оснива медије? Нарочито о јединицама локалне самоуправе*, *Hereticus*, бр. 1-2/2013, стр. 66-79.

Основна делатност јавног медијског сервиса у функцији је остваривања посебних интереса у области јавног информисања, а подразумева производњу, куповину, обраду и објављивање радио, телевизијских и мултимедијалних садржаја, нарочито информативних, образовних, културно-уметничких, дејских, забавних, спортских, верских и других који су од јавног интереса за грађане и субјекте територијалне заједнице. Јавни медијски сервис може обављати и комерцијалну делатност, којом се не сме угрозити обављање основне делатности јавног информисања.

Делатност јавног медијског сервиса заснива се на следећим принципима: 1) истинито, непристрасно, потпуно и благовремено информисање; 2) независност уређивачке политике; 3) независност од извора финансирања; 4) забрана сваког облика цензуре и незаконитог утицаја на рад јавног медијског сервиса, редакције и новинара; 5) примена међународно признатих норми и принципа, а нарочито поштовање људских права и слобода и демократских вредности; 6) поштовање професионалних стандарда и кодекса.

У обављању основне делатности јавни медијски сервис има институционалну аутономију и уређивачку независност а нарочито у погледу: 1) утврђивања концепције и одређивања програмских садржаја, у складу са законом; 2) уређивања програмске шеме; 3) организације делатности; 4) избора руководиоца, главних и одговорних уредника и запошљавања; 5) набавке и продаје робе и услуга; 6) управљања финансијским средствима, у складу са законом; 7) припреме и извршавања финансијског плана; 8) преговарања, односно припреме и потписивања правних аката који се односе на пословање установа; 9) избора заступника у правним пословима и у другим правним стварима.

С тачке гледишта правног статуса, јавни медијски сервиси се разликују од других електронских медија, по томе што имају својство правног лица и статус имаоца јавних овлашћења. Други електронски медији немају својство правног лица нити статус имаоца јавних овлашћења. Статус имаоца јавних овлашћења имају субјекти територијалне заједнице који обављају делатност са наглашеним јавним интересом, што је разлог да се субјектима у питању повере поједини прерогативи јавне власти. Будући да нису носиоци јавне власти, ови субјекти се означавају изразом: «имаоци јавних овлашћења», што долази као последица тога да су «јавна овлашћења» погодан израз за означавање прерогатива јавне власти. На овај начин се повлачи разлика између органа јавне власти и субјеката територијалне заједнице који нису носиоци јавне власти, што је исправ-

но ако знамо да обављање делатности са наглашеним јавним интересом не представља вршење јавне власти. У нашој литератури није препознато да јавни медијски сервиси имају статус имаоца јавних овлашћења, што долази као последица конфузног гледишта о разлици између државне и недржавне управе. Дакле, у области јавног информисања статус ималаца јавних овлашћења имају Регулаторно тело за електронске медије и јавни медијски сервиси, за разлику од штампаних и других електронских медија који нису имаоци јавних овлашћења. Као имаоци јавних овлашћења РТС и РТВ доносе статут јавног медијског сервиса. Статут јавног медијског сервиса доноси управни одбор и на њега сагласност даје Савет Регулатора. Статутом се ближе уређује унутрашња организација, начин рада јавног медијског сервиса и његових органа, доношење општих аката, овлашћења у располагању средствима којима послује, поступак именовања генералног директора, главних и одговорних уредника и директора медија и друга питања значајна за његов рад и функционисање. Статут се објављује у „Службеном гласнику Републике Србије”. Јавни медијски сервиси доносе и правилнике као опште акте, што је такође израз јавних овлашћења које поседују.

При томе, и организациона структура јавних медијских сервиса разликује се од других електронских медија, по томе што јавни медијски сервиси имају органе које други електронски медији немају. Јавни медијски сервиси имају организациону структуру различиту од организационе структуре осталих електронских медија. Органи јавног медијског сервиса су Управни одбор, генерални директор и Програмски савет.

Орган управљања јавног медијског сервиса је Управни одбор који има девет чланова. Чланове Управног одбора именује и разрешава Савет Регулатора двотрећинском већином укупног броја чланова. Савет Регулатора расписује јавни конкурс за именовање чланова Управног одбора шест месеци пре истека мандата чланова Управног одбора у складу са критеријумима прописаним Законом о јавним медијским сервисима. Чланови Управног одбора именују се из реда угледних стручњака из области које су од значаја за обављање послова установа јавног медијског сервиса (стручњаци из области медија, културе, менаџмента, права и финансија). За чланове Управног одбора РТВ-а Савет Регулатора именује лица која живе и раде на подручју Аутономне покрајине Војводине.

Чланови Управног одбора не могу бити носиоци јавних функција и функција у политичкој странци, запослени код пружаоца медијске услуге, као ни лица чије би чланство у Управном одбору могло да доведе до

сукоба интереса у складу са прописом који регулише спречавање сукоба интереса при обављању јавне функције. Чланови Управног одбора не смеју обављати услуге и друге послове за установу јавног медијског сервиса. Мандат чланова Управног одбора је пет година. Једно лице може бити именовано за члана Управног одбора највише два пута. У свом раду чланови Управног одбора су самостални и старају се о доследној примени закона. Регулатор ближе уређује поступак именовања чланова Управног одбора.

Управни одбор јавног медијског сервиса одлуке доноси већином гласова укупног броја чланова, осим ако је Законом о јавним медијским сервисима и Статутом предвиђено да се поједине одлуке доносе двотрећинском већином гласова укупног броја чланова.

Јавни медијски сервиси имају генералног директора. Одлуку о именовању генералног директора, са образложењем, доноси Управни одбор, двотрећинском већином гласова укупног броја чланова, након спроведеног јавног конкурса. Мандат генералног директора је пет година и исто лице може бити именовано за генералног директора највише два пута. За генералног директора може бити именовано лице из реда угледних стручњака из области које су од значаја за обављање послова установе јавног медијског сервиса. За генералног директора не може бити именовано лице које не може бити члан Управног одбора, изузев запослених код пружалаца медијских услуга. За генералног директора може бити именовано лице које има пребивалиште на територији Републике Србије и држављанин је Републике Србије, има високу стручну спрему и 10 година искуства на руководећим пословима. Кандидати за генералног директора приликом конкурисања дужни су да поред доказа о испуњавању услова доставе програм рада и управљања установом јавног медијског сервиса за предстојећи период.

Идеја демократичности и високог степена учешћа јавности дошла је до изражаја у погледу Програмског савета као трећег органа јавних медијских сервиса. Програмски савет је саветодавни орган. Програмски савет има 15 чланова које бира Управни одбор из реда стручњака у области медија и медијских посленика, научника, стваралаца у области културе и представника удружења чији је циљ заштита људских права и демократије. Чланови Програмског савета не могу бити носиоци јавних и политичких функција.¹⁵

¹⁵ М. Прица, *Основни принципи јавног информисања у правном поретку Републике*

Мандат чланова Програмског савета траје четири године и они не могу бити поново изабрани. Чланове Програмског савета РТС-а бира Управни одбор РТС-а, на предлог одбора Народне скупштине надлежног за област јавног информисања. Чланове Програмског савета РТВ-а бира Управни одбор РТВ-а, на предлог одбора Скупштине Аутономне Покрајне Војводине надлежног за област јавног информисања. Надлежни одбор скупштине за област јавног информисања предлаже управном одбору листу од 30 кандидата за чланове Програмског савета која одражава територијалну, националну, верску, полну и другу структуру становништва. Листа кандидата за чланове Програмског савета утврђује се на основу јавног конкурса за избор чланова Програмског савета. Јавни конкурс за избор чланова Програмског савета расписује надлежни одбор скупштине шест месеци пре истека мандата члановима Програмског савета који обављају функцију.

Програмски савет стара се о задовољењу интереса слушаца и гледалаца у погледу програмског садржаја. Програмски савет разматра остваривање програмске концепције и разматра квалитет програмског садржаја јавног медијског сервиса и у вези са тим даје препоруке и предлоге генералном директору и Управном одбору. Програмски савет, најмање једном годишње, организује јавну расправу о програмском садржају јавног медијског сервиса у трајању од 15 дана, а извештај о одржаној јавној расправи, заједно са препорукама за његово унапређивање које су изражене у току јавне расправе, подноси генералном директору и Управном одбору. Програмски савет прати спровођење програмских начела и обавеза утврђених законом, а у случају њиховог непоштовања писаним путем обавештава Управни одбор, генералног директора и одговорне уреднике.

Одавде произлази да би Програмски савет требало да обезбеди кружну линију функционисања јавних медијских сервиса, од субјеката територијалне заједнице до јавног медијског сервиса и назад, као што би и Народна скупштина требало да изражава кружну линију од субјеката територијалне заједнице до Народне скупштине и назад. Као што је Народна скупштина замишљена да представља други спрат територијалне заједнице, то би такође требало да важи и за јавне медијске сервисе. Напослетку, јавне медијске сервисе би требало установити и у равни једи-

Србије, зборник радова „Одговорност у правном и друштвеном контексту, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2022, стр. 229-246.

ница локалне самоуправе, као важну претпоставку остваривања грађанског друштва и аутономије и демократичности локалних заједница.

Поврх тога и дубље гледано, јавне медијске сервисе од других електронских медија одваја степен учешћа јавности у конституисању организационе структуре и провођењу делатности јавних медијских сервиса. Закон о јавним медијским сервисима предвиђа одговорност јавног медијског сервиса наспрам јавности. Утицај јавности на деловање јавних медијских сервиса остварује се посебно: (1) јавношћу поступка именовања органа јавног медијског сервиса; (2) учешћем јавности у унапређивању радијског и телевизијског програма; (3) обавезом јавног медијског сервиса да правовремено и истинито обавештава јавност о обављању своје делатности, о условима и начину пружања својих услуга и о другим питањима која се тичу обављања делатности за које је основан; (4) објављивањем плана рада, финансијског плана и извештаја о раду и пословању; (5) подношењем извештаја о раду и пословању јавног медијског сервиса Народној скупштини и Савету Регулатора и (6) благовременим испуњавањем обавеза прописаним законом којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја.

За разлику од осталих електронских медија, не би било правоваљано да јавни медијски сервиси буду подвргнути контроли Регулаторног тела за електронске медије (Регулатора), као што и оснивање јавних медијских сервиса стоји ван одлучавања Регулатора. Ово долази у следству чињенице да су јавни медијски сервиси независни субјекти, подређени контроли од стране Народне скупштине, што важи и за Регулатора. То значи да и јавни медијски сервиси и Регулатор имају статус независних имаоца јавних овлашћења, а независни субјекти подлежу контроли Народне скупштине и судова, али не и контроли других субјеката. Имајући ово у виду, важећи закон о јавним медијским сервисима предвиђа да РТС и РТВ једном годишње подносе Народној скупштини, ради разматрања и одлучивања, а Савету Регулатора ради информисања, Извештај о раду и пословању за претходну годину, са извештајем независног овлашћеног ревизора. Додуше, важећи Закон о електронским медијима (чл. 28) предвиђа сужена контролна овлашћења регулатора према јавним медијским сервисима, при чему су дотична овлашћења неразумна и непримењива, ако знамо да је посреди однос између двају независних субјеката. По нашем мишљењу, у области јавног информисања влада институционална неравнотежа између независних субјеката јавног информисања. Електронски медији су независни од органа државне управе, али су подређе-

ни јакој контроли Регулатора, као независног субјекта у правном поретку. Јавни медијски сервиси требало би да буду независни од органа државне управе али и од Регулатора. С друге стране, штампани медији су у другачијем правном положају, који искључује надзор органа државне управе и Регулатора. Будући да контрола Народне скупштине над над радом независних тела још увек није задобила јасан правни облик, а како судска контрола наступа само у спорним случајевима испитивања повреде правног поретка, корак у правцу успостављања институционалне равнотеже у области јавног информисања било би установљивање повереника за јавно информисање. Повереника би бирала Народна скупштина, из реда угледних медијских посленика, а задатак повереника био би искључиво да прати поступање свих медија. Повереник не би имао овлашћење да непосредно задире у рад медија, али би праћење медија, Регулатора и других субјеката јавног информисања, омогућило поверенику да се обраћа субјектима територијалне заједнице, а посебно народној скупштини са предлозима у вези са унапређивањем рада независних субјеката јавног информисања. Ауторитет угледног медијског посленика овде би нарочито требало да обезбеди да се кроз институционалну равнотежу између регулатора и повереника развије ауторитет парламента, који је једини властан да врши контролу над радом независних тела и субјеката у поретку правне државе.

Без обзира на то што је у природи ствари да јавни медијски сервиси не подлежу контроли од стране Регулатора, овлашћења Регулатора према јавним медијским сервисима остварују се у погледу конституисања управног одбора јавних медијских сервиса. Разлог оваквога решења лежи у чињеници да је начин избора чланова Регулатора у формалном смислу заснован на принципима легитимитета и стручности, следствено чему је Регулатор позванији од других органа и тела да на основу јавног конкурса изабере чланове управног одбора јавног медијског сервиса. Будући да Регулатор бира чланове управног одбора јавног медијског сервиса, јасно је у којој мери је важно да Регулатор уистину буде независан субјект.

Јавни медијски сервиси служе најширем и највишем могућем остваривању јавног интереса у области јавног информисања. У погледу одређених циљева, јавни интерес, који јавни медијски сервис остварује кроз своје програмске садржаје, не разликује се од електронских и штампаних медија по садржини, већ по методу објективне јавне дискусије коју би јавни медијски сервис требало да развије између субјеката територијалне заједнице. Претпоставка ове дискусије је поштовање једнакости

и равноправности субјеката територијалне заједнице под окриљем јавне сфере. У том смислу, имамо у виду следеће циљеве делатности јавних медијских сервиса: 1) истинито, благовремено, потпуно, непристрасно и професионално информисање грађана и омогућавање слободног формирања и изражавања мишљења слушаца и гледалаца на територији Републике Србије, аутономне покрајине и локалне самоуправе; 2) поштовање и представљање основних људских права и слобода, демократских вредности и институција и унапређивање културе јавног дијалога; 3) поштовање приватности, достојанства, угледа, части и других основних права и слобода човека; 4) поштовање и подстицање плурализма политичких, верских и других идеја и омогућавање јавности да буде упозната са тим идејама, не служећи интересима појединих политичких странака и верских заједница, као ни било ком другом појединачном политичком, економском, верском и сличном становишту или интересу; 5) задовољавање потреба у информисању свих делова друштва без дискриминације, водећи рачуна нарочито о друштвено осетљивим групама као што су деца, омладина и стари, мањинске групе, особе са инвалидитетом, социјално и здравствено угрожени и др.; 6) задовољавање потреба грађана за програмским садржајима који обезбеђују очување и изражавање културног идентитета како српског народа тако и националних мањина, водећи рачуна да националне мањине прате одређене програмске целине и на свом матерњем језику и писму; 7) непристрасно обрађивање политичких, историјских, привредних, социјалних, здравствених, културних, образовних, научних, еколошких и других питања, омогућавајући равноправно сучељавање различитих становишта; 8) бесплатно и једнако представљање политичких странака, коалиција и кандидата који имају потврђене изборне листе за републичке, покрајинске или локалне изборе, у време предизборне кампање и 9) афирмисање националних културних вредности српског народа и националних мањина који живе у Републици Србији, као и зближавања и прожимања њихових култура.

У погледу побројаних циљева — који афирмишу основна правна добара на којима почива правни поредак — може се закључити да делатност јавних медијских сервиса као приоритете има информисање у ужем смислу, а затим културно-уметничке и образовне медијске садржаје, који се тичу грађана али и идентитета Срба и других нација на територији наше државе. Друго, задатак је јавних медијских сервиса да под окриље јавне сфере уврсте питања која због наглашеног јавног интереса

заслужују пажњу субјеката територијалне заједнице. Особито ово важи за питања која се из интересних разлога остављају ван јавне сфере (нпр. правичност банкарских кредита данас у Србији; финансирање и корупција политичких странака и др.). Кључно је у овоме да јавни медијски сервиси развију јавну дискусију између субјеката територијалне заједнице поводом питања која припадају јавној сфери, при чему јавни медијски сервис треба да поштује право субјеката територијалне заједнице да буду равноправно заступљени у програмским садржајима. Посебно се мора поштовати право на равноправно учешће политичких делатника, не само парламентарних, већ и свих других. Јавни медијски сервиси би требало да буду место јавне дискусије политичких делатника, у служби демократског друштва, а важно је нагласити да су за демократију и демократско друштво јавни медијски сервиси важни једнако као и парламенти, посебно што би јавни медијски сервиси требало да врлином чувају демократско друштво и грађанско друштво. Јер, јавни медијски сервиси су дужни да поштују и подстичу плурализам политичких и других идеја под окриљем јавне сфере, не служећи интересима појединих политичких странака и покрета, као ни било ком другом појединачном политичком, економском, верском и сличном становишту или интересу.

Када говоримо о циљевима делатности јавних медијских сервиса, мора се у озбир узети чињеница да се циљеви делатности јавних медијских сервиса од других електронских медија разликују и према садржини, тако што јавни медијски сервиси имају законску обавезу да остварују циљеве који нису одређени као законске обавезе других електронских медија. Реч је о следећим циљевима: 1) развој медијске писмености становништва; 2) производња домаћег документарног и играног програма; 3) благовремено обавештавање о актуелним збивањима у свету и о научним, културним и осталим цивилизацијским достигнућима; 4) унапређивање општег образовања, здравственог образовања и образовања у вези са заштитом животне средине; 5) развијање културе и уметничког стваралаштва; 6) неговање хуманих, моралних, уметничких и креативних вредности; 7) задовољавање забавних, рекреативних, спортских и других потреба грађана; 8) информисање наших грађана у иностранству, као и припадника српског народ који живи ван територије Републике Србије; 9) представљање културног наслеђа и уметничког стваралаштва у земљи и иностранству и 10) информисање иностране јавности о догађајима и појавама у Републици Србији.

У остваривању наведене садржине јавног интереса, јавни медијски сервис дужан је да: 1) уважава језичке и говорне стандарде, како већинског становништва тако, у одговарајућој сразмери, и националних мањина на подручју на коме се програм емитује као и језичке и говорне стандарде глувих и наглувих особа; 2) на републичком, покрајинском и локалном нивоу користи све своје расположиве капацитете укључујући и дописничку мрежу у циљу остваривања права свих грађана на равноправно информисање; 3) обезбеди коришћење и развој савремених техничко-технолошких стандарда у производњи и објављивању програма и у предвиђеном времену реализују планове преласка на нове дигиталне технологије; 4) сарађује са другим јавним медијским сервисом и размењује програмске садржаје који су од интереса за грађане Републике Србије; 5) обезбеђује чување радијских и телевизијских записа као културног наслеђа од националног интереса.

ЛИТЕРАТУРА

1. Благојевић, А. *Правно уређење јавних медијских сервиса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020;
2. Водинелић, В. *Уставно право власти да оснива медије? Нарочито о јединицима локалне самоуправе*, Hereticus, бр. 1-2/2013, стр. 66-79;
3. Вучетић, Д. *Децентрализација јавног информисања*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број: медији и људска права, бр.61/2012, стр. 407-420;
4. Прица, М. *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017;
5. Прица, М. *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и "унутрашњег правног система*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80/2018. стр. 135-180;
6. Прица, М. *Правна држава и медији — канони медијског права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021;
7. Прица, М. *Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 184/2022, 521-537;
8. Прица, М. *Уређивање односа између основног медијског закона и посебних медијских закона*, Правна ријеч, број 66/2022, 211-232;

9. Прица, М. *Основни принципи јавног информисања у правном поретку Републике Србије*, зборник радова „Одговорност у правном и друштвеном контексту, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2022, стр. 229-246;
10. Прица, М. *Канони аутономије медија у поретку правне државе*, Правна ријеч, број 67/2023, стр. 145-165;
11. Прица, М. *Заштитник јавног информисања као бранилац медијске просвећености*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 191/2024, стр. 345-358;
12. Ђемаловић, У. *Општи правни оквир у области јавних медијских сервиса — компаративна студија у Уједињеном Краљевству, Финској и Србији*, Медијска политика и евроинтеграције: зборник радова, Београд, 2020, стр. 163-181;
13. Шинковић, Н. *Јавни медијски сервиси у високо децентрализованим земљама Европске уније*, Годишњак Филозофског факултета у Новом Саду, бр. 1/2016, стр. 442-467;
14. Закон о јавном информисању и медијима („Службени гласник РС“ број 92/2023);
15. Закон о електронским медијима („Службени гласник РС“ број 92/2023);
16. Закон о јавним медијским сервисима („Службени гласник РС“ број 83/2014...92/2023);
17. Закон о заштитнику грађана („Службени гласник РС“ број 105/2021);
18. Правилник о условима и критеријумима за издавање дозволе за пружање медијске услуге („Службени гласник РС“, број 43/2024);
19. Правилник о минималним условима за пружање медијске услуге и критеријумима за одлучивање у поступку издавања дозволе за пружање медијске услуге на основу спроведеног јавног конкурса („Службени гласник РС“, број 46 од 13. маја 2016.).

Prof. Miloš Prica LL.D.¹⁶

CHARACTERISTICS OF THE LEGAL POSITION OF PUBLIC MEDIA SERVICES

Abstract: From the positive law perspective, media differ by the legal regime of their structural organisation, activities and control, as well as by public information activities they perform. The media are subjects of a territorial community which have a duty to communicate their program content in an objective, impartial and truthful manner. Consequently, all media (both commercial and non-commercial ones) primarily serve general and public interests. The only difference is the content of public interest in individual media. In the order of a legal state (*Rechtsstaat*), the greatest impact is attributed to electronic media, especially public media services as media aimed at accomplishing special goals in the field of public information. The public media service is an independent legal entity which, by performing its primary business activity, enables the achievement of special interests in the field of public information and provides general and comprehensive media services which include informative, educational, cultural and entertainment content intended for all sections of society.

Keywords: electronic media, public media services, democratic society, culture promotion.

¹⁶ Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

УДК 316.334.3:321.01]:17-055(497.11)

doi 10.7251/PR7125093T

Прегледни научни чланак

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СЛУЖБЕНИКА ЗА ЕТИКУ И ИНТЕГРИТЕТ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Доц. др Милица Торбица¹

Анстракт: *Развој модерне јавне управе у Републици Србији са квалитетом ефикасног, транспарентног и професионалног система није могућ без људи који поседују висок степен интегритета и који свесно и вољно примењују стандарде моралног понашања службеника садржаних у Кодексима етике. Поред претпостављеног и произвољног личног развоја у том смислу коме свака особа треба да тежи, држава је новелирањем поступака и процедура усмерених на управљање интегритетом као и прописивањем обавезе за све запослене у јавној управи да се кроз припремљене обуке образују и усавршавају, започела свеобухватну изградњу етичке инфраструктуре. Као неизоставан елемент таквог система, предвиђено је учешће појединаца, лица запослених у органима јавне управе, са задужењима у погледу вођења поступака у вези са пријављивањем незаконитих и неетичних понашања, вођења различитих евиденција, сачињавања извештаја, пружања савета свим осталим запосленима и подстицањем на понашање у складу са етичким стандардима. У раду ћемо размотрити задужења и статус ових лица, указати на потребу ближег одређивања критеријума и компетенција за њихов избор између осталих запослених те у коначном указати на предности позитивних законских решења.*

¹ Универзитет Привредна академија, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, Република Србија; Нови Сад, Јанка Веселиновића 11; milica.office1@gmail.com, +381 64 308 4565

Кључне речи: етика, интегритет, службеник, корупција, узбуњивање, сукоб интереса, јавна управа, државна управа, јавне службе.

УВОД

У циљу изградње етичке инфраструктуре у јавној управи Републике Србије, различитим прописима је предвиђена обавеза органа јавне власти и њихових руководилаца да одреде лица која ће бити овлашћена да примају притужбе на неетично понашање, указују на незаконита поступања, воде различите евиденције, сачињавају извештаје, саветују остале запослене и помажу им у препознавању негативних понашања којима се последично урушава и интегритет институције.² Та лица су законом одређена као: лице овлашћено за пријем информација и вођење поступка у вези са узбуњивањем,³ лице обучено за управљање сукобом интереса⁴ и лице (координатор) одговорно за спровођење мера плана интегритета.⁵ Оно што је заједничко свима њима јесте да се ради о лицима која се одлуком руководиоца органа јавне власти одређују из реда запослених лица, тако да ове своје задатке обављају уз посао који иначе раде. Сви органи јавне власти су дужни да одреде лице овлашћено за пријем информација и вођење поступка у вези са узбуњивањем и лице одговорно за спровођење мера плана интегритета, док је лице обучено за управљање сукобом интереса предвиђено за органе државне управе.

² Реч интегритет потиче од латинског придева *integer*, што значи бити цео, читав или комплетан, и употребљава се за описивање унутрашњег осећаја целине, попуњености која проистиче из квалитета као што су поштење или конзистентност карактера, односно комплетност тела и духа. Широко схватајући појам интегритета, он подразумева могућност разумевања, прихватања одређених стандарда као што су искреност, поштење и пристојност и самосталног опредељења да се живи у складу са њима. Интегритет представља кључну везу између етике и моралног деловања. Д. Ћорић, Академси интегритет – појам, садржина и начини нарушавања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2023, Нови Сад, 235-257, стр. 236

³ Закон о заштити узбуњивача, *Службени гласник Републике Србије*, број:128/14, чл. 14, ст. 5

⁴ Закон о државним службеницима, *Службени гласник Републике Србије*, број: 79/05, 81/05 – испр., 83/05 – испр., 64/07, 67/07– испр., 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20, 142/22, 13/25 – одлука УС и 19/25, чл. 30, ст. 2

⁵ Закон о спречавању корупције, *Службени гласник Републике Србије*, број: 35/19, 88/19, 11/21 – аутентично тумачење, 94/21 и 14/22, чл. 95

У даљем раду ћемо размотрити задужења и статус ових лица, указати на потребу ближег одређивања критеријума и компетенција за њихов избор између осталих запослених те у коначном указати на предности позитивних законских решења. Такође, размотрићемо и могућност обједињавања задужења свих ових лица у једном или више запослених у једном органу јавне власти у складу са величином колектива, чиме би се утицало на поједностављење и економичност извршавања предвиђених задужења.

Појам службеника за етику и интегритет

Службеник за етику и интегритет се као појам први пут појавио у научној литератури земаља Европске Уније крајем осамдесетих година прошлог века услед потребе сузбијања корупције и заштите интегритета јавне управе у свету.⁶ Последица научног разматрања овог проблема и изналажења најадекватнијег решења за спречавање незаконитих друштвених понашања у јавној управи је свакако њихово постојање у пракси као и учешће њиховог штетног утицаја на развој државе и друштва у целини. Овим проблемом су се истовремено почеле бавити и међународне организације, а резултат њиховог ангажмана је доношење резолуција,⁷ формулисање препорука⁸ и етичких кодекса⁹ у циљу успостављања једне опште и одговарајуће етичке инфраструктуре у јавној управи Европске Уније. Тако успостављена етичка инфраструктура у својој основи треба да садржи јасне, недвосмислене, свеобухватне и јавно доступне етичке стандарде који регулишу рад јавне управе и за чију континуирану примену и јачање треба да постоји политичка воља. Наглашава се неопходност транспарентности процеса доношења

⁶ D. Izraeli, A. BarNir, Promoting Ethics Through Ethics Officers: A Proposed Profile and an Application, *Journal of Business Ethics*, *Kluwer Academic Publishers, Nederland*, vol. 17, 11/1998, 1189-1196, pg. 1189

⁷ International Code of Conduct for public officials – Un Resolution adopted by the General Assembly (A/RES/51/610) Action against Corruption, 12.12.1996, dostupno na: <https://digitallibrary.un.org/record/231078?v=pdf> pristupljeno 27.04.2025. godine

⁸ OECD, Recommendation of the Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service, OECD/LEGAL/0298, 23.4.1998, dostupno na: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments?mode=advanced&term=ethical%20conduct>, pristupljeno 27.04.2025. godine

⁹ Recommendation No.R (2000) of the Committee of Ministers to Member States on codes of conduct for public officials, 11.5.2000, dostupno na: <https://rm.coe.int/16806cc1ec>, pristupljeno 27.04.2025. godine

одлука, изграђен систем одговорности и надзора као и унапред предвиђене процедуре и санкције за кршење етичких начела. Паралелно са тим, указује се на обавезу промовисања етичких начела већ приликом запошљавања јавних службеника и касније, током трајања радног односа, афирмативним понашањем руководиоца институција и лица која управљају људским ресурсима.¹⁰ Увођење службеника за етику и интегритет и његов ангажман у свим институцијама јавне управе је предвиђен као неопходан, а његова улога се у различитим правним системима препознала као образовна, саветодавна и кључна у поступку праћења спровођења Етичког кодекса у институцијама. Поред улоге промотера етичког понашања службеника, предвиђено је да службеник за етику и интегритет поступа по притужбама на неетичко понашање службеника, даје мишљења за сваки конкретан случај непосредном руководиоцу институције и у том смислу води одговарајуће евиденције. Дакле, службеник за етику и интегритет треба да буде особа од поверења запослених у институцији, да поседује знања из области делокруга рада институције као и знања неопходна за решавање етичких дилема појединца као и вештине комуникације.

Службеници за етику и интегритет у јавној управи Републике Србије

Јавну управу Републике Србије чине државни службеници и намештеници који су запослени у органима државне управе и посебним организацијама којима је Република Србија послодавац,¹¹ затим запослени у јединицама територијалне аутономије и локалне самоуправе као и јавним службама и јавним агенцијама.¹² Дакле, етички интегритет у јавној управи Републике Србије се односи на велики број ангажованих лица која сва, у складу са усвојеним стандардима развоја јавне управе као „добре управе“, учествују у реализацији функције управе као сервиса грађана.¹³

¹⁰ Исто, ОЕЦД је формулисала дванаест начела значајних за успостављање одговарајуће етичке инфраструктуре у јавној управи.

¹¹ М. Торбица, Изазови управљања људским ресурсима у државној управи Републике Србије – мотивација државних службеника, Правна ријеч – часопис за правну теорију и праксу, *Удружење правника Републике Српске*, број 67, година XX, Бања Лука, 2023, 199-217, стр. 207

¹² Д. Миленковић, Јавна управа – одабране теме, *Факултет политичких наука*, Београд, 2013, стр. 325-327

¹³ М. Торбица, Унапређење развоја управљања људским потенцијалима као стратеш-

Међутим, правни положај државних службеника као и осталих службеника управе у укупном виду нису регулисани на идентичан начин, иако се за сва лица ангажована у управи инсистира на високом степену интегритета који се остварује поштовањем етичких стандарда¹⁴ садржаних у различитим кодексима. За поступање супротно прописаним правилима су предвиђене санкције чиме се свакако осигурава њихова примена. С обзиром да се јачањем етичког интегритета сваког запосленог у јавној управи јача и интегритет институције у којој ради,¹⁵ акценат је стављен на обучавање и образовање свих запослених како би уочили разлику између доброг и лошег понашања, лакше усвојили све етичке стандарде и упознали се са процедурама заштите како својих тако и права и интереса свих осталих запослених у институцији.¹⁶ Уочено је да за потпуно разумевање и препознавање негативних понашања које урушавају етички интегритет како појединца тако и институције, неопходно је постојање **лица које може пружити подршку запосленима**, које поседује и знања и способности да професионално и непристрасно комуницира са својим колегама, да ужива њихово поверење и да познаје све процедуре и прописе везане за рад саме институције као и за поступање по притужбама за све видове недозвољеног понашања. Тако је различитим правним прописима пред-

ки циљ реформе јавне управе у Републици Србији, *13 Међународна конференција Развој јавне управе*, Велеучилиште „Лавослав Ружичка“, Вуковар, 2023, 398-406, стр. 402

¹⁴ Реч морал потиче од латинских речи *mos* – обичај, *mores* – владање, *moralis* – ћудоредан, моралан, док на грчком *ethos* значи обичај, а *ethikos* моралан, ћудоредан. Етика представља теорију о моралу, и она је окренута мисаоним и фактичким представљањем свих моралних ставова и односа појединаца и друштва које уопштава и усмерава на једно општедруштвено деловање, тежи одређивању његове бити и систематизацији. М. Кангрга, Морал, *Енциклопедија политичке културе*, Београд, 1993, стр. 698; М. Марјановић, Социолошки појам морала, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2012, 55-67, стр. 57

¹⁵ Етика јавне службе у свом укупном виду обухвата етичке и моралне карактеристике самог запосленог, његов професионални интегритет, а последично и интегритет читаве јавне службе у оквиру институција. М. С. Јоковић, Етика јавне службе у локалној самоуправи, *Социолошки преглед*, број 3, вол. 55, 2021, 997-1017, стр. 998

¹⁶ У ту сврху, а будући да је законом предвиђено као обавеза за сваког службеника, Национална академија за јавну управу у оквиру свог годишњег програма обука предвидела је и обуку за етику и интегритет, превенцију корупције, заштиту узбуђивача и остале обуке везане за ову област. Годишњи програми обука НАЈУ за 2025. годину, *Национална академија за јавну управу*, Република Србија, доступно на: <https://nara.gov.rs/tekst/49/godisnji-programi-obuka-naju.php>, приступљено 22.05.2025. године

виђено одређивање лица из реда запослених у органима јавне власти, и то: лице овлашћено за пријем информација и вођење поступка у вези са узбуњивањем, координатор за спровођење плана интегритета институције и државни службеник обучен у области сукоба интереса, а чији задаци су заједнички усмерени јединственом циљу, јачању етичког интегритета сваког појединца и саме институције поступањем у различитим областима. Сва ова лица се одређују одлуком руководиоца и ни за једно од њих нису прописани критеријуми, услови или компетенције које би требало да поседују да би били изабрани за извршавање ових задатака. Предвиђено је само да поседују знања о вођењу конкретог поступка (рецимо поступак у случају узбуњивања), начину узимања изјава, вођењу евиденција и сачињавању извештаја.

1. Лице овлашћено за пријем информација и вођење поступка у вези са узбуњивањем

Хронолошки посматрано, у нормативном и функционалном смислу, правни систем је прво предвидео постојање **лица овлашћеног за пријем информација и вођење поступка у вези са узбуњивањем** као појмом који је на најшири начин обухватио све појавне облике негативног и неетичног понашања.¹⁷ Поред тога, Законом о заштити узбуњивача¹⁸ и подзаконским актом¹⁹ је прописан поступак унутрашњег узбуњивања, начин одређивања тог лица као и сва друга питања од значаја за узбуњивање, док

¹⁷ Узбуњивање је одређено као откривање информације о кршењу прописа, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и спречавања штете великих размера. Предвиђене су три врсте узбуњивања: унутрашње – када узбуњивач открива информације о неправилностима у оквиру органа јавне власти, односно привредног субјекта у којем је до тих неправилности дошло, спољашње – овлашћеном органу јавне власти, који има могућност да поводом таквих информација предузме одговарајуће мере, и узбуњивање јавности – посредством медија. Закон о заштити узбуњивача, чл. 2. ст. 1. т. 1, чл. 12

¹⁸ Законом је уређено узбуњивање, поступак узбуњивања, права узбуњивача, обавеза државних и других органа и организација и правних и физичких лица у вези са узбуњивањем, као и друга питања од значаја за узбуњивање и заштиту узбуњивача. Исто, чл. 1

¹⁹ Правилник о начину унутрашњег узбуњивања, начину одређивања овлашћеног лица код послодавца, као и другим питањима од значаја за унутрашње узбуњивање код послодавца који има више од десет запослених, *Службени гласник Републике Србије*, број: 49/15 и 44/18 др. Закон.

је за сваки орган који има више од десет запослених прописана обавеза уређивања тог поступка општим актом.²⁰ Из одредби закона и подзаконског акта проистиче да ово лице треба да има знања о начину вођења овог поступка, узимању изјава од стране узбуњивача, сачињавању извештаја о самом поступку и поступању са поверљивим информацијама и заштитом личности узбуњивача. Процена квалитета знања и обучености запосленог препуштена је руководиоцу органа, што проистиче и из одређења законодавца да иначе све обавезе и надлежности око вођења поступка узбуњивања усмери на руководиоца органа и једино њега означити као одговорно лице.²¹ У складу са прописаним обавезама, као и санкцијом предвиђеном у случају да орган није одредио ово лице и није донео општи акт којим је уредио поступак унутрашњег узбуњивања, сваки орган јавне власти је одредио једно лице из реда запослених за вршење ових задужења.²²

2. Лице (координатор) одговорно за спровођење мера плана интегритета

У циљу запоочињања развоја свеобухватне и ефикасне етичке инфраструктуре, Законом о спречавању корупције је прописана обавеза доношења и спровођења *плана интегритета* за све органе, организације и установе које представљају јавну управу у Републици Србији.²³ Да би се план интегритета могао донети, неопходно је да институција

²⁰ Закон о заштити узбуњивача, чл. 16, ст. 1

²¹ Законом је послодавац, односно: орган Републике Србије, територијалне аутономије или јединце локалне самоуправе, носилац јавних овлашћења или јавна служба, правно лице или предузетник који радно ангажује једно или више лица, означен као лице које прима информације о постојању незаконитог понашања, поступа по њој на начин и у роковима предвиђеним законом, као и његове обавезе након окончања поступка. Исто, чл. 2, ст. 1, т. 3, чл. 12-15

²² У складу са последњим извештајима у овој области, не постоји потреба за одређивањем већег броја оваквих лица будући да се примећује тренд опадања унутрашњег узбуњивања, а и у оним органима у којима су такви поступци покренути, као што су Министарство унутрашњих послова и Министарство одбране, основаност је утврђена само у око 1 %. Извештај о примени Закона о заштити узбуњивача, Статистика и искуства за 2021. годину, *Република Србија, Министарство правде*, јун 2022. године, доступно на <https://www.mpravde.gov.rs/sr/tekst/36946/izvestaj-o-primeni-zakona-o-zastiti-uzbunjivaca-za-2021godinu.php>, приступљено 22.05.2025. године

²³ Више о плану интегритета у: А. Рабеновић, План интегритета – ефикасан инструмент превенције корупције, *Правни живот*, 10/2014, Београд, 243-258; Закон о спречавању корупције, чл. 95

претходно изврши *самопроцену сопственог интегритета* и уочи које су то области изложене коруптивним ризицима и у ком обиму. Након самопроцене, приступа се изради плана интегритета који мора да садржи: области и процесе који су нарочито ризични за настанак корупције и процену степена ризика од корупције, превентивне мере којима се отклањају ризици од корупције и рокове за њихово предузимање и податке о лицима која су одговорна за спровођење предвиђених мера.²⁴ Сама израда плана интегритета подразумева сарадњу *радне групе* која се формира у институцији са Агенцијом за борбу против корупције,²⁵ као и укључивање свих запослених ради давања предлога превентивних мера. Након израде и упознавања запослених са планом интегритета, прелази се на *фазу праћења његовог спровођења* и по истеку рока од три године институција је у обавези да изради извештај који доставља Агенцији.²⁶ Лице задужено за праћење спровођења плана интегритета и предложених мера за умањење ризика од корупције и осталих неправилности, **координатор за праћење спровођења плана интегритета**, дужно је да води рачуна о извршавању плана у предвиђеним роковима, да процењује да ли предвиђене мере производе очекиване ефекте као и да сачини извештај о свему што уочи.²⁷ Предвиђена је обука у области спречавања

²⁴ Исто, чл. 94

²⁵ У циљу уређивања начина израде и ближе садржине плана интегритета, рокова за његово доношење и спровођење, достављање извештаја Агенцији за борбу против корупције и начин вршења надзора над доношењем и спровођењем планова интегритета од стране Агенције, Агенција доноси упутства и смернице. Вид: Упутство за израду и спровођење плана интегритета, *Службени гласник Републике Србије*, број: 11/22 – пречишћен текст и 87/24

²⁶ Надзор над спровођењем мера за побољшање интегритета преузима одговорно лице за спровођење плана интегритета које одређује руководилац институције и које извештава руководиоца о резултатима спровођења. Руководилац институције такође је у обавези да редовно прати спровођење плана интегритета и, заједно са одговорним лицем за спровођење плана интегритета, припрема показатеље ефикасности и процењује резултате предложених мера за побољшање интегритета. Планови интегритета се доносе сваке треће године, стога је руководилац институције у обавези да донесе одлуку о поновној изради плана интегритета сваке треће године од последњег усвојеног плана интегритета институције, или раније, уколико руководилац, односно Агенција процени да је интегритет институције нарушен. Исто, чл. 19-21

²⁷ Анализом статистичких података који се тичу планова интегритета и њихових спровођења у институцијама јавне управе у Републици Србији уочавају се озбиљни и афирмативни помаци којима се потврђује да се ради о инструменту који је ефикасан у борби против корупције. Наиме, током више од деценије примене, где

корупције за све запослене у органу јавне власти, њихово упознавање са ризичним случајевима и начином на који треба да реагују уколико се нађу у таквим ситуацијама. Циљ обуке је свакако и могућност већег укључивања запослених у израду и примену плана интегритета установе, чиме би се свеобухватно утицало на формирање високих етичких стандарда код свих запослених.²⁸

3. Државни службеник обучен у области сукоба интереса

Правни положај и основа етичког стандарда државних службеника су прописани Законом о државним службеницима,²⁹ Законом о платама државних службеника и намештеника³⁰ и Кодексом понашања државних

је на самом почетку област процене која се односи на етику и лични интегритет (што обухвата сукоб интереса, пријем поклона, делотворно поступање по пријавама корупције) представљала област са највише ризика по интегритет институције, последњи налази указују на то да се тај ризик значајно умањио. Агенција за борбу против корупције Републике Србије, Извештај о самопроцени интегритета органа јавне власти у Републици Србији – планови интегритета, *Агенција за борбу против корупције*, Београд, 2014.

²⁸ И поред замерке да већина радних група није била објективна у самопроцени, након спровођења трећег циклуса плана интегритета, Агенција је на основу непосредног надзора у одређеним институцијама закључила да су неопходне мере у овој ризичној области или већ успостављене или су их институције предвиделе у свом плану интегритета за даљи период. Мањкавост институција и њихових радних група је пронађена у недовољној афирмацији запослених у учешћу израде плана интегритета институције у којој раде као и у недовољној информисаности о функционисању радног процеса у ком се процењују ризици од корупције, анализирању ризика нормативне, организационе и кадровске природе, што у коначном утиче на одређивање квалитетних и ефикасних мера за спречавање корупције и других неправилности. Извештај Агенције за борбу против корупције о спроведеном надзору над израдом плана интегритета у трећем циклусу 2021-2024. године, доступно на: https://www.acas.rs/lat/page_with_sidebar/plan_integriteta#, приступљено 10.05.2025. године

²⁹ Законом о државним службеницима су кроз одредбе које се тичу начела деловања државних службеника и забране сукоба интереса постављени етички стандарди деловања и понашања свих државних службеника. Поступање противним прописаним стандардима повлачи дисциплинску одговорност, а начин покретања, ток и одлучивање у том поступку је у потпуности одређено Законом. Такође, Законом је дефинисано које понашање представља тежу, а које лакшу повреду радне дужности, сходно чему је прилагођена и санкција за такво понашање. Закон о државним службеницима, чл. 25-31

³⁰ Закон о платама државних службеника и намештеника, *Службени гласник Републике*

службеника.³¹ Законом о јавним агенцијама³² је у смислу етичког стандарда и правила понашања запослених у јавним агенцијама прописана сходна примена закона којим се уређује положај државних службеника. Изменама и допунама Закона о државним службеницима из 2018. године је предвиђено **одређивање државног службеника од стране државног органа који треба да буде обучен у области која се тиче сукоба интереса**.³³ То подразумева да поседује знања у дефинисању свих појмова и понашања која могу да представљају сукоб интереса у државном органу, начин њиховог избегавања, способност саветовања осталих државних службеника и њиховог мотивисања и подстицања на размишљање о правно усвојеним етичким и моралним стандардима којима треба да прилагоди своје понашање како на професионалним тако и на личним основама. Поред тога, ово лице треба одговорно да води евиденције о примљеним поклонима, пријавама о сукобу интереса и мерама које су предузете ради спречавања сукоба интереса као и да сачињава извештаје о управљању сукобом интереса у државном органу. Такође, предвиђено је да кроз учествовање у примени плана интегритета разматра ефикасност примена правила о сукобу интереса, предвиђа мере за њихово унапређење и утврђује послове који су нарочито подложни корупцији, начину њихове контроле и предлаже превентивне мере за смањење корупције у државном органу.

ЗАКЉУЧАК

Србије, број: 62/06, 63/06 – испр., 115/06 – испр., 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18, 14/22 и 19/25

³¹ Правила етичког понашања су прописана и Кодексом понашања државних службеника, као етичким минимумом и скупом пожељних вредности које сваки државни службеник треба да поседује и начинима опхођења према колегама, грађанству, органу у којем је запослен, својим дужностима и обавезама. Сваки орган државне управе је дужан да прати примену Кодекса и да решава по притужбама за његово кршење, а извештај о примени Кодекса и препоруке за његово унапређивање доставља Високом службеничком савету. Кодекс понашања државних службеника, *Службени гласник Републике Србије*, број: 29/08, 30/15, 20/18, 42/18, 80/19 и 32/20

³² Иако јавне агенције могу да оснују Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, положај запослених у јавним агенцијама је везан за положај државних службеника будући да је самим законом прописано које послове државне управе јавној агенцији може поверити Република Србија као и ограничење које у том смислу имају остали оснивачи. Закон о јавним агенцијама, *Службени гласник Републике Србије*, број: 18/05, 81/05 – испр., 47/18, чл. 3, 7 и 55

³³ Закон о државним службеницима, чл. 30а

Службеник за етику и интегритет служи испуњењу активности државе управљања интегритетом свих службеника јавне власти кроз функцију утицаја на успостављање вредносних ставова и контролу испуњења етичких стандарда. Његова улога у том смислу, будући да се морал не може на силу испољавати, треба да буде превентивна и систематична, стална и проактивна. Првенствено треба својим понашањем да служи као пример, а такође треба да помаже у креирању моралних стандарда свих осталих службеника. Пре одређивања службеника за етику и интегритет, руководиоца органа би требало да анкетира све запослене у колективу као и да добије сагласност изабраног лица. То из разлога што такво лице треба да буде прихваћено од целог колектива, да ужива њихово поверење, а да своје дужности обавља добровољно. Затим, послове који се односе на поступак узбуњивања, спровођење плана интегритета и управљање сукобом интереса може да врши једно лице, али је неопходно да свака организациона јединица органа јавне власти која броји више од 30 запослених за те послове има одређена два службеника. На тај начин би увек било обезбеђено присуство бар једног службеника, они би се међусобно могли контролисати, саветовати и допуњавати.

Службеник ове послове треба да обавља уз своје основно занимање, а за то постоји више разлога. Прво, он треба да буде упознат са свим фазама процеса рада органа јавне власти као би могао да препозна неетично понашање у конкретним ситуацијама, предвиди потенцијалне ризичне ситуације из којих корупција може настати и разуме позиције свих колега из колектива. Друго, таква организација омогућава брзу и лаку ротацију различитих лица из колектива која су способна за обављање ових задужења. Ротација може бити предвиђена као казна, уколико одабрано лице због свог неетичког понашања изгуби поверење руководиоца или колектива, или као награда, предвиђањем бенефита у каријерном напредовању или друге видове награђивања службеника за постигнуте позитивне резултате у области етике и интегритета. За обављање ових послова је неопходно да је лице у органу јавне власти запослено на неодређено време, односно да му је обезбеђен континуитет рада и сигурност запослења у колективу у којем треба да утиче на изградњу одређеног квалитета интегритета. Такође, такав радни однос би требао да траје више година, будући да би један од критеријума одређивања службеника за етику и интегритет требало да буду и исходи вредновања радне успешности и завршени програми стручног усавршавања.

CONCLUSION

The Ethics and Integrity Officer serves to fulfill the state's activity of managing the integrity of all public officials through the function of influencing the establishment of value attitudes and monitoring the fulfillment of ethical standards. His role in this regard, since morality cannot be expressed by force, should be preventive and systematic, permanent and proactive. Primarily, he should serve as an example through his behavior, and should also help create moral standards for all other officials. Before appointing an ethics and integrity officer, the head of the authority should survey all employees in the collective and obtain the consent of the selected person. This is because such a person should be accepted by the entire team, enjoy their trust, and perform their duties voluntarily. Then, tasks related to the whistleblowing procedure, implementation of the integrity plan and conflict of interest management can be performed by one person, but it is necessary that each organizational unit of a public authority with more than 30 employees has two officials designated for these tasks. In this way, the presence of at least one officer would always be ensured, and they could monitor, advise, and complement each other.

An official should perform these tasks in addition to his/her primary occupation, and there are several reasons for this. First, he/she should be familiar with all phases of the work process of a public authority in order to be able to recognize unethical behavior in specific situations, anticipate potential risky situations from which corruption can arise, and understand the positions of all colleagues in the team. Secondly, such an organization allows for quick and easy rotation of different individuals from the team who are capable of performing these duties. Rotation may be envisaged as a punishment, if the selected person loses the trust of the manager or the team due to their unethical behavior, or as a reward, by providing benefits in career advancement or other forms of rewarding employees for positive results achieved in the field of ethics and integrity. To perform these tasks, it is necessary that the person is employed in a public authority for an indefinite period of time, that is, that he or she is provided with continuity of work and security of employment in a team in which he or she should influence the development of a certain quality of integrity. Also, such an employment relationship should last for several years, since one of the criteria for appointing an ethics and integrity officer should be the outcomes of performance evaluations and completed professional development programs.

ИЗВОД ИЗ ЛИТЕРАТУРЕ

1. Александра Рабреновић, План интегритета – ефикасан инструмент превенције корупције, *Правни живот*, 10/2014, Београд, 243-258.
2. Годишњи програми обука НАЈУ за 2025. годину, *Национална академија за јавну управу*, Република Србија, доступно на: <https://npu.gov.rs/tekst/49/godisnji-programi-obuka-naju.php>
3. Дејан Миленковић, Јавна управа – одабране теме, *Факултет политичких наука*, Београд, 2013.
4. Драгана Ћорић, Академси интегритет – појам, садржина и начини нарушавања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2023, Нови Сад, 235-257.
5. Dove Izraeli, Anat BarNir, Promoting Ethics Through Etics Officers:A Proposed Profile and an Application, *Journal of Business Ethics*, *Kluwer Academic Publishers, Nederland*, vol. 17, 11/1998, 1189-1196
6. Закон о државним службеницима, *Службени гласник Републике Србије*, број: 79/05, 81/05 – испр., 83/05 – испр., 64/07, 67/07– испр., 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20, 142/22, 13/25 – одлука УС и 19/25
7. Закон о платама државних службеника и намештееника, *Службени гласник Републике Србије*, број: 62/06, 63/06 – испр., 115/06 – испр., 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18, 14/22 и 19/25
8. Закон о јавним агенцијама, *Службени гласник Републике Србије*, број: 18/05, 81/05 – испр., 47/18
9. Закон о спречавању корупције, *Службени гласник Републике Србије*, број: 35/19, 88/19, 11/21 – аутентично тумачење, 94/21 и 14/22
10. Закон о заштити узбуњивача, *Службени гласник Републике Србије*, број: 128/14
11. International Code of Conduct for public officials – Un Resolution adopted by the General Assenbly (A/RES/51/610) Action against Corruption, 12.12.1996.
12. Извештај о самопроцени интегритета органа јавне власти у Републици Србији – планови интегритета, *Агенција за борбу против корупције*, Београд, 2014.
13. Извештај Агенције за борбу против корупције о спроведеном надзору над израдом плана интегритета у трећем циклусу 2021-2024. године, доступно на: https://www.acas.rs/lat/page_with_sidebar/plan_integriteta#

14. Извештај о примени Закона о заштити узбуњивача, Статистика и искуства за 2021. годину, Република Србија, Министарство правде, јун 2022. године, <https://www.mpravde.gov.rs/sr/tekst/36946/izvestaj-o-primeni-zakona-o-zastiti-uzbunjivaca-za-2021godinu.php>
15. Кодекс понашања државних службеника, Службени гласник Републике Србије, број: 29/08, 30/15, 20/18, 42/18, 80/19 и 32/20
16. Милица Торбица, Изазови управљања људским ресурсима у државној управи Републике Србије – мотивација државних службеника, Правна ријеч – часопис за правну теорију и праксу, *Удружење правника Републике Српске*, број 67, година XX, Бања Лука, 2023, 199-217.
17. Милица Торбица, Унапређење развоја управљања људским потенцијалима као стратешки циљ реформе јавне управе у Републици Србији, *13 Међународна конференција Развој јавне управе*, Велеучилиште „Лавослав Ружичка“, Вуковар, 2023, 398-406.
18. Милица С. Јоковић, Етика јавне службе у локалној самоуправи, *Социолошки преглед*, број 3, вол. 55, 2021, 997-1017.
19. Милош Марјановић, Социолошки појам морала, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2012, 55-67.
20. Милан Кангрга, Морал, *Енциклопедија политичке културе*, Београд, 1993,
21. OECD, Recommendation of the Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service, OECD/LEGAL/0298, 23.4.1998.
22. Правилник о начину унутрашњег узбуњивања, начину одређивања овлашћеног лица код послодавца, као и другим питањима од значаја за унутрашње узбуњивање код послодавца који има више од десет запослених, *Службени гласник Републике Србије*, број: 49/15 и 44/18 др. закон
23. Recommendation No.R (2000) of the Committee of Ministers to Member States on codes of conduct for public officials, 11.5.2000.
24. Смернице за спровођење плана интегритета, *Службени гласник Републике Србије*, број: 80/10
25. Упутство за израду и спровођење плана интегритета, *Службени гласник Републике Србије*, број: 11/22 – пречишћен текст и 87/24

Milica Torbica

LEGAL STATUS OF ETHICS AND INTEGRITY OFFICERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *The development of modern public administration in the Republic of Serbia with the quality of an efficient, transparent and professional system is not possible without people who possess a high degree of integrity and who consciously and willingly apply the standards of moral behavior of officials contained in the Codes of Ethics. In addition to the assumed and arbitrary personal development in this sense, which every person should strive for, the state has begun the comprehensive construction of an ethical infrastructure by revising the procedures and practices aimed at integrity management, as well as prescribing the obligation for all public administration employees to educate and improve themselves through prepared training courses. As an indispensable element of such a system, the participation of individuals, persons employed in public administration bodies, with responsibilities in terms of conducting procedures related to reporting illegal and unethical behavior, maintaining various records, compiling reports, providing advice to all other employees and encouraging behavior in accordance with ethical standards is envisaged. In this paper, we will consider the duties and status of these persons, point out the need for closer determination of criteria and competencies for their selection among other employees, and finally point out the advantages of positive legal solutions.*

Keywords: *ethics, integrity, civil servant, corruption, whistleblowing, conflict of interest, public administration, state administration, public services*

ПРАВНА СВОЈСТВА УПРАВНОГ АКТА -КОНАЧНОСТ И ПРАВОСНАЖНОСТ-

Жељка Милинковић¹

Резиме: Појам и свеобухватна проблематика управног акта као једног од најважнијих института управног права заокупља велики интерес управно-правне теорије, позитивног права и управно-судске праксе. Исто произилази из чињенице да се управним актима регулишу бројни и веома разноврсни друштвени односи цијелокупне друштвене заједнице, са циљем задовољавања дјелатности из општег и појединачног интереса. Управни акт има снажно дејство у извршној власти, јер оно што је пресуда за суд, то је управни акт за управу. У домаћем законодавству, институт управног акта своју легитимност остварује примјеном начела законитости Закона о општем управном поступку Републике Српске. У току излагања рада извршићемо упознавање са институтом управног акта, његовим правним својством коначности и правоснажности, као и представити значајније сентенце из одлуке Врховног суда Републике Српске, којом је одлучивано о процесном правном питању покретања управног спора против коначног управног акта.

Кључне ријечи: управни акт, коначност, правоснажност, управни спор.

¹ мастер права

УВОДНИ ДИО

Свакодневно општење грађана према органима управе, а и обраћање органа управе према грађанима, међусобно успостављање права и обавеза, доводи до тога да се на најједноставнији начин појасни појам и улога управног акта као и његова правна својства у друштвено-правном систему. Сваки догађај од рођења па до смрти везан је за доношење управног акта. Стога се указује велика потреба дефинисања свих његових карактеристика ради лакшег сагледавања и схватања његових особености. Честе су али и различите одлуке управних органа али и судова који имају надлежност одлучивања о питању управне ствари. У овом раду објаснићемо појам управног акта, његово својство коначности и правоснажности, те указати на практичне примјере различитог одлучивања судова и органа управе. Циљ овог рада јесте указати на неједнако одлучивање управних органа и судова, али указивање на потребу једнаког тумачења правне норме којом је дефинисан појам коначности и правоснажности.

1. Појам управног акта

Управни акт у најширем смислу ријечи представља централни и иманентан облик управног дјеловања.² Управни акт су појединачни правни акти које доноси овлашћени доносилац, тј. државни органи, прије свега органи управе, али и други органи са јавним овлашћењима када ријешава о извјесном праву или обавези појединца или организације у каквој управној ствари. У доношењу управног акта претходе чињенице и догађаји, управна јавна процедура и његово извршење. У конкретном поимању управни акт представља примјену закона или уопште примјену правне норме на конкретан случај у рјешавању управне ствари. Историјски посматрано, настанак управног акта се веже за правну државу у систему владавине закона. Појам управног акта први пут се спомиње у француској правној теорији XIX вијека, творац Леон Диги, а затим се шири у земљама европског континента. У југословенском законодавству управни акт се називао рјешење, закључак или наређење. Термин управни акт се први пут помиње у нашем законодавству у Закону о управним споровима из 1952. године, који термин је у континуитету задржан до данашњег дана.

² Кунић, Управно право, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2010., стр. 321.

2. Обиљежја управног акта

Поред формалне ознаке, да га доносе органи и организације јавне управе, управни акт садржи и обиљежја и то конкретност, ауторитативност, правно дјеловање, доносилац управног акта, заснованост на закону, извршност и доношење у управним стварима.

Конкретност управног акта огледа се у томе што је управни акт појединачан акт, индивидуалан, одређен за конкретну ситуацију, којим се одлучује за конкретан друштвени однос, односно којим се уређују права и обавезе одређеног једног или више лица, именованих или неименованих. Конкретношћу управног акта изражава се разлика између управног акта и акта управне власти општенормативног карактера (управни прописи), који је апстрактан и који се односи на неодређене случајеве (*erga omnes* – према свима).

Ауторитативност управног акта представља могућност његовог доносиоца, односно овлаштење прописано правном нормом да дјелује ауторитативно и да наступа са јачаом вољом према другим субјектима. Воља доносиоца управног акта је одлучна, санкционисана употребом принуде у случају недобровољног извршења акта од старне субјекта коме је упућен. Јача воља на страни доносиоца управног акта чини разлику управно-правног односа од грађанско правног односа. Грађанско-правни однос настаје сагласношћу воља субјекта док управно-правни однос настаје ауторитативним дјеловањем његовог доносиоца користећи полуге ауторитета власти.

Правно дјеловање управног акта огледа се у његовом својству да производи непосредно правно дејство у конкретној правној ствари, односно да кроз форму управног акта ствара се, мијења, укида, поништава или утврђује неки правни однос. Надаље, може се рећи да управни акт производи непосредне промјене у односу на правни поредак.³ У преведеном смислу, управним актом се одлучује о нечијем праву, обавези или правном интересу, па је стога правно дејство управног акта превасходно усмјерено према његовом адресату, односно субјекту о чијим се правима и обавезама одлучивало тим актом. Управни акт дјелује и према своме доносиоцу и огледа се у обавези да га принудно изврши уколико адресат одбије добровољно извршење. Правно дјеловање управног акта огледа се и у посредном дјеловању и то према трећим лицима, када је управ-

³ Лилић, Управно право, Савремена администрација, Београд, 1998, године, стр. 241.

ним актом додијељено неко апсолутно право. Ради се о правном дејству према свима тзв. „*erga omnes*“, дјеловање акта према трећим лицима али и према другим органима, судовима, који су их дужни признати. Опште-нормативни акти ступају на снагу протеком одложеног рока по објављивању, док управни акт ступа на снагу саопштењем (нотификацијом), моментом извршене доставе, док према доносиоцу управни акт почиње дјеловати од момента његовог преузимања од стране овлашћеног лица у сврху даљње доставе адресату.

Доносилац управног акта је питање од суштинског значаја поимања овог института. Да би се утврдила разлика између управног акта и аката других органа јавне власти, потребно је дефинисати доносиоца управног акта. У нашем правном систему доносиоци управних аката могу бити државни али и недржавни субјекти са јавним овлашћењима, па се стога закључује да доносилац управног акта може бити државни орган, предузеће или друга организација или установа у вршењу јавних овлашћења. Ово обиљежје управног акта лежи у чињеници да управни акт може донијети само овлашћен доносилац, субјект коме су законом призната ауторитативна овлашћења да у конкретним случајевима одлучује о правима, обавезама или правним интересима физичких и правних лица у управним стварима.

Заснованост на закону управног акта има двије димензије, материјалну и процесну. У материјалном смислу управни кат је засниван на пропису чија се норма примјењује у конкретном случају док у процесном смислу управни акт доноси одређени орган у складу са законом прописаним поступком у прописаној форми. У овом обиљежју управног акта највише је изражено начело законитости у раду управе. Дакле, доносилац управног акта одлучује о правима и обавезама у конкретној ствари, примјењујући материјални пропис на конкретан случај.

Извршност управног акта представља могућност његовог извршења против воље његовог адресата и дефинише примјене његове законитости од стране суда путем принудних средстава у складу са законом. Извршност акта јавља се код оних аката гдје је неопходно принудно извршење диспозиције због чињенице да странка није извршила наметнуту обавезу у предвиђеном року добровољно. Извршност управног акта јавља се код аката којима је утвђена нека обавеза (плаћање пореза), за разлику од аката којима се даје неко право (дозвола за градњу стамбеног објекта), који немају обиљежје принудног извршења.

Доношење у управним стварима је обиљежје управног акта које произилази из чињенице да се управним актом ријешава у некој управној

ствари. Питање управне ствари није нормативно одређено па се одређује као тешко питање у своме поимању. Нека дефинисања потичу од тога да се управна ствар разликује од цивилне ствари по томе што се она уређује од старне надлежног субјекта ауторитативно и непосредно а од судске по томе што представља конкретну, појединачну, неспорну правну ситуацију која се уређује прецизирањем диспозиције (примарног правила понашања) опште правне норме, а не санкцијом. У најширем појму управна ствар се дефинише као ствар у јавном интересу која је својом важношћу изнад појединачног интереса, па се диспозиција понашања уређује на ауторитативан начин за разлику од уговорене ствари гдје странке диспозицију уређују споразумом. Обзиром на све аспекте сагледавања појмовног одређивања управне ствари, може се рећи да управна ствар представља поједину правну ситуацију у којој надлежни орган, на основу правних прописа непосредно и на ауторитативан и конкретан начин уређује примарну диспозицију, односно правило понашања за неку животну ситуацију.

3. Врсте управних аката

Класификација управних аката подјелена је према њиховим одређеним специфичностима према којима добијају свој назив и специфичностима на основу којих уређују одређену ситуацију.

Разликујемо слиједеће управне акте: конститутивни и декларативни управни акти, индивидуални и генерални управни акти, правно везани управни акти и акти који се доносе на основу слободне оцјене (дискрециони управни акти), позитивни и негативни управни акти, прости и сложени (збирни) управни акти, управни акти који се донсе по службеној дужности и управни акти који се доносе по захтјеву странке, формални и неформални управни акти и управни акти у форми рјешења и управни акти у форми закључка.

4. Правно дејство управних аката

Путем дејстава управног акта испољава се њихов правни карактер.⁴ Управни акт производи правно дејство на три начина и то према странкама, органу који га је донио и према трећим лицима. Правно дјеловање уп-

⁴ Томић, Опште управно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009., стр.209.

равног акта према странкама се остварује на начин што се њиме стварају, мјењају или укидају права и обавезе. Управни акт захваљујући својој обавезности која произилази из ауторитативности, намеће странкама одређено понашање гдје се странка мора прилагодити, у супротном такав акт ће се принудно извршити од стране доносиоца. Правно дејство управног акта у погледу његовог доносиоца огледа се у томе да ли се ради о обавезујућим или овлашћујућим актима. Код обавезујућих управних аката доносилац таквог акта је дужан да се брине о извршењу наметнутих обавеза који проистичу из таквог акта, у супротном дужан их је принудно извршити. Код овлашћујућих управних аката (управни акт којим се странци даје неко право), доносилац акта својим ауторитетом има дужност да странци омогући ефикасно кориштење погодности односно права. Дјеловање управног акта према трећим лицима јавља се код аката са дејством „*erga omnes*“, према свима, дејство апсолутног карактера. Дејство управног акта према трећим алицима се испољава на негативан начин, што значи да се трећа лица имају уздржати од сваког ометања странке у остваривању права а ли тако и у погледу доносиоца у вршењу својих овлаштења.

5. Правоснажност управног акта

Са теоријског аспекта, правоснажност управног акта представља процесноправни институт који спречава да се међу истим субјектима води поново поступак о истој ствари у којој је у редовном поступку дефинитивно одлучено, односно правоснажност означава непромјењљивост управног акта.⁵ Важност начела правоснажности не испољава се само кроз учвршћавање начела законитости и успостави веће правне сигурности него и у попуној заштити права и интереса странака. Правна сигурност и јесте у томе да се обезбиједи непромјењљивост управног акта којим је одлучено о правима и обавезама странака у редовном управном поступку. Концепцијом правоснажности дефинитивно се окончава вођење управног поступка и спријечва његово понављање, без обзира на који начин је предмет ријешен. Институт правоснажности управног акта преузет је из судских поступака (кривичног и парничног), те захваљујући напорима теорије, праксе и законодавства, правоснажност је постала квалитет и управног акта.

⁵ Кунић, Управно право, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2010., стр.348.

6. Формална правоснажност

У погледу субјеката на које се односи неопозивост управног акта, разликујемо формалну и материјалну правоснажност. Формална правоснажност везује странку и онемогућава јој да побија управни акт који је постао дефинитиван у управном поступку, након што се исцрпе сва законом предвиђена правна средства. Правоснажан управни акт не може се више оспоравати правним средствима, тј. жалбом или тужбом у управном спору. Према Закону о општем управном поступку правоснажно је оно рјешење против којег се не може изјавити жалба нити покренути управни спор, а којим актом је странка стекла одређено право или којим су наметнуте неке обавезе. Код правоснажности важно је утврдити због чега се странка не може користити редовним правним средствима, да ли што жалба или тужба у конкретном случају нису допуштени или је странка средства већ користила или је пропустила рок за њихово изјављивање. Завинсо од тих околности моменат формалне правоснажности различито и наступа. Тако, ако је странка пропустила рок за изјављивање жалбе против првостепеног акта а самим тим и право на подношење тужбе, тада правоснажност и коначност наступају истеком рока за жалбу. Ако је странка пропустила рок за подношење тужбе против коначног управног акта, тада правоснажност наступа након коначности, истеком рока за жалбу. Формална правоснажност се дефинише као спољашња тј. не задира у садржину управног акта. Важно је истаћи да се формална правоснажност посматра са позиција странке, што значи да не мора наступити у исто вријеме према странкама (вишестраначки поступци), уколико се једна странка жали а друга не, или је пропустила рок жалбе.

7. Материјална правоснажност

Материјална правоснажност се дефинише као унутрашње својство управног акта, које својство веже његовог доносиоца да не може акт који је донио опозвати, поништити, укинути и мијењати. У конкретном случају значи да орган не може опозвати свој властити акт наконведеног поступка након што је постао дефинитиван. Важност материјалне правоснажности произилази из чињенице то што она штити права и интересе странака и тиме што ствара не само правну сигурност већ и повјерење грађана у одлуке државних органа и правни систем уопште.

8. Објективна и субјективна правоснажност

Објективна правоснажност спријечава надлежни орган (доносиоца управног акта) да поново рјешава исти предмет, све у циљу смањења трошкова који се не могу пребацивати на терет странака учесника поступка.

Субјективна правоснажност узима у обзир аспект правне заштите странке, тиме што недозвољава поновно одлучивање о ствари, ако би се тиме преиспитивала стечена права странке. Субјективна правоснажност штити стечена права странке. За субјективну правоснажност важи правно начело „*ne bis in idem*“, односно забрану поновног одлучивања о истој управној ствари.

У коначности овим својством нису обухваћени акти којима странка није стекла неко право.

Својство правоснажности стиче само диспозитив управног акта, не и остали дијелови као што су образложење или упуство о правном средству. Рјешење (његов диспозитив) донесено у управном поступку, може и дјелимично постати правоснажно.⁶

9. Коначност управног акта

Управни акт може стећи и својство коначности. Коначност представља такво својство управног акта када се против њега не може покренути жалба као редовно правно средство у управном поступку, али се може покренути управни спор.⁷ Напротив, коначност управног акта представља услов за покретање управног спора. Својство коначности могу стећи првостепена и другостепена рјешења донесена у управном поступку. Првостепена рјешења постају коначна када је законом искључена жалба, као и у случају протјека рока за жалбу или у случају да жалба није изјављена. Другостепена рјешења постају коначна даном доношења, што практично значи да су сва другостепена рјешења аутоматски и коначна рјешења јер се против њих никада не може уложити жалба.⁸

⁶ Томић, Опште управно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009., стр.208.

⁷ Закон о општем управном поступку, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 13/02, 87/07, 50/10 и 66/10.

⁸ Лилић, Управно право, Савремена администрација, Београд, 1998, године, стр.265.

10. 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.⁹

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.¹⁰ Управни акт се може побијати ако акт садржи такве недостатке који спречавају оцјену његове законитости или недостатке који га чине ништавим, ако у акту није никако или није правилно примјењен 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 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 уп-

⁹ М.О.Рађеновић, Право управног спора, Универзитет у Бања Луци, Правни факултет Бања Лука, Бања Лука 2010, 54-55.

¹⁰ Закон о управним споровима, „Службени гласник Републике Српске“ бр.109/05, 63/11.

равног 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 заинтересовани странкама на одговор остављајући рок од 30 дана од дана достављања.¹¹ 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.

10. Судска пракса

Нерјетки су случајеви у пракси да се у управном спору пред надлежним судовима одбаци тужба против коначног управног акта а из разлога како је то наведено у ставовима судова, да тужба против коначног акта управе није допуштена, а из разлога што акт другостепеног органа није стекао својство коначног акта јер се тим актом није одлучивало о каквом праву, обавези или правном интересу физичких или правних лица у каквој управној ствари, него је тим актом поништено првостепено рјешење и поступак враћен на почетак.

Тако је рјешењем Окружног суда у Приједору бр. 16 0 У 001975 23 У од 22.07.2024. године,¹² у управном спору ружиоца КП Водовод и канализација а.д. Нови Град, против рјешења тужене РУГИПП бр. 21.04/475-

¹¹ М.О.Рађеновић, Право управног спора, Универзитет у Бања Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2010, 87-92.

¹² Рјешење Окружног суда у Приједору бр. 16 0 У 001975 23 У од 22.07.2024. године.

117/22 од 31.01.2023. године, суд заузео став те одбацио тужбу као недопуштену, наводећи да управни акт тужене РУГИПП којим је поништено првостепено рјешење истог органа ПЈ Нови Град бр. 21.33/475-27/21 од 14.10.2022. године, и поступак враћен на почетак, не представља коначан управни акт по чл. 2. ЗУС-а, јер се истим не одлучује о праву, обавези или правном интересу физичког или правног лица у предметној управној ствари.

Надаље, предметно рјешење Окружног суда у Приједору бр. 16 0 У 001975 23 У од 22.07.2024. године, било је предмет ванредног преиспитивања од стране тужиоца КП Водовод и канализација а.д. Нови Град. Врховни суд Републике Српске донио је пресуду бр. 16 0 У 001975 24 Увп од 26.03.2025. године,¹³ којим је захтјев тужиоца уважио и укинуо рјешење Окружног суда у Приједору бр. 16 0 У 001975 23 У од 22.07.2024. године. Врховни суд Републике Српске заузео је став да је појам коначног акта у управном поступку прописан чл. 13. ЗОУП-а, те да према наведеној одредби „рјешење против којег се не може изјавити жалба је коначно рјешење а против кога се не може покренути управни спор је правоснажно рјешење“, те да се та рјешења могу поништити, укинути или измијенити само у случајевима који су законом предвиђени. Суд даље наводи да није правилан закључак нижестепеног суда да се није могао водити управни спор против оспореног акта тужене, наводећи да је оспорени акт коначно рјешење у управном поступку у формалном смислу, јер против њега није допуштена жалба, па се могао покренути управни спор, у складу са поуком датом у оспореном акту.

11. ЗАКЉУЧАК

Управни акт је важан институт управног дјеловања цјелокупног друштва. Управа у вршењу своје дјелатности свакодневно доноси велики број управних аката, како појединачних тако и општих, којима се даје одређено право или правни интерес али и намеће одређена обавеза. Стога, управни акти имају велику улогу и значај у правном општењу управних органа и грађана, те је важно одредити и дефинисати када управни акт стиче својство коначности и правоснажности, јер зависно од тих правних својстава, почиње дејство управног акта према странкама,

¹³ Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 16 0 У 001975 24 Увп од 26.03.2025. године.

органу као његовом доносиоцу али и према трећим лицима. На крају, важност утврђивања својства коначности и правоснажности остварује се и кроз извршење диспозиције управног акта, односно остваривање циља због којег је управни акт и донесен.

6. ЛИТЕРАТУРА

1. П. Кунић, Управно право, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2010.
2. С. Лилић, Управно Право, Савремена администрација, Београд, 1998.
3. М. О. Рађеновић, Право општег управног поступка и управног спора, Правни факултет универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2016.
4. М. О. Рађеновић, Право управног спора, Универзитет у Бања Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2010.
5. З. Р. Томић, Опште управно право, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.
6. Закон о општем управном поступку („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 13/02, 87/07, 50/10 и 66/10).
7. Закон о управним споровима, („Службени гласник Републике Српске“ бр.109/05, 63/11.
8. Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 16 0 У 001975 24 Увп од 26.03.2025. године.
9. Рјешење Окружног суда у Приједору бр. 16 0 У 001975 23 У од 22.07.2024.године.

Željka Milinković¹⁴

LEGAL PROPERTIES OF AN ADMINISTRATIVE ACT –FINALITY AND LEGAL EFFECTIVENESS–

Summary: *The concept and comprehensive issues of the administrative act as one of the most important institutes of administrative law are of great interest to general administrative-legal theory, positive law and administrative-judicial practice. This also stems from the fact that administrative acts regulate numerous and very diverse social relations of the entire social community, with the aim of satisfying activities of general and individual interest. An administrative act has a strong effect in the executive branch, because what a judgment is for a court, an administrative act is for the administration. In domestic legislation, the institute of an administrative act achieves its legitimacy through the application of the principle of legality of the Law on General Administrative Procedure of the Republika Srpska. During the presentation of the paper, we will introduce the institute of an administrative act, its legal properties of finality and legal force, as well as present the most significant sentences from the decisions of the Supreme Court of the Republika Srpska, which decided on the procedural legal issue of initiating an administrative dispute against a final administrative act.*

Keywords: *administrative act, finality, legal force, administrative dispute.*

¹⁴ Master of Laws

I КАТЕДРА
РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ РАДА У РАДНОМ ОДНОСУ И РАДА ВАН РАДНОГ ОДНОСА У ЗАКОНУ О РАДУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Др Рајко Кличковић¹

Дипл. правник Милан Ђурановић²

***Анстракт:** Циљ овог рада је да анализира сличности и разлике рада у радном односу и радаван радног односа у Закону о раду Републике Српске и да на основу тога сагледа перспективе тог рада у садашњим друштвено економским односима. Приликом анализе имали смо у виду чињеницу да је рад ван радног односа присутан у систему рада Републике Српске због тога што радник може да ради и кад није у радном односу, а да је на тржишту рада присутан недостатак квалификоване радне снаге.*

Иако је овај облик рада и раније био присутан у систему рада, након доношења новог Закона о раду може се говорити о системском и потпуном уређењу тог рада јер су Законом уређене основе којима се успостављају облици таквог рада. Сваки од облика рада ван радног односа успоставља се уговором, који закључују: лице које обавља послове (посленик) и лице за кога се обављају послови (послодавац).

Тренутно стање одржава значајан напредак у регулисању и проширењу појединих облика рада ван радног односа у односу на ранија законска рјешења и систематизовањем свих облика рада ван радног

¹ Професор у пензији, rajkoklickovic@hotmail.com

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

односа у посебан дио закона. Положај рада ван радног односа у систему рада Републике Српске није коначно ријешен и биће неопходно убудуће радити на његовој доградњи у правцу веће заштите извршилаца такве врсте рада.

Кључне ријечи: *радно законодавство, рад ван радног односа, положај рада ван радног односа, доградња прописа.*

1. Увод

Рад ван радног односа присутан је у систему рада Републике Српске јер радник може да ради и кад није у радном односу. Устав Републике Српске у члану 39. гарантује право на рад, у складу са законом и право на слободан избор рада. Лице које обавља рад ван радног односа по свом избору стиче одређени правни статус, права и обавезе по основу таквограда. Такав рад припада радном праву и уређује се радноправним законодавством. Закон о раду³ Републике Српске регулише рад ван радног односа и утврђује основе којима се успостављају облици таквог рада.

Неспорна је чињеница да се правна теорија није детаљније и интензивније бавила феноменом правних основа ангажовања рада ван радног односа, због чега је рад ван радног односа само дјелимично био уређен у ранијем Закону о раду и то кроз обављање привремених и повремених послова и кроз допунски рад и био је садржан у одредбама које регулишу радни однос.

Полазећи од Уставом гарнтованог права на рад и права на слободан избор рада и чињенице да се рад у радном односу и рад ван радног односа значајно разликују било је неопходно уредити и проширити поједине облике рада ван радног односа у односу на ранија законска рјешења и систематизовати све облике рада ван радног односа у посебан дио закона. Тренутни положај рада ван радног односа у систему рада није у цјелости дефинисан и том питању ће се морати посветити додатна пажња у наредном периоду, а у циљу што јаснијег и потпунијег нормативног уређења ове области.

³ “Службени гласник Републике Српске“, бр.1/16,66/18,91/21-Одлука Уставног суда Републике Српске, 119/21, 112/23 и 39/24.

2. Правни основ за рад ван радног односа

Важећи Закон о раду у дијелу „Рад ван радног односа“ (чл. 204. до 207), као правне основе за рад ван радног односа утврђује уговоре и то: 1) уговор о обављању привремених и повремених послова; 2) уговор о дјелу; 3) уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; 4) уговор о допунском раду. Ове уговоре закључују лице које обавља послове (посленик) и лице за кога се обављају послови (послодавац).

Заједничко за наведене уговоре је, да се закључују у писаном облику и да садрже нарочито: врсту, начин и рок извршења посла, као и начин утрђивања накнаде за рад, ако законом није другачије одређено. Послодавац је дужан да води евиденцију о свим уговорима које закључи на основу правила садржаних у одредбама Закона.

Правна теорија није се детаљније и интензивније бавила феноменом правних основа ангажовања рада ван радног односа, али без обзира на тренутна законодавна рјешења, сматрамо да ови, као и остали институти флексибилног запошљавања, имају будућност и значај у повећању запослености и да је иницирање њихове даље актуелизације и практичног остваривања потпуно оправдано.

Међутим, у садашњем тренутку мора се имати у виду и социјална димензија ових облика ангажовања рада, тренутна економска криза и утицај социјалних партнера на креирање и законско уређење система рада код нас и у окружењу.

У овом раду ограничићемо се само на облике рада ван радног односа које предвиђа Закон о раду Републике Српске из 2016. године.

2.1. Уговор о привременим и повременим пословима

Овај уговор је најчешће кориштен као правни основ за рад ван радног односа и присутан је мање више у свим законодавствима држава из ближег окружења. У почетку када се јавио, његов предмет су могли бити послови и у оквиру дјелатности послодвца да би касније ти послови морали бити изван дјелатности послодвца и са краћим роком трајања уговора. Садашње законско ријешење говори о пословима за које се не закључује уговор о раду.

2.1.1. Правна природа и садржина уговора

Важећи Закон о раду познаје два режима рада по уговору о обављању привремених и повремених послова: општи и посебни. Општи режим рада по уговору о обављању привремених и повремених послова важи за све који такав уговор закључе, уколико посебним режимом није другачије предвиђено, и примјењује се на незапослена лица, запослена лица која раде са непуним радним временом и кориснике старосне пензије.

Према члану 204. овог закона, уговор о привременим и повременим пословима закључује послодавац са наведеним категоријама лица за обављање привремених и повремених послова који не трају дуже од 90 дана у једној календарској години.

Извршиоци по овом уговору могу бити незапослена лица, запослена лица са непуним радним временом и корисници старосне пензије. Ако незапослена лица нису пунољетна, потребна је сагласност законског заступника, сходно члану 56. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима. То важи и за малољетна лица која раде са непуним радним временом. Корисници инвалиднина и породичне пензије не могу радити по овом уговору. Предмет уговора може бити било који привремени или повремени посао из дјелатности послодавца за који се не закључује уговор о раду.

„Привремени послови су краткотрајни континуирани послови, као што су: сјетва, жетва, брање усјева или плодова, прерада шећерне репе, откуп житарица, анкетирање, археолошко испитивање, ревитализација фресака, реконструкција уметничких предмета и слично. Повремени послови су краткотрајни послови који се не обављају у континуитету, већ с времена на време, као што су: противградна заштита, израда сајамских штандова, кошење траве по градским парковима, одржавање реда на спортским приредбама и сл.“⁴

Законом о раду је предвиђено да привремени и повремени послови могу трајати најдуже 90 радних дана у календарској години. Ово је горња граница њиховог трајања – то значи да не могу трајати дуже, а могу краће.

Извршиоцу за обављени рад припада право на накнаду. Износ накнаде утврђују се уговором. Послодавац је дужан да плаћа доприносе ут-

⁴ Зоран Ивошевић, Радно право – четврто измјењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП“ Службени гласник“, Београд 2009. година стр. 299.

врђене Законом о доприносима.⁵ То овај уговор чини блиским уговору којим се заснива радни однос.

Уговор о привременим и повременим пословима је, по својим карактеристикама, облигациони уговор, који није регулисан Законом о облигационим односима, већ прописима који уређују радне односе, на основу којих се он користи у пракси. Као у свим сличним случајевима, за све што у вези с овим уговором није регулисано прописима о радним односима, важе опште одредбе и одредбе о уговорима из Закона о облигационим односима и супсидијарно се примјењују.

Уговор о привременим и повременим пословима успоставља правно-економски однос који ни у ком случају не може прерасти у радни однос. Спор који настаје из овог уговора рјешава се у редовној парници, а не као спор из радног односа. Обављање привремених и повремених послова представља рад ван радног односа.

„Уговор се закључује с обзиром на личност посленика, тако да припада уговорима „*intuitu personae*“. Обавезе из овог уговора престају смрћу посленика и не могу се пренети односно наследити “⁶

Правна природа овог уговора одређује и његова дејства. Како се ради о мјешовитом уговору, он има двоструко дејство: облигационо-правно и радноправно.

Радноправна дејства уговора огледају се у чињеници да „посленик по уговору о обављању привремених и повремених послова има право на пензијско, инвалидско и здравствено осигурање, у складу са одговарајућим законом.

Облигационоправна дејства уговора о привременим и повременим пословима чине обавезе странака утврђене самим уговором. Обавезе су узајамне и реципрочне, што овај уговор, како смо истакли, уврштава у двостарно обавезне уговоре.

Овај облик рада се често злоупотребљава, о чему свједоче и Извјештаји инспекције рада Републике Српске. Према тим извјештајима, уговор о обављању повремених и привремених послова, као вид запошљавања односно ангажовања радника, највише се злоупотребљава код послодаваца који обављају привредну дјелатност.

⁵ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 114/17, 112/19, 49/21, 119/21, 56/22, 132/22, 112/23 и 110/24)

⁶ Др Зоран Ивошевић, Уговор о вршењу привремених или повремених послова, „Радни односи и управљање“, бр. 6/94, Београд, стр. 21.

2.1.2. Посебан режим уговора

Посебан режим рада по уговору о обављању привремених и повремених послова важи само за чланове омладинских и студентских задруга. Према одредби члана 204. став 1. тачка 3. овог закона, послодавац може за обављање привремених и повремених послова да закључи уговор са лицем које је члан омладинске или студентске задруге у складу са прописима који уређују омладинско и студентско задругарство.

Уговор о обављању привремених и повремених послова преко омладинске и студентске задруге или уговор о раду са задругом, као правни основ ангажовања рада без заснивања радног односа, занимљив је, не само са становишта праксе, већ и због чињенице да своје исходиште налази у контрадикторном миљеу задругарства и задружне својине у нашем друштву.

У Републици Српској питање омладинског и студентског задругарства је уређено Законом о омладинским задругама⁷. Циљ омладинског и студентског организовања се остварује привременим и повременим радом. Дјелатност задруге је организовано обављање послова за потребе послодаваца који немају карактер радног односа и то: привремени и повремени послови, послови чији је обим повремено повећан, послови одсутног радника и сезонски послови. Општа правила (кодекс) омладинског и студентског задругарства (Службени гласник Републике Српске број: 20/96), потврђују циљеве и дјелатност организовања. Према томе посебан режим обављања привремених и повремених послова тиче се само омладинског и студентског задругарства.

2.2. Уговор о дјелу

У пракси постоје сталне расправе да ли уговор о дјелу припада радном праву или другим гранама права. Кад је ријеч о овој дилеми мора се поћи од чињенице да је уговор о дјелу уређен Законом о облигационим односима и да се у радном праву и законодавству третира као уговор о раду ван радног односа.

⁷ Службени гласник Републике Српске, број: 3/96 и 21/96).

2.2.1. Правна природа и садржина уговора

Овај уговор у Закону о раду уређен је одредбом члана 205. Према ставу 1, овог члана, послодавац може са одређеним лицем да закључи уговор о дјелу, ради обављања послова који су ван дјелатности послодавца, а који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног посла. Учесници уговорног односа који настаје закључивањем уговора о дјелу јесу послодавац и посленик. Круг оних који могу бити посленици није ограничен, па то може бити свако физичко лице, чак и малолетно, ако има сагласност заступника, сходно члану 56. став 1. и 2. Закона о облигационим односима. Овдје је ријеч о општем режиму уговора о дјелу.

Предмет уговора о дјелу су „послови ван дјелатности послодавца“, за разлику од предмета уговора о обављању привремених и повремених послова, који су углавном из дјелатности послодавца.

„При одређивању предмета уговора, примарни значај има *дело*, а не посао којим оно настаје. Код дела је битан резултата рада, а не сам рад. Зато из овог уговора извиру облигације циља, а не облигације средстава; за њих је својствено – стварање, дакле израда или оправка одређене ствари, односно извршење целовитог физичког или интелектуалног посла. Стварање дела мора да буде самостално, а то подразумева личне способности оног ко треба да буде посленик. У извршавању уговорне обавезе посленика не може да замени друго лице“.⁸

По правилу, уговор о дјелу је формални уговор, јер је форму као битан услов за пуноважност уговора прописао Закон о раду у одредби члана 205. став 2. Овај уговор је двострано-обавезан и теретан уговор, јер се ради о узајамности обавеза и користи; са, по правилу, трајним извршењем обавеза; *intuitu personae*, јер се закључује с обзиром на личност извршеника; комутативан, јер је у тренутку његовог закључења позната висина узајамности престација. Припада групи једноставних уговора (а не мјешовитих); у његовој структури нема елемената других уговора.

Битни елементи уговора о дјелу јесу: дјело извршиоца, као предмет, и накнада или награда коју дугује наручилац односно послодавац. Уговорне стране често уговарају и рок, као битан елемент уговора, а могу условити и настанак уговора и сагласношћу о низу других чиње-

⁸ Др Зоран Ивошевић, Уговор о вршењу привремених или повремених послова, „Радни односи и управљање“, бр. 6/94, Београд, стр. 302.

ница (субјективни битни елементи). Предмет уговора је рад извршиоца којим се постиже одређени резултат. Ту је ријеч о одређеном раду, о производњи одређеног дјела помоћу механичког или неког другог рада, умјетничког, научног или литерарног остварења. Рад или посао извршиоца, као и његов резултат, морају бити могући, допуштени, одређени или одредиви. Наручилац има право вршење надзора.

2.2.2. Обавезе уговорних страна

Наручилац је обавезан да исплати извршиоцу накнаду у вријеме, у мјесту и на начин како је уговором предвиђено. Накнада се одређује уговором, ако није одређена обавезном тарифом или неким другим обавезним актом. Ако накнада није утврђена, утврдиће је суд према вриједности рада, према нормално потребном времену за тај посао, као и према убичајеној накнади за ту врсту рада.

Извршилац има статус осигураника самосталних дјелатности, по прописима о пензијском и инвалидском осигурању, а дужник доприноса је послодавац.

Основне обавезе извршиоца у уговору о дјелу, према Закону о облигационим односима, јесу: да изврши дјело како је договорено и по правилима посла и да преда израђену или поправљену ствар наручиоцу.

Напоменули смо да се уговор о дјелу редовно закључује с обзиром на личност извршиоца; ипак извршилац није увијек дужан да посао обави лично, али и кад га обави лице у његовој служби, извршилац лично одговара наручиоцу за извршење посла.

Основне обавезе наручиоца из уговора о дјелу према Закону о облигационим односима, јесу: да прими рад према одредбама уговора и правилима посла, и да да извршиоцу накнаду за извршени посао.

Ради обезбјеђења наплате потраживања накнаде за рад и накнаде за утрошени материјал и осталих потраживања по уговору о дјелу, извршилац има право залоге на стварима које је направио или оправио, као и на осталим предметима које му је предао наручилац у вези са његовим радом, све док их држи и не престане добровољно да их држи, сходно одредбама Закона о облигационим односима.

Уговор о дјелу се у пракси углавном примјењује ради обављања једног посла, а може бити закључен и ради обављања више одређених послова, али увијек се мора односити на послове ван дјелатности послодавца. Нажалост, овај уговор се масовно користи управо ради обављања

послова из дјелатности послодавца, чак и онда када постоје услови за закључење уговора о обављању привремених и повремених послова. Пракса је пуна примјера да је овај уговор злоупотребљаван баш у те сврхе, пошто пажња и контрола надлежних органа није била на потребном нивоу⁹.

2. 3. Уговор о стручном оспособљавању и усавршавању

Овај уговор је ушао у радноправни систем одредбама члана 206. Закона о раду. Овдје је ријеч о два уговора који се по први пут уводе у систем рада Републике Српске као замјена волонтерском начину стицања искуства за полагање одговарајућих испита. Када говоримо о овом уговору морамо јасно разликовати усавршавање од стручног оспособљавања.

2.3.1. Уговор о стручном оспособљавању

Уговор о стручном оспособљавању послодавац може да закључи са незапосленим лицем, ради обављања приправничког стажа и полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником о организацији и систематизацији послова предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци. Овај уговор се може закључити и са лицем које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно да обави специјализацију, за вријеме утврђено програмом усавршавања, односно специјализације.

Уговором о стручном оспособљавању и усавршавању, који се закључује између послодавца и незапосленог лица, не заснива се радни однос. С обзиром на то да се не ради о заснивању радног односа, овдје је ријеч о волонтерском раду који обављају волонтери. Волонтер (фран. *volontaire*, лат. *voluntarius*) је „онај ко служи добровољно и бесплатно“.¹⁰

Волонтерски рад би се могао тако оквалификовати као рад који је установљен у интересу извршиоца одређеног рада, како би он стекао одређена знања и искуства на конкретним пословима, и то, у принципу, без накнаде од стране послодавца или организатора волонтирања.¹¹ Уго-

⁹ Р.Кличковић и Б.Радић, Коментар Закона о раду Републике Српске, Центра за демократизацију Бања Лука 2016 година, стр. 327

¹⁰ Милан Вујаклија, Лексикон страних рјечи и израза, „Просвјета“, 1996/97.

¹¹ У овоме раду морамо поставити јасну разлику између волонтерског рада као

вор о стручном оспособљавању послодавац може да закључи са незапосленим лицем, ради обављања приправничког стажа и полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником о организацији и систематизацији послова предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци. Овдје је ријеч о волонтерском приправништву (оспособљавање за самосталан рад у струци).

Волонтерски рад односно уговор о стручном оспособљавању би трајао онолико времена колико је према закону за одређено стручно звање прописано трајање приправничког стажа.

Иако је ријеч о волонтерском раду, послодавац може лицу са којим је закључио уговор о стручном оспособљавању да обезбиједи новчану накнаду, као и друга права по основу рада (нпр. право на одмор, трошкове превоза или исхране и сл.), у складу са законом, општим актом или уговором о стручном оспособљавању и усавршавању. Обезбијеђена новчана накнада не сматра се платом.

Уговор о стручном оспособљавању закључује се у писменој форми. Лице на оспособљавању осигурано је за случај повреде на послу и професионалне болести.

2.3.2. Уговор о стручном усавршавању

У Републици Српској постоји значајна разлика између Уговора о стручном оспособљавању и усавршавању (волонтерског рада уређеног овим законом) и волонтирања у смислу Закона о волонтирању.¹² Према одредби члана 4. Закона о волонтирању, волонтирање је улагање личног времена, труда, знања и вјештина којима се обављају услуге или активности за добробит другог лица или за општу добробит. Услуге и активности утврђене законом обављају лица на начин утврђен овим законом, без права на новчану надокнаду и потраживање или друге имовинске користи за обављено волонтирање, ако овим законом није друкчије уређено. Закон, надаље, одређује дугорочно волонтирање као волонтирање које траје дуже од 20 часова недјељно, најмање три мјесеца без прекида.

добровољног и бесплатног рада код организатора волонтирања, који за циљ има помоћ другим лицима и обављање хумантарног рада и волонтерског рада који се обавља код послодавца и за циљ има оспособљавање за самосталан рад.

¹² Закон о волонтирању „Службени гласник Републике Српске“, бр.89/13.

Разлику између уговора о стручном оспособљавању и усавршавању и уговора о волонтирању у смислу Закона о волонтирању прави сам Закон, наводећи у члану 5. шта се, између осталог, не сматра волонтирањем. „Волонтирањем у смислу овог закона не сматра се: 1) стручно оспособљавање без заснивања радног односа (волонтерски рад) уређено Законом о раду...”

Уговор о стручном усавршавању послодавац може да закључи са лицем, незапосленим или запосленим код другог послодавца које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно да обави специјализацију за вријеме утврђено програмом усавршавања, односно специјализације. Овдје је ријеч о волонтерском стручном усавршавању које се предузима ради стицања нових знања и радних способности односно ради специјализације у струци. Стручно усавршавање траје онолико времена колико је према закону или другим прописима предвиђено трајање специјализације. Иако је ријеч о волонтерском стручном усавршавању, послодавац може лицу са којем је закључио уговор да обезбиједи новчану накнаду као и друга права по основу рада (нпр, право на одмор, трошкове превоза или исхране и сл.) у складу са законом, општим актом или уговором. Обезбијеђена новчана накнада не сматра се платом. Уговор о стручном усавршавању, закључује се у писменој форми. Лице на стручном усавршавању осигурано је за случај повреде на послу и професионалне болести.

Примјена уговора о стручном оспособљавању и усавршавању у пракси је врло честа. Јасно је да оваква врста рада уређена на овакав начин даје могућност почетницима у раду и лицима без радног искуства да на конкретним пословима стекну знање и способности за рад, а да, при томе, послодавца не оптерети запошљавањем радника и пријемом на рад у статусу запосленог у радном односу и тиме ствара обавезу трајнијег карактера коју такав пријем подразумијева.

У пракси, послодавац запошљава нове извршиоце на појединим радним мјестима у случајевима када постоји потреба за њима и када не постоје други начини по којима се рад може ангажовати јефтиније него што је случај са заснивањем радног односа.

2.4. Уговор о допунском раду

Допунски рад је уведен у наш правни систем као један од начина да се ангажују дефицитарни кадрови, али не са тржишта радне снаге, већ ангажовањем лица запослених код других послодаваца.

Институт допунског рада правно је био уређен савезним и претходним републичким законима, док га и важећи закон предвиђа као могући облик ангажовања рада у дијелу који се односи на рад ван радног односа.¹³

2.4.1. Правна природа и садржина уговора

Према одредби члана 207. став 1. Закона о раду, радник са пуним радним временом може, без сагласности послодавца (према ранијим законима сагласност послодавца је била потребна) да ради највише до половине пуног радног времена у колико се радно вријеме радника код тих послодаваца временски не подудара и да се не ради о обављању послова из члана 167. овог закона. Ако је та клаузула уговорена за закључивање уговора о допунском раду, потребно је прибавити сагласност послодавца, како би се избјегле санкције. Ван овог изузетка, допунски рад је могућ увијек, и то без обзира на послове који ће се у том режиму рада обављати.

Рестриktivну примјену допунског рада условљава дефиниција наведеног члана закона („Радник који је закључио уговор о раду с пуним радним временом може“) из које произилази да се за допунски рад не може ангажовати незапослено лице, лице које код другог послодавца ради са непуним радним временом, запослени који пуно радно вријеме оставрује код два послодавца, као ни пензионисано лице.

Законодавац спречава претјерано коришћење допунског рада, уређујући га на начин да радник који већ ради пуно радно вријеме може да ради у допунском раду још само код једног послодавца, а не и код више њих. Горња граница временског трајања допунског рада је једна половина пуног радног времена, па је и таквим одређењем законодавац јасно омеђио простор дјеловања учесника овог односа поводом рада.

¹³ У Републици Српској овај облик рада је уведен у радно право и утврђен као могући облик радног ангажовања измјенама Закона о раду 2007. године, али без посебног одређења да се ради о уговору о раду ван радног односа.

Допунски рад користи послодавцу, јер његовим коришћењем може ријешити одређене кадровске и стручне проблеме које не може ријешити посредовањем тржишта рада, када се ради о дефицитарним струкама.

Могућа је злоупотреба допунског рада у случајевима када послодавац има интерес да, коришћењем овог правног основа, ангажује конкретни извршиоца, запослено лице, а такав стручни кадар је, објективно, могуће осигурати и посредовањем тржишта рада, поготово у ситуацији када су многи стручни кадрови без запослења, због престанка рада њихових послодаваца, из различитих разлога, нарочито због поремећаја на тржишту и сложених услова пословања.

Уговор о допунском раду закључује се у писменој форми. Њиме се утврђују: врста посла коју радник треба да обавља, начин и вријеме обављања рада, накнада за рад и други услови рада. Допунски рад може да траје највише до једне половине пуног радног времена. Што се послова, тиче то могу бити сви послови из дјелатности послодавца, али, практично, они су ограничени потребом послодавца и дефицитарношћу појединих занимања на тржишту рада.

2.4.2. Обавезе уговорних страна.

Накнада за рад се уговара одређивањем износа који се исплаћује раднику, уз обавезу послодавца у погледу законом утврђених доприноса. Уговором се може утврдити накнада за превоз на посао и са посла, а евентуално и друга права. Радник има право и на осигурање за случај повреде на раду и професионалног обољења.

На овом мјесту потребно је нагласити обавезу послодавца у погледу заштите на раду. Заштита на раду се обезбјеђује и лицима која обављају допунски рад, као лицима која су запослена на основу уговора о раду. Када се говори о заштити жена, омладине и инвалида, важе иста правила и ограничења рада као у радном односу, јер су и ова лица укључена у процес рада код послодавца. Лица која су закључила уговор о допунском раду обавезна су, као и запослени, да се придржавају прописаних мјера заштите на раду, ради сопствене заштите и заштите осталих учесника у процесу рада.¹⁴

¹⁴ Р.Кличковић и Б.Радић, Коментар закона о раду Републике Српске, Центра за демократизацију Бања Лука 2016 година, стр. 331

3. Однос рада у радном односу и рада ван радног односа

Како смо већ истакли у нашем систему рада, поред рада у радном односу, као најчешћем начину ангажовања рада, присутан је и рад ван радног односа. Обје врсте рада уређују се уговорима које добровољно закључују послодавац и радник. Радом у радном односу и радом ван радног односа извршилац стиче одређени радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Између рада у радном односу и рада ван радног односа постоје одређене разлике и сличности.

Да бисмо дошли до одговора на питање какве разлике и сличности постоје између рада у радном односу и рада ван радног односа, морамо сагледати у том оквиру правну природу основа којима се уређују, затим статус, права, обавезе и одговорности учесника оба облика рада. У овом дјелу ћемо обрадити и заштиту права по основу рада ван радног односа и допринос рада ван радног односа запошљавању у Републици Српској.

3.1. Разлике између рада у радном односу и рада ван радног односа

У претходном дијелу овог рада бавили смо се разрадом и анализом уговора којима се не заснива радни однос, истакли смо њихове карактеристике, размотрили садржину и правну природу и обавезе уговорних страна. Дакле, даље се нећемо бавитим тим питањима, већ питањем суштинских разлика између односа који су њима успостављени и радног односа.

Разлике између рада у радном односу и рада ван радног односа огледају се у следећем:

- садржину радног односа утврђује Закон о раду, а садржину рада ван радног односа утврђују уговори на којима се заснива такав рад;
- лица у радном односу остварују пуни капацитет права по основу таквог рада, док лица која раде ван радног односа имају ограничен капацитет права;
- рад у радном односу по правилу траје неодређено вријеме, а рад ван радног односа по правилу траје одређено вријеме;
- заштита права лица у радном односу односи се на заштиту како индивидуалних, тако и колективних права, а заштита права лица која раде ван радног односа односи се само на заштиту индивидуалних права уређених уговором и остварује се у грађанској парници пред судом.

3.2. Сличности између рада у радном односу и рада ван радног односа

Када говоримо о сличностима између рада у радном односу и рада ван радног односа, превентивно мислимо на сличности у самом карактеру односа, правима и обавезама учесника радног односа и рада ван радног односа.

Сличности између рада у радном односу и рада ван радног односа огледају се у њиховим основним карактеристикама: 1) однос код обје врсте рада добровољно се успоставља; 2) оба односа се успостављају као правни односи; 3) оба односа имају субјекте: послодавац и извршилац; 4) садржину оба односа испуњавају њихова права, обавезе и одговорности; 5) права, обавезе и одговорности из радног односа уређени су законом и другим прописима.

3.2.1. Сличности у правима, обавезама и одговорностима

Код рада у радном односу и рада ван радног односа постоје одређене сличности у карактеристикама односа, правима, обавезама и одговорностима лица у радном односу и лица на раду ван радног односа. Приказаћемо укратко карактеристике које су заједничке за оба облика рада:

- Добровољност је карактеристика за рад у радном односу и рад ван радног односа, јер учесници добровољно ступају у тај однос;

- Субординација је елемент не само радног односа, него и рада ван радног односа. Субординација се јавља код оба облика рада као економска и правна неједнакост запосленог и послодавца. Субординација представља елемент радног односа који означава стање потчињености запосленог радника инструкцијама, наредбама и упутствима послодавца у оквиру организације пословања и процеса рада. Субординација у раду ван радног односа присутна је код неких облика тог рада. Значи да између рада у радном односу и само неких облика рада ван радног односа постоји сличност. То ћемо укратко приказати редослиједом како су ти уговори уређени у закону. Код обављања привремених и повремених послова положај извршиоца ових послова је идентичан положају радника у радном односу, тако да су сви они у одређеном односу субординације са послодавцем, зависно од начина на који је устројен процес рада за обављање ових послова.

- Лична, радноправна и функционална веза између запосленог и послодавца као битан елемент радног односа карактеристика је појединих облика рада ван радног односа.

- Укључивање у радни процес је битан елемент радног односа и његова препознатљива карактеристика. Ако укључивање радника у радни процес послодавца представља битан елемент радног односа, може се рећи да се лица у допунском раду и у вршењу привремених и повремених послова у непосредном уговору са послодавцем или преко омладинске и студентске задруге, на одређени начин, укључују у радни процес, обављајући своје послове.

- Плаћање рада је карактеристика оба облика рада, свеједно да ли се рад обавља у радном односу или ван радног односа. За рад у радном односу запосленом припада плата, а за рад ван радног односа извршиоцу припада накнада.

- Радно вријеме могуће је као елемент у неким облицима рада ван радног односа, у чему се такође огледа сличност између ова два облика рада. О пуном радном времену као претежном трајању рада може се говорити код рада којим се обављају привремени и повремени послови чији су извршиоци поједина лица или задругари омладинских и студентских задруга, као и код стручног оспособљавања и усавршавања. Код ових облика рада пуно радно вријеме и уобичајен фонд часова је као код радног односа са пуним радним временом на неодређено или одређено вријеме. Код уговора о дјелу, уговора о заступању или посредовању и допунског рада, пуно радно вријеме се, као категорија, не појављује, јер су то односи поводом рада чије су трајање и остварење резултата временски одређени на другачији начин него што је случај са трајним и континуираним радом какав је рад у радном односу.

- Одговорност радника или извршиоца посла представља једно од веома значајних обавеза тих лица. Запослени у радном односу одговарају дисциплински „за повреде радних обавеза за које се од дисциплинских органа изричу прописане дисциплинске санкције“.¹⁵

Код рада ван радног односа дисциплинска одговорност не постоји, јер нема сврху, пошто подразумијева постојање радног односа са свим посљедицама тог односа на радну активност запослених. Међутим, у

¹⁵ Зоран Ивошевић, Радно право, четврто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће “Службени гласник”, Београд, 2009, стр. 192.

случају намјерног неиспунавања обавеза на раду или непридржавања одлука послодавца о радном процесу од стране лица која обављају рад ван радног односа и која су укључена у процес рада код послодавца, у складу са уговором, послодавцу остаје могућност да раскине уговор са радником, а да код обављања привремених и повремених послова преко омладинске и студентске задруге тражи ангажовање другог задругара. .

- Заштита на радусе обезбјеђује једнаколицима која обављају раду радном односу и лицима која обављају рад ван радног односа. Што се тиче заштите на раду за лица која раде ван радног односа у контексту заштите у радном односу, могућа је и у том раду, ако су та лица укључена о процес рада код послодавца. Извршилац рада ван радног односа, дужан је, као и запослени, да се придржава прописаних мјера заштите на раду, ради сопствене заштите и заштите осталих учесника у процесу рада.

3.2.2. Сличности код права на социјално осигурање

Право на социјално осигурање није више само право лица у радном односу, по коме је овај однос препознатљив и посебан у односу на друге облике ангажовања рада, већ и право лица која раде ван радног односа, у чему се ова два облика рада слична. Што се тиче права на социјално осигурање лица која су ангажована у раду ван радног односа, обавезно су осигурана на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање. Право на социјално осигурање уређује Закон о доприносима.

Законом о пензијском и инвалидском осигурању утврђује се статус осигураника лица која раде ван радног односа.¹⁶ Према том закону лица која обављају привремене и повремене послове имају статус осигураника из радног односа; лица која су закључила уговор о дјелу и уговор о заступању и посредовању имају статус осигураника самосталних дјелатности. Лица која су закључила уговор о стручном усавршавању и оспособљавању, уговор о допунском раду, остварују право за случај повреде на послу и професионалне болести и имају статус осигураника у одређеним околностима.

Право на осигурање за случај повреде на послу и професионалног обољења имају лица која обављају послове ван радног односа и која су

¹⁶ Службени гласник Републике Српске, бр. 134/11, 82/13, 96/13 – Одлука Уставног суда Републике Српске, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22, 43/23 - Одлука Уставног суда Републике Српске и 105/24 – Одлука Уставног суда Републике Српске.

закључила уговор о стручном усавршавању и оспособљавању и уговор о допунском раду. На овај начин обезбјеђена су права за случај инвалидности и тјелесног оштећења проузрокованог повредом на раду или професионалном болешћу.¹⁷ Обавезник уплате доприноса за овај вид осигурања је радник а упату врши послодавац.

Обезбјеђењем овог права за лица која раде ван радног односа, наведени основи ангажовања рада добијају изражене карактеристике радног односа.

4. Заштита права по основу рада ван радног односа

Радник може да ради и кад није у радном односу. Он и тада стиче радноправни статус, који му обезбјеђује одређена права и обавезе. Зато и такав рад припада радном праву. Он је флексибилан, па се лакше успоставља и прекида.¹⁸

У раду ван радног односа, такође, долази до повреде права посленика и извршилаца од стране послодавца односно наручиоца посла.

„У случају повреде ових права, радник долази у стање потребе да их заштити. Али, тада се суочава са истином да су му могућности мање него код повреде права из радног односа. Радници који раде ван радног односа немају статус запосленог, јер је по члану 5. став 1. Закона о раду, тај статус резервисан само за физичка лица која су засновала радни однос. Отуда они остварују индивидуална али не и колективна права. Кад су им права по основу рада повређена, остварују само судску заштиту. Споразумну и арбитражну заштиту не остварују, јер њу уживају само лица у радном односу“¹⁹.

С обзиром на то да се не ради о радном односу већ о раду ван радног односа, спорови који настану између послодавца и извршилаца су спорови из рада ван радног односа и третирају се као грађанскоправни (нерадни) спорови. Према прописима који уређују организацију судова, за рјешавање грађанскоправних спорова у првом степену надлежан је основни суд.

¹⁷ Члан 11. Закона о пензијском и инвалидском осигурању и члан 18. Закона о обавезном здравственом осигурању.

¹⁸ Др Зоран Ивошевић, Уговорени рад без радног односа и заштита права, „Заштита права у области рада“, Зборник радова, ИП „Глосаријум“, Београд, 2012, стр. 265.

¹⁹ Ibid, стр.276.

Према тим прописима грађанскоправним споровима окружни суд одлучује о жалбама изјављеним на пресуде основних судова. Одлуке тог суда могу се побијати ревизијом, као и у сваком грађанском предмету.

Спорови настали у вези с радом ван радног односа, рјешавају се примјеном општих одредаба Закона о парничном поступку. Посебне одредбе за спорове из радног односа не важе, јер тај однос овдје није успостављен.

Када се анализира заштита права по основу рада ван радног односа, видљиво је да лица која раде ван радног односа имају далеко мању заштиту права од запослених у радном односу, због самог статуса који имају у таквој врсти рада.

5. Закључак

Закон о раду Републике Српске уређује четири облика рада ван радног односа. Сваки од њих успоставља се уговором. Посебни дио Закона о раду регулише рад по: 1) уговору о обављању привремених и повремених послова; 2) уговору о дјелу; 3) уговору о стручном оспособљавању и усавршавању; 4) уговору о допунском раду.

Заједничко за наведене уговоре јесте то да се закључују у писаном облику и да садрже нарочито: врсту, начин и рок извршења посла, као и начин утврђивања накнаде за рад, ако законом није друкчије одређено. Послодавац је дужан да води евиденцију о свим уговорима које закључи на основу правила садржаних у одредбама

Уговори којима се не заснива радни однос имају утицај на повећање запослености, јер се за извршиоце код већине уговора анагажују незапослена лица која се, за вријеме док раде и док су пријављена на осигурање, не налазе на евиденцији незапослених. Та лица, радом ван радног односа стичу одређено искуство, вјештине и додатна знања и повјерење послодавца да их прими у радни однос када се укаже потреба, чиме директно доприносе порасту запослености.

Сматрамо да ће у нашем систему рада радни однос дуже вријеме бити доминантан облик рада. Законодавац у Републици Српској, као и законодавци земаља насталих на подручју бивше СФРЈ још увијек, концепцијски, задржавају радни однос као централни и доминантни однос поводом рада, прилагођавајући га тржишним условима привређивања и изазовима глобализације.

На основу изнијетог, можемо рећи да однос између рада у радном односу и рада ван радног односа карактерише следеће: 1) да је нови Закон о раду на квалитетнији начин регулисао рад ван радног односа чиме су ријешене многе дилеме и заблуде у вези основа заснивања радног односа и законитости рада ван радног односа, 2) да рад ван радног односа има одговарајуће мјесто у систему рада, у укупним друштвено-економским односима, и пуну економску и социјалну оправданост; 3) да између радног односа и рада ван радног односа још увијек постоје одређене разлике у правном односу, положају и правима учесника тих односа; 4) да се разлике међу њима у последње вријеме смањују – проширењем права радника који раде у раду ван радног односа; 5) да положај радника који раде ван радног односа још треба приближити положају радника који раде у радном односу кроз доградњу законских ријешења; 6) да се због недостатка радне снаге све више користе и облици рада ван радног односа како би се ублажио тај недостатак.

Литература

1. Брајић Влајко, *Уговор о раду и уговорни односи у области рада*, Београд, 1993.
2. Драшковић, Драгољуб, *О уговорном карактеру радног односа у предлогу Закона о основама радних односа*, Београд, 1994.
3. Драшковић, Драгољуб, *Промене у правној форми заснивања радног односа*, Београд, 1996..
4. Ивошевић, Зоран, *Уговорени рад без радног односа и заштита права*, „Заштита права у области рада“, Зборник радова, ИП „Глосаријум“, Београд, 2012, стр. 277.
5. Ивошевић, Зоран, *Радно право*, Београд, 2009.
6. Јашаревић, Сенад, *Флексибилне форме запошљавања у Закону о раду*, Београд, 2002.
7. Јовановић, Предраг, *Радно право*, шесто измењено и допуњено издање, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност“, Нови Сад, 2012.
8. Кличковић, Рајко, *Уговори о раду којима се не заснива радни однос у Републици Српској – тренутно стање и перспективе*, часопис Правна ријеч, Бања Лука, 2011.
9. Кличковић, Рајко, *Флексибилизација и дерегулација рада у Републици Српској, тренутно стање и перспективе*, часопис Правна ријеч, Бања Лука, 2012.

10. Кличковић, Рајко *„Радни однос у радном законодавству Републике Српске- садашњост и изазови“*, Радно и социјално право, часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, број 2/2013. Београд, 2013. година, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије и „ИНТЕРМЕКС“ Београд, стр. 141-161. ISSN 1450-5800.
11. Кличковић Рајко и Борисав Радић. *Коментар Закона о раду Републике Српске*, Центра за демократизацију друштва Бања Лука. 2016.
12. Мирјанић, Жељко, *Радни односи: Индивидуални радни односи*, друго измијењено и допуњено издање, Бања Лука, 2004.
13. Шундерић, Боривоје, *Радни однос* (Теорија, норма, пракса), Београд, 1990.

Правни извори

1. Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 3/92),
2. Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“, број: 01/16, 66/18, 91/21-Одлука Уставног суда Републике Српске, 119/21, 112/23 и 39/24.)
3. Законом о посредовању у запошљавању и правима за вријеме незапослености. („Службени гласник Републике Српске“, бр. 30/10 и 102/12, 94/19 и 112/23),
4. Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник Републике Српске, бр. 134/11, 82/13, 96/13 – Одлука Уставног суда Републике Српске, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22, 43/23 - Одлука Уставног суда Републике Српске и 105/24 – Одлука Уставног суда Републике Српске).
5. Закон о обавезном здравственом осигурању („Службени гласник Републике Српске“, бр. 93/22 и 133/22);
6. Правилник о обрасцима уговора о раду („Службени гласник Републике Српске“, бр. 18/16)

Rajko Kličковић
Milan Đuranović

SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN WORK IN AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP AND WORK OUTSIDE OF AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE LABOR LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Abstract: *The aim of this paper is to analyze the similarities and differences between work in an employment and work outside of an employment relationship in the Labor Law of the Republic of Srpska and, based on this, to look at the prospects of such work in current social and economic relations. During the analysis, we took into account the factor that work outside of an employment relationship is present in the labor system of the Republic of Srpska because a worker can work even if he is not in an employment relationship and because there is a shortage of qualified labor on the labor market.*

Although, previously present in the labour system after the adoption of the new Law on Labour, it is possible to speak about systemic and complete arrangement of this labour, because the Law regulates the establishment of that form of labour. Any form of labour out of employment established by a contract, is concluded between: the person performing the job (jobseeker) and the person work is performed for (the employer).

The current situation reflects significant progress in the regulation and expansion of certain forms of labour out of employment to earlier legal solutions and the systematization of all forms of labour out of employment in a separate part of the Law. The position of labour out of the labour system of the Republic of Srpska has not been finally resolved and in the future it will be necessary to work on its upgrading in order to increase the protection of perpetrators of this form of labour.

Key words: *labour legislation, labour out of employment, the status of labour out of employment, the upgrading of regulations.*

UDK 331.45/.46:159.944.4

doi 10.7251/PR7125147U

Kratko ili prethodno saopštenje

**AUTONOMNI OPĆI NORMATIVNI AKTI U ZAKONU O
BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJU NA RADU
(Republika Srbija, „Službeni glasnik RS“, 35/2023 od 29.04.2023)**

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur¹

Sažetak: *Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu u Republici Srbiji („Službeni glasnik RS“ 35/2023 od 29.04.2023) stupio je na snagu 7.05.2023, a uređuje „...unapređivanje i sprovođenje mera bezbednosti i zdravlja na radu lica koja učestvuju u radnim procesima, kao i lica koja se zateknu u radnoj sredini, radi sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti u vezi s radom, opšta načela prevencije, prava posebnih grupa zaposlenih, informisanje, konsultovanje, saradnja i obuka zaposlenih i predstavnika zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu“ (član 1. st.1. Zakona).*

Pitanja i odnose uređuju i drugi propisi „doneseni na osnovu zakona“. Posebno mjesto i značenje imaju autonomni opći normativni akti kojima se uređuju „bezbednost i zdravlje na radu“. To je predmet (sadržaj) ovoga rada.

Ključne riječi: *Zakon, bezbednost i zdravlje na radu, Republika Srbija, autonomni opći normativni akti.*

¹ Znanstveni savjetnik u trajnom zvanju iz Rijeke, e mail: marinko.ucur051@gmail.com

1. UVOD

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, donesen u Skupštini Republike Srbije uređuje pitanja i odnose „bezbednosti i zdravlja na radu“ i druga pitanja te veoma složene, multidisciplinarne i interdisciplinarne oblasti u zaštiti na radu, u najširem smislu riječi (u nastavku Zakon).²

Zakon uređuje subjekte i odnose bitne za sigurnost i zaštitu zdravlja na radu. Subjekti su brojni, a odnosi među njima i u vezi sigurnosti i zaštite zdravlja na radu su još brojniji u svim djelatnostima poslodavaca. Tu brojnost prate mjere prema svim „licima koja učestvuju u radnim procesima, kao i licima koja se zateknu u radnoj sredini...“ Te mjere su, prvenstveno preventivne „radi sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom...“.

Svaki propis polazi od pravne norme i njene strukture (hipoteze, dispozicije i ankije), pa, bez obzira na „želju“ donositelja pravne norme (adresanta), posebno je bitno njeno ostvarivanje (realizacija, primjena) i nadzor, ali i posljedice ne primjene ili pogrešne primjene pravne norme. To se odnosi na ovaj Zakon „i na propise donesene na osnovu zakona“, ali i na kolektivne ugovore, pravilnike o bezbednosti i zdravlju na radu, pravilnike o radu, kao i na brojne podzakonske (provedbene) propise (pravilnike i druge) i opće akte, kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti u vezi sa bezbednošću i zdravljem na radu...“. Isto važi i za sve norme o tim pitanjima i odnosima u ugovoru o radu.³

2. Opći autonomni akti u zakonu

u brojnim odredbama Zakona uređuju se pitanja i odnosi općih autonomnih normativnih akata. Njima se pojašnjavaju (detaljnije, konkretnije) brojni pojmovi iz Zakona, pa i subjekti i odnosi sigurnosti na radu i zaštite zdravlja na radu.⁴

² Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (u Republici Srbiji) „Službeni glasnik RS“ 35/2023 od 29.4. 2023.

³ Isto: članak 3; Marinko Učur, Nomotehnika u Radnom pravu i pravu zaštite na radu, Veleučilište u Rijeci, Rijeka 2007. Riječi „bezbednost“ i „sigurnost“ u ovom radu se navode kao sinonimi.

⁴ „Poslodavac je dužan da opštim aktom utvrdi prava, obaveze i odgovornosti u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu“. Poslodavac koji zapošljava „do deset zaposlenih, ta pitanja „može utvrditi ugovorom o radu, odnosno drugim ugovorom u skladu sa propisom kojim se uređuje rad.“, (Zakon – cit. Članak 14).

Redom navođenja u pojedinim odredbama Zakona, to su:

1. Akt o procjeni rizika „jeste akt koji sadrži opis radnog procesa sa procjenom rizika od povreda i/ili oštećenja zdravlja pri obavljanju svih poslova u radnoj sredini i mjere za otklanjanje ili smanjivanje rizika u cilju poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu“ (članak 4. st. 1. t. 20) u vezi s točkom 18) i 19) istog članka). U pitanju je „sistematsko evidentiranje i procjenjivanje svih opasnosti i štetnosti u radnom procesu na radnom mestu u radnoj sredini...“ „Rizik jeste verovatnoća nastanka povrede, bolesti ili oštećenja zdravlja zaposlenog usled izloženosti opasnostima i štetnostima...“;

2. Kolektivni ugovor (članak 6) „posebna prava, obaveze i odgovornosti...mladih...žena...osoba s invaliditetom i zaposlenih kod kojih je utvrđena profesionalna bolest... Kolektivni ugovor je najautoritativniji opći autonomni normativni akt o uvjetima rada i radnim odnosima, pa u tom smislu imaju se primijeniti odredbe članka 46. u vezi s člankom 14. ovoga Zakona, o „uređivanju obaveza i odgovornosti u vezi sa svakodnevnim praćenjem i kontrolom primjene mjera bezbednosti i zdravlja na radu“; kolektivnim ugovorom uređuje se izbor predstavnika zaposlenih...kao i njihov odnos sa sindikatima, u Odboru za bezbednost i zdravlje na radu (čl. 57). Kolektivnim ugovorom mogu se urediti i druga pitanja i odnosi koji se uvrstavaju u uvjete rada a čine sadržaj prava, obveza i odgovornosti u oblasti sigurnosti i zaštite zdravlja na radu, ali ne protivno heteronomnoj pravnoj normi i u skladu s načelom in favorem laboratores.

3. „Poslodavac je dužan da opštim aktom utvrdi prava, obaveze i odgovornosti u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu“. Poslodavac koji zapošljava „do deset zaposlenih, ta pitanja može utvrditi ugovorom o radu, odnosno drugim ugovorom u skladu sa propisom kojim se uređuje rad“, (Zakon – cit. Članak 14).

4. Akt o procjeni rizika, pored drugih pitanja uređuje: korišćenje lične zaštitne opreme“ (čl. 15. st. 1. t. 5); „propisane lekarske preglede“ (čl. 15. st. 1. t. 8) i drugo, u skladu s odredbama članka 26. i propisom „ministra nadležnog za poslove rada“; obuka zaposlenih (čl. 33. st. 2); obuka za bezbedan rad i zdrav rad „sadrži i upoznavanje sa opštim aktima poslodavca u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu“ (čl. 34. Zakona); „poslodavac može da donese akt o procjeni rizika za rad kod kuće i rad na daljinu u pisanoj formi uz učešće zaposlenog“ (čl. 45. st. 1. Zakona); zdravstvena ustanova koja obavlja djelatnost medicine rada „utvrđuje predlog mera...u postupku procene rizika...“ (čl. 54. st. 2. t. 1).

5. Pravilnik o bezbednosti i zdravlju na radu i/ili pravilnik o radu uređuje: preventivne mjere „bezbednosti i zdravlja na radu“; organizaciju rada i radnog procesa; radna mjesta odnosno uvjete rada na poslovima, gdje „postoji ozbiljna, neizbežna i neposredna opasnost ili štetnost koja može da ugrozi zdravlje zaposlenog“; informiranje i obuka zaposlenih; korištenje „lične zaštitne opreme“; propisane „lekarske preglede zaposlenih“; pružanje prve pomoći, radni proces, broj zaposlenih, smjene lokacijski odvojenih jedinica; posebne uvjete rada i posebne uvjete na strani radnika za rad; uvjete i poslove „savetnika, odnosno saradnika za bezbednost i zdravlje na radu“; subjekte kod poslodavca nadležne za pitanja i odnose sigurnosti i zaštite zdravlja na radu i drugo. Pri tome se mora voditi računa o zakonu i drugim propisima o radu (radnim odnosima) kojima se uređuje sadržaj pravilnika o radu.⁵

6. Sporazum zaključen između poslodavca i predstavnika zaposlenih je autonomni opći normativni akt o određenim pitanjima i odnosima radnih odnosa i suradnje poslodavca i predstavnika radnika, pa i pitanje izbora predstavnika radnika u Odbor za bezbednost i zdravlje na radu (čl. 57. st. 4. Zakona).

3. Podzakonski (provedbeni) propisi po zakonu i njihov utjecaj na sadržaj autonomnih općih akata

U oblasti sigurnosti i zaštite zdravlja na radu brojni su podzakonski (provedbeni) propisi koji izravno utječu na donošenje općih autonomnih normativnih akata (nadležnost, postupak, sadržaj, vremensko i prostorno važenje i na druga pitanja).

Brojnim odredbama u Zakonu određeno je donošenje podzakonskih (provedbenih) propisa (ime, nadležnost, sadržaj, rok donošenja i drugo), što predstavlja veliki „zakonodavni“ (podzakonski) posao (zahtjev) brojnih subjekata, a posebno ministra nadležnog za rad (odnose sigurnosti na radu i zaštite zdravlja na radu). Za to je potrebno udovoljiti kako objektivnim tako i subjektivnim nomotehničkim pretpostavkama (oznakama, karakteristikama).

Zakon propisuje donošenje ovih propisa:

1. Preventivne mjere (čl. 1 . st. 1. Zakona) propisuje ministar za poslove rada;
2. „preventivne mere u vezi sa bezbednošću i zdravljem na radu mladih

⁵ Zakon o radu (u Republici Srbiji), „Službeni glasnik RS“ 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14.

propisuje ministar nadležan za rad sporazumno sa ministrom nadležnim za poslove omladine...“ (čl. 7. st. 2);

3. „...preventivne mere za zaposlene za vreme trudnoće, porodilju i zaposlenu koja doji dete, propisuje ministar nadležan za rad, sporazumno sa ministrom nadležnim za poslove zdravlja“ (čl. 7. st. 1. i 2);

4. „Postupak i rokove preventivnih i periodičnih pregleda i provere opreme za rad i pregleda i ispitivanja električnih i gromobranskih instalacija, kao i preventivnih i periodičnih ispitivanja uslova radne sredine, odnosno hemijskih, fizičkih štetnosti (osim jonizirajućih zračenja), mikro klime i osvetljenosti i bioloških štetnosti, propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 15. st. 2. Zakona);

5. „Način i postupak procene rizika na radnom mestu i u radnoj sredini propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 16. st. 6. Zakona);

6. „Način pružanja prve pomoći, vrste sredstava i opreme koji moraju biti obezbeđeni na radnom mestu, broj zaposlenih koji moraju biti obučeni za pružanje prve pomoći, način i rokove obučavanja zaposlenih sporazumno propisuju ministar nadležan za poslove rada i ministar nadležan za poslove zdravlja“ (čl. 18. st. 4. Zakona);

7. „Postupak utvrđivanja ispunjenosti propisanih uslova (koje treba ispuniti poslodavac i o kojima prethodno obavještava nadležnu inspekciju rada), obrazac izveštaja... i zahteve...propisuje ministar nadležan za poslove rada...“ (čl. 21. st. 5. u vezi s čl. 20. i 21. st. 2. Zakona);

8. „Sadržaj elaborata o uređenju gradilišta i radilišta propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 22. st. 4. Zakona);

9. Poslodavac koji sam obavlja poslove bezbednosti i zdravlja na radu, u skladu s odredbama članka 47. „polaze stručni ispit...koji propisuje ministar nadležan za poslove rada...“ (čl. 47. Zakona);

10. „Program, način, postupak i dužinu trajanja kontinuiranog usavršavanja znanja, kao i druga pitanja u vezi sa kontinuiranim usavršavanjem znanja...savjetnika za bezbednost i zdravlje na radu, koordinatora...u fazi izrade projekta...odnosno izvođenja radova i drugih odgovornih u smislu članka 53. ... propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 53. st. 4. Zakona);

11. „Prethodni, periodični i ciljani lekarski pregledi zaposlenih vrše se na način, po postupku i u rokovima utvrđenim propisima o bezbednosti i zdravlju na radu koje sporazumno propisuju ministar nadležan za poslove rada i ministar za poslove zdravlja“ (čl. 56. st. 3. Zakona);

12. „Način vođenja i rokove čuvanja evidencija (čl. 62)... propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 56. st. 3. Zakona);

13. „Sadržaj i način izdavanja obrazaca izvještaja (o povredi na radu i profesionalnoj bolesti iz članka 65) propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 65. st. 4);

14. „Bliže uslove u vezi vođenja Registra povreda na radu propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 68. st. 6);

15. „Program i način polaganja stručnog ispita za obavljanje poslova bezbednosti i zdravlja na radu... i organizovanje pripreme za polaganje ispita...propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 71. st. 4. Zakona);

16. „Ministar nadležan za poslove rada propisuje obrazac zahteva za izdavanje i obnavljanje licenci za obavljanje poslova bezbednosti i zdravlja na radu“ (čl. 72. st. 3);

17. „Način izdavanja, obnavljanja ili oduzimanja licenci, sadržinu i izgled zahteva (čl. 72. i 73) propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 73. st. 8. Zakona);

18. „...Sadržaj i izgled nacionalnih priznanja propisuje ministar nadležan za poslove rada“ (čl. 90. st. 9. Zakona);

19. „Ministar nadležan za poslove rada propisuje izgled značke i odgovarajuću vrstu odjeće, obuće i opreme koju nosi inspektor rada“ (čl. 93. st. 3. Zakona).

Ovu oblast složenih i specifičnih odnosa uređuju navedeni (i drugi) propisi („posebni zakoni“), koji su osnov i okvir i za autonomne opće normativne akte.

U odredbama članka 108. (glava XVII. Prelazne i završne odredbe, Podzakonski akti) Zakon određuje „rok od 18 mjeseci od dana stupanja na snagu ovog zakona“ da se „predviđeni“ podzakonski akti donesu (točnije, do 7.11.2024), što će, sigurno „usporiti“ primjenu Zakona. U tome treba tražiti razlog za odredbu članka 11. st. 7. Zakona „Poslodavci su dužni da organizuju svoje poslovanje u skladu sa ovim Zakonom u roku od dve godine od dana stupanja na snagu ovoga zakona“ (taj rok je 7.05.2025). Za sve to vrijeme primjenjivat će se „podzakonski akti koji su doneseni na osnovu Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu („Službeni glasnik RS“, br 101/05, 91/15, 113/17)...ako nisu u suprotnosti sa ovim zakonom“ (čl. 108. st. 2). U odredbama člana 109. i 110. taksativno su navedeni propisi koji će se primjenjivati (do donošenja „novih“ propisa „o preventivnim mjerama“).

Opći autonomni normativni akti zahtijevaju poseban sadržaj, koji, uveliko, zavisi od Zakona, ali još više od podzakonskih (provedbenih) propisa donesenih na temelju Zakona.

Obveze poslodavca koje treba urediti općim normativnim aktima odnose se na preventivne mjere „za bezbednost i zdravlje na radu“ (opće i posebne):

- Oni poslodavci koji realiziraju djelatnost prerade nemetalnih minerala (primjena mjera);
- U djelatnosti željezničkog saobraćaja;
- U djelatnosti crne metalurgije;
- U šumarstvu;
- „pri mehaničkoj preradi i obradi drveta i sličnih materijala“;
- „...opasnog djelovanja električne struje u objektima namenjenim za rad, radnim prostorijama i na radilištima“;
- „...pri izvođenju građevinskih radova...“;
- „...pri ronilačkim radovima...“;
- „...pri lučko-transportnom radu...“;
- „...pri održavanju motornih vozila i prometu motornim vozilima...“;
- „...pri utovaru tereta u teretna motorna vozila i istovaru tereta iz takvih vozila...“;
- „...za razvijanje acetilena i acetilenske stanice“;
- „...u poljoprivredi...“;
- „...pri izradi eksploziva i baruta...“;
- „...pri preradi i obradi kože, krzna i otpadaka kože...“⁶

4. Subjekti i odnosi autonomnog karaktera

u Zakonu su određeni subjekti (i pravni odnosi među tim subjektima) koji mogu, a u određenim situacijama moraju „postojati kada su u pitanju sigurnost i zaštita zdravlja na radu. To su:

1. „lica koja učestvuju u radnim procesima“
2. „lica koja se zateknu u radnoj sredini“
3. „zaposleni“
4. „predstavnici zaposlenih za bezbednost i zdravlje“
5. „poslodavac“
6. „lice koje se samozapošljava (poduzetnik, nosilac ili član porodičnog poljoprivrednog gazdinstva)
7. „savetnik za bezbednost i zdravlje na radu“
8. „suradnik za bezbednost i zdravlje na radu“

⁶ Zakon – cit. Član 109. i 110.

9. „učenici i studenti koji se, u skladu sa zakonom, nalaze na obaveznom proizvodnom radu, profesionalnoj praksi ili praktičnoj nastavi ili učenju kroz rad u statusu dualnog obrazovanja“

10. „volonteri“

11. „lica koja obavljaju povremene i privremene poslove preko omladinske odnosno studentske zadruge“

12. „lica koja su upućena na dodatno obrazovanje i obuku po uputu nosioca zapošljavanja“

13. „lica koja kod poslodavca obavljaju rad u skladu sa posebnim zakonom“

14. „lica koja se zateknu u radnoj sredini, ako je o njihovom prisustvu upoznat poslodavac“

15. „posebne grupe zaposlenih“

16. „posebno obučeni zaposleni za pružanje prve pomoći“

17. „pravno lice sa licencom“

18. „zdravstvena ustanova koja obavlja delatnost medicine rada“

19. „Odbor za bezbednost i zdravlje na radu“.

Zakon regulira i druge subjekte „izvan“ autonomnosti poslodavca, ali poslodavac s njima surađuje, ima obveze prema njima kada je u pitanju sigurnost i zaštita zdravlja na radu (inspekcija rada, Uprava za bezbednost i zdravlje na radu i dr.). Posebno mjesto i ulogu ima ministar nadležan za rad, bez obzira što nije autonomno određen.

Značenja (određivanje) navedenih subjekata nalazimo u odredbama Zakona o „značenju pojedinih izraza“ ali i u odredbama koje konkretno uređuju mjesto, prava, obveze i odgovornosti pojedinih subjekata.

U sadržaju odredbi zakona najčešće se navode poslodavac i zaposleni (radnik), koji čine osnovne subjekte u odnosima sigurnosti i zaštite zdravlja na radu. Radnici su „lica koja učestvuju u radnim procesima“. Poslodavac i radnik imaju posebne obveze, odgovornosti i prava u tim radnim procesima po osnovi sigurnosti i zaštite zdravlja na radu, „radi sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom“. To se realizira uz naglašeno informiranje, „konsultovanje, saradnju i obuku zaposlenih, predstavnika zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu...“. To važi za sve djelatnosti izuzev obrane i policijskih poslova te poslova zaštite i spašavanja i dr.“ (čl. 2)

Prema članu 3. Zakon koristi pojam „bliže se uređuju“ prava, obveze i odgovornosti u vezi sa bezbjednošću i zdravljem na radu općim aktima. Taj

pojam „bliže“ treba tumačiti kao konkretnije, detaljnije, primjereno konkretnoj organizaciji rada poslodavca.

To je proces socijalnog dijaloga poslodavca i radnika (radničkih sindikata i radničkih predstavnika) pri kolektivnom pregovaranju i drugim postupcima donošenja općih akata.

4.1. Poslodavac i zaposleni

„...poslodavac jeste pravno lice, preduzetnik ili fizičko lice koje zapošljava, odnosno radno angažuje jedno ili više lica, osim fizičkih lica koja posao obezbeđuju u domaćinstvu i nosioca porodičnog poljoprivrednog gazdinstva koji obavlja posao sa članovima porodičnog poljoprivrednog domaćinstva u skladu sa propisima o poljoprivredi“.

„...zaposleni jeste fizičko lice koje je u radnom odnosu kod poslodavca, kao i lice koje po bilo kojem osnovu obavlja rad ili se osposobljava za rad kod poslodavca, osim lica koje obavlja poslove kućnog pomoćnog osoblja kod poslodavca“.⁷

Zaposleni i „druga lica“ imaju pravo na bezbjednost i zdravlje na radu (čl. 5. Zakona). Njima ta prava „obezbeđuje poslodavac“ odnosno drugi subjekti koji radno angažiraju odnosno organiziraju rad određene osobe. Među zaposlenima su i posebne grupe zaposlenih (mladi, žene, osobe s invaliditetom i osobe kod kojih je utvrđena profesionalna bolest), koje, zbog njihovih posebnih svojstava imaju posebna prava (čl. 5).

Poslodavci (i drugi subjekti) provode preventivne mjere „primenom savremenih tehničkih, ergonomskih, zdravstvenih, obrazovnih, socijalnih, organizacijskih i drugih mera i sredstava za otklanjanje rizika...ili njihovog svođenja na najmanju moguću meru...“ (čl. 7. st. 1)

„Obaveze i odgovornosti poslodavaca“ (glava III.) uređene su idredbama čl. 8-19. (opšte obaveze): odnos obaveza i prava („obaveze poslodavaca u smislu ovog zakona i propisa donetih na osnovu ovog zakona, istovremeno predstavljaju prava zaposlenih u vezi sa sprovođenjem mera bezbednosti i zdravlja na radu, odgovornost poslodavca; prilagođavanje radnog procesa; finansijske obaveze poslodavca; organizovanje rada i radnog procesa; načelo prevencije; opšti akti i ugovor o radu; obaveze poslodavca; procena rizika; uslovi za rad na radnim mestima sa posebnim rizikom; prva pomoć; ozbiljna, neizbežna i neposredna opasnost; u odredbama članka 20-37. (Posebne

⁷ Zakon – cit. Čl. 4. st. 1. t. 1. i 3. 4.

obaveze) uređuje se: izveštavanje inspekcije i ispunjenost propisanih uslova; izvođenje radova na gradilištu, odnosno radilištu; izvođenje hitnih radova; obaveze poslodavaca pri podeli radnog prostora; pristup radnom prostoru; izdavanje dozvole za rad; upotreba sredstava za rad i lične zaštitne opreme; dokumentacija za opremu za rad i ličnu zaštitnu opremu; dokumentacija za hemijske materijale; opšte priznate mere; program o postupnom otklanjanju nedostataka; dodatna obuka; upoznavanje sa rizicima.

4.2. Prava i obveze zaposlenih

Prava zaposlenog Zakon uređuje u Glavi IV, a odnose se na: upoznavanje s mjerama zaštite na radnom mjestu i obuku za provođenje tih mjera; pravo na redovito korištenje zdravstvenih pregleda, posebno na radnom mjestu s posebnim rizikom; pravo zaposlenog da odbije da radi (čl. 39) pod propisanim uvjetima i u propisanom postupku; pravo zaposlenog da napusti radno mjesto (čl. 40), „obaveze zaposlenog“ (čl. 41); „obaveza zaposlenog da sarađuje“ (čl. 42).

4.3. Predstavnik zaposlenih, savjetnik i suradnik

Različiti su oblici i sadržaji suradnje poslodavaca i zaposlenih te drugih osoba koje realiziraju različite radne operacije u procesu rada kod poslodavca.

To je sadržaj informiranja, konsultiranja, suradnje i obuke zaposlenih i predstavnika zaposlenih „za bezbednost i zdravlje na radu“. Predstavnik zaposlenih može biti izabran ili imenovan.

Pored predstavnika zaposlenih kako je Zakon propisao njihovo postojanje, autonomni subjekti su i „savjetnik za bezbednost i zdravlje na radu,... odnosno suradnik (za te odnose), prema članku 4. st. 1. t. 24. i 25. Zakona. To su stručne osobe (imaju propisanu kvalifikaciju, stručni ispit, licencu), koje „poslodavac pisanim aktom imenuje za obavljanje tih poslova“ (vidi čl. 15. st. 1. t. 1).

Zakon propisuje pravo na obuku predstavnika zaposlenih, ali i savjetnika i suradnika (redovito i periodično), a posebno, kao i svi zaposleni, „pravo poslodavcu davati prijedloge, primjedbe i obaveštenja o pitanjima bezbednosti i zdravlja na radu“, kako bi poslodavac mogao da propisno organizira poslove zaštite na radu.

Zakon detaljnije uređuje mjesto i poslove savjetnika i „sradnika za bezbednost i zdravlje na radu“ (čl. 48, 29. i 50).

„Zaposleni kod poslodavca imaju pravo da izaberu jednog ili više predstavnika zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu. Najmanje tri predstavnika zaposlenih obrazuju Odbor za bezbednost i zdravlje na radu.“ (članak 57).⁸

4.4. „Vanjski“ subjekti i veze s poslodavcem

Pored „internih“ subjekata, Zakon propisuje i druge „vanjske“ subjekte koji imaju izravnu vezu i djelovanje na organiziranje i realiziranje djelatnosti zaštite na radu (sigurnosti i zaštite zdravlja na radu).

Bitniju ulogu i mjesto u navedenim odnosima, pored drugih, imaju:

- „pravno lice za obavljanje poslova pregleda i provere opreme za rad i pregleda i ispitivanja električnih i gromobranskih instalacija, ispitivanja uslova radne sredine, odnosno hemijskih i fizičkih štetnosti (osim jonizirajućih zračenja), mikroklima i osvetljenosti, bioloških štetnosti...“;

- „... pravno lice ili preduzetnik za obavljanje poslova bezbednosti i zdravlja na radu...sa licencom...“;

- „...zdravstvena ustanova koja obavlja delatnost medicine rada...kome poslodavac poveri obavljanje poslova prevencije i zaštite zdravlja zaposlenih, u skladu sa zakonom“;

- „...odgovorno lice za obavljanje pregleda i provere opreme za rad, preglede i ispitivanja...instalacija...radne sredine...kao i za potpisivanje stručnih nalaza...“;

- „nadležna inspekcija rada“;

- „ministarstvo nadležno za poslove rada“;

- „uprava za bezbednost i zdravlje na radu“;

- „lica koja kod poslodavca obavljaju rad u skladu sa posebnim zakonima...“;

- poslodavac (poslodavci) u podjeli radnog prostora (u obavljanju poslova u istom radnom prostoru).

Zakon i podzakonski propisi određuju i druge subjekte, koji izravno ili neizravno djeluju u odnosima sigurnosti i zaštite zdravlja na radu.

⁸ Pitanja rada Odbora za bezbednost i zdravlje na radu uređuje se Sporazumom zaključenim između poslodavca i predstavnika zaposlenih. Obveza konsultovanja, informiranja i saradnje propisana je u članu 58, 59. i 60. Zakona.

5. Kaznene odredbe zakona i autonomni opći normativni akti

brojnim odredbama (u glavi XVI. „Kaznene odredbe“) Zakon utvrđuje protupravna djela (prekršaje) subjekata propisanih odnosa „bezbednosti i zdravlja na radu“. Tu su i prekršaji koji se izravno odnose na autonomne opće normativne akte iz te oblasti odnosa, kao što su:

1. Prekršaji poslodavca:

a) „ako ne provodi preventivne mjere...utvrđene propisima donesenim na osnovu ovoga zakona...“ (čl. 100. st. 1. t. 1);

b) „ako u pisanoj formi ne donese akt o proceni rizika...“ (čl. 100. st. 1. t. 13)

c) „ako opštim aktom ne utvrdi prava, obaveze i odgovornosti u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu“) čl. 101. st. 1. t. 1);

d) „ako opštim aktom iz člana 14. ovog zakona ne utvrdi obaveze i odgovornosti u vezi sa svakodnevnim praćenjem i kontrolom primene mera bezbednosti i zdravlja na radu“ (čl. 102. st. 1. t. 3) i druge

6. ZAKLJUČAK

Pravne norme prava zaštite na radu su brojne, različitih donosioca, naziva, sadržaja, postupka donošenja, prostornog i vremenskog važenja (univerzalni, regionalni, nacionalni (heteronomni i autonomni). Svi ti propisi čine dio pravnog sustava (pravnog poretka) određene države.

U pravnom sustavu (pravnom poretku) posebno mjesto pripada općim autonomnim normativnim aktima kod poslodavca (statuti, pravila, kolektivni ugovori, sporazumi, pravilnici o radu, odluka s općim normama i drugi). To se odnosi i na oblast sigurnosti i zaštite zdravlja na radu.

To je vidljivo i iz brojnih odredbi Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu (Republika Srbija, „Službeni glasnik RS“, 35/2023 od 29.04.2023). U pitanju su složeni, u svemu posebni odnosi, po subjektima, pravima, obvezama i odgovornostima tih subjekata u određenim postupcima (radnjama i rokovima).

Propisuju se preventivne i druge mjere prema fizičkim osobama na radu, zaštita radnog mjesta, mjesta rada i radne sredine, kao osnov sigurnosti i zaštite zdravlja na radu. Te pravne norme imaju svoju hipotezu (cilj, casu) da spriječe ozljede na radu, profesionalne bolesti i druge bolesti u vezi s radom, ali se naglašava i dispozicija, nadzor i sankcija za protupravna ponašanja subjekata reguliranih odnosa.

Snagom svoje originalnosti, preciznosti i konkretnosti, norme u sadržaju treba da omoguće cjelovitost u odnosima „bezbednosti i zdravlja na radu“.

Važno je naglasiti da je neophodno uređivanje navedenih odnosa podzakonskih (provedbenih) propisa. Jednako tako važno je urediti odnose među subjektima svih odnosa, a pogotovo ako čine sadržaj autonomnog reguliranja. U tom slučaju poslodavac je dužan općim aktima „urediti obaveze i odgovornosti u vezi sa svakodnevnim praćenjem i kontrolom primjene mera bezbednosti i zdravlja na radu“. U tom smislu propisan je (pre)dug period usklađivanja i „utvrđivanja“ ovih odnosa sa zakonom.

Marinko Đ. Učur⁹

**AUTONOMOUS GENERAL NORMATIVE ACTS IN THE LAW ON
SAFETY AND HEALTH AT WORK
(Republic of Serbia, “Official Gazette of the RS”,
35/2023 dated 29.04.2023)**

Summary: *The Law on Occupational Safety and Health in the Republic of Serbia (“Official Gazette RS” No. 35/2023 of April 29, 2023) came into force on May 7, 2023. It regulates “...the improvement and implementation of occupational safety and health measures for individuals involved in work processes, as well as those present in the work environment, with the aim of preventing workplace injuries and work-related occupational diseases. It covers general principles of prevention, rights of specific groups of employees, informing, consultation, cooperation, and training of employees and employee representatives for occupational safety and health” (Article 1, Paragraph 1 of the Law).*

Other regulations “adopted based on the law” also govern related issues and relations. Special importance is given to autonomous general normative acts that regulate “occupational safety and health.” This is the focus (content) of this paper.

Keywords: *Law, occupational safety and health, Republic of Serbia, autonomous general normative acts.*

⁹ Permanent scientific advisor from Rijeka, e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

ПРОФЕСИОНАЛНА ТАЈНА ЗДРАВСТВЕНИХ РАДНИКА И ЗДРАВСТВЕНИХ САРАДНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Др Недељко З. Милаковић ¹

Анстракт: У овом раду аутор доказује да су се промијенили услови пружања здравствених услуга и да је чување професионалне тајне здравствених радника и здравствених сарадника озбиљно доведено у питање, као и однос повјерења пацијената која је саставни дио љекарске професије. Обавеза чувања професионалне тајне, још од Хипократа, је била морална обавеза, а касније и сталешка обавеза љекара, да би од XVIII вијека постала и правна обавеза регулисана правним прописима, а њено откривање санкционирано у кривичном закону. Преглед правног и етичког оквира уређења ове области у Републици Српској показује да постоји велики број прописа који штите чување професионалне тајне здравствених радника и здравствених сарадника. Упоредно правни преглед регулисања професионалне тајне у области здравства у кривичном законодавству држава у окружењу показује да је ова материја правно регулисана и да у том смислу не постоје значајне разлике. Здравствена документација и евиденције у области здравства, као и њихова обрада, која се води у електронском облику, те изграђени Интегрисани здравствени информациони систем у Републици Српској, стварају ситуације могућег неовлашћеног приступа и злоупотребе. У том смислу, информациона безбједност постаје услов оперативне примјене и коришћења. У раду су наведени неки примјери откривања професионалне тајне као и случајеви овлашћеног одавања лијечничке професионалне тајне.

¹ Доктор правних наука, Banja Luka, Republika Srpska, e-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

Апсолутна заштита професионалне тајне није могућа иако треба предузимати све познате мјере њеног чувања и заштите због моралних, психолошких, етичких и правних посљедица. У том циљу, информисање стручне и шире јавности, едукација здравствених радника и здравствених сарадника, поштовање прописа и етичких норми те подизање свијести пацијената и грађана ће допринијети међусобном повјерењу учесника у професији обављања здравствене дјелатности, а тиме и чувању и заштити професионалне тајне.

Кључне ријечи: професионална тајна, здравствени радник, здравствени сарадник, здравствена и медицинска документација, откривање професионалне тајне и овлашћено одавање лијечничке тајне.

1. Увод

Обавеза чувања лијечничке тајне могла се захтијевати и поштовати док је постојао непосредан однос између љекара и пацијента. Међутим, развојем и социјализацијом медицине у лијечењу болесника, поред љекара, учествују и други здравствени радници и здравствени сарадници па чак и административно особље које је на неки начин упућено у одређену тајну. Заштита љекарске тајне постаје све тежа и због компјутеризације медицинске документације, телемедицине те електронске обраде података, обављање медицинских интервенција у различитим здравственим установама, учешће у пружању медицинских услуга све већег броја особа и све већег интереса јавности и медија за информисањем о здравственом стању појединих пацијената (јавне личности, могуће заразне болести и сл.).² У правној и медицинској теорији, осим појма професионална тајна – љекарска тајна, све више се говори о појму медицинска тајна или здравствена тајна која би обухватила све учеснике у пружању здравствених услуга и тиме их све обавезује да чувају пацијентову тајну. Појам медицинска тајна користи се у упоредном праву за означавање ове врсте тајне. У ери развоја информacionих и комуникацијских технологија, настају нови изазови како да се заштити професионална тајна и лични подаци пацијента и информације које је пацијент повјерио љекару у току обављања професионалне дужности, а исти су подесни за угрожавање. Коришћењем наведених технологија омогућава се, лакши приступ подацима и брза размјена, што личне податке и податке о здравственом стању пацијента чини често незаштићеним. Одавање професионалне тајне представља изазов, за однос повјерења између пацијента и здрав-

² Bošković Z. “Profesionalna liječnička tajna”, Informator, Zagreb, br.5329, 2005., str.12.

ственог радника и здравственог сарадника и могуће посљедице моралне, психолошке, етичке и правне природе. За истраживање овог института треба у почетку сагледати дефиниције кључних појмова.

2. Дефиниција појмова

Професионална тајна - Пацијент има право на поштовање повјерљивости података који га се тичу. Здравствени радници и здравствени сарадници имају обавезу да чувају професионалну тајну, која се такође зове и љекарска тајна. Они не смију да открију информације које су сазнали обављајући своју дјелатност. Осим изузетака предвиђених законом, не смију да пренесу те информације без одобрења пацијента. Професионална тајна примјењује се такође и између здравствених радника.

Према Медициној енциклопедији, лијечничка тајна је врста позивне или професионалне тајне, која је везана за обављање лијечничког позива³.

У правној теорији влада мишљење да појам професионалне тајне медицинских посленика треба тумачити широко, тако да он поред болести и болесника обухвати и податке о личним, породичним, професионалним, економским и финансијским приликама пацијента, као и његове односе са другима⁴.

„Лице на које се податак односи мора и само желети да он буде недоступан трећима. По правилу, здравствени радници треба да полазе од претпоставке да пацијент има вољу да се његови подаци држе у тајности”⁵.

Љекар је дужан да чува професионалну тајну и после смрти пацијента. Право човјека на приватност не гаси се његовом смрћу.

Под тајном уопште, сматра се знање неких чињеница које се не могу саопштити другим лицима, а да се тиме не повреди личност дотичне особе или интереси заједнице. Професионална тајна проистиче из радног односа, али је интимније повезана са самим процесом посла (тајна адвоката, лекара, свештеника – исповедиоца и сл.) Медицинска (лекарска) тајна је истовремено и професионална и службена тајна. Службена тајна проистиче из радног односа и односи се на сва запос-

³ *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4, Zagreb, MCMLIX, str. 294.

⁴ Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, II прерађено и допуњено издање, Универзитет UNION, Правни факултет, Београд, 2008, str. 158.

⁵ Jorg Rehberg, u Heinrich Honsell (urednik) *Handbuch des Arztrechts*, Zurich, 1994, str.340, citirano prema, Jakov Radišić, *Medicinsko pravo* II прерађено и допуњено издање, Универзитет UNION, Правни факултет, Београд, 2008, str 157.

лена лица, која не смију да одају оне податке које радна организација прогласи службеном тајном. Подјељена тајна се односи на екипни рад у медицини и тиче се свих чланова екипе. Упућујући болесника другом лекару са одговарајућим подацима, ми саопштавамо тајну болесника, но она је сада подјељена између више лица и сви су обавезни да је чувају⁶.

Професионална тајна је “тајна коју је неко лице (нпр. адвокат, бранилац, лекар, бабица, социјални радник, психолог) сазнало у вршењу свога позива (професије). Неовлашћено откривање тајне која је сазната у вршењу свога позива представља кривично дело а такође повлачи и обавезу накнаде проузроковане штете. Откривање тајне није неовлашћено ако је учињено у општем интересу или интересу другог лица који је претежнији од интереса чувања тајне. Нарочит случај професионалне тајне је тзв. лекарска тајна”.⁷ “Лекари су дужни да се понашају и по етичким нормама које им намеће обављање професије. Те обавезе су обично регулисане посебним кодексима о лекарској етици. Оне се односе на њихов став према болесницима, колегама и читавој заједници и везане су за високо хуману дјелатност коју лекари врше. Најтежу санкцију кршења лекарске етике представља забрану бављења професијом”⁸. У раду се користе термини професионална тајна и љекарска тајна.

У складу са законом о здравственој заштити и закону правима пацијената, дужност чувања професионалне тајне одговара пацијентовом праву, “право на приватност и право на повјерљивост личних података и информација”.

У Кривичном закону Републике Српске прописано је значење појмова како слиједи: “*Службена тајна* је податак или документ који је законом Републике Српске, другим прописом Републике Српске или општим актом надлежне институције Републике Српске донесеним на основу закона проглашен службеном тајном; *Професионална тајна* је податак о личном или породичном животу странака који сазнају адвокати, браниоци, јавни билежници, љекари или други здравствени радници, вјерски исповједници и друга професионална лица у обављању свог звања или занимања; *Пословном тајном* сматрају се подаци и документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа проглашени пословном тајном и чије би одавање имало или могло имати штетне посљедице за привредно друштво или друго правно лице.; *Доку-*

⁶ Jovan Marić, *Medicinska etika*, XIV dopunjeno i prerađeno izdanje, Megagraf Beograd, Beograd, 2005., str. 271–273.

⁷ *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija Beograd, 1985. knjiga 2. str. 1333.

⁸ Isto, knjiga 1. str. 236.

мент или исправа је сваки предмет који је подобан или одређен да служи као доказ какве чињенице која је од значаја за правне односе”⁹.

“Сватко је дужан чувати професионалну тајну, без обзира на начин сазнања тајних података, или прибављања односно стјецања могућности увида у тајне податке, а недвојбено да се ради о тајни”¹⁰.

“Професионална тајна је туђа тајна, а не тајна припадника одређених професија. Припадник слободне професије дужан је чувати туђе тајне као своје професионалне тајне, тајне својих клијената с којима долази у додицај и с којима свакодневно ради. Тијеком обављања своје професије лијечник може открити или утврдити одређене чињенице код пацијента које нису опћепознате и за које пацијент не жели да их други дознају. Лијечничка тајна је врста позивне или професионалне тајне која је везана за обављање лијечничког позива”¹¹.

Обавеза чувања професионалне лијечничке тајне протеже се се и на чување тајности медицинске документације о пацијенту, јер управо медицинска документација садржи податке о здравственом стању пацијента.

Здравствени радник и здравствени сарадник - Здравствени радник и здравствени сарадник у здравственој установи дефинисан је у Закону о здравственој заштити.” Здравствени радник који заврши први циклус академског или струковног студија и стекне одговарајуће академско или струковно звање, те који заврши интегрисани академски студиј првог или 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 Српској и лиценцу надлежне здравствене коморе у Републици. 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 посло-

⁹ Krivični zakon Republike Srpske, čl.123. t.11-15., “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 64/17; 104/18 – Odluka US; 15/21; 73/23 i “Službeni glasnik BiH br 9/24 – Odluka US BiH;) Tajna Republike Srpske je podatak ili dokument koji je zakonom, drugim propisom ili opštim aktom nadležnog organa donesenim na osnovu zakona, određen tajnom Republike Srpske, a čijim bi otkrivanjem nastupile štetne posljedice za bezbjednost ili interes Republike Srpske.

¹⁰ Zakon o zaštiti tajnosti podataka, Republika Hrvatska, “Narodne novine” br: 108/96 i 79/07,član 28.st.1.

¹¹ Jozo Čizmić, “Pravo pacijenta na obavještenost s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti podataka o zdravstvenom stanju pacijenta”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka,1991v.29,br.1,2008).

ве у функцији здравствене дјелатности мора имати завршен најмање први циклус академског или струковног високог образовања и положен стручни испит”¹². Развојни пут професионалне тајне огледа се у историји настанка.

3. Историја настанка

Још од најстаријих времена, однос љекара и пацијента заснивао се на међусобном повјерењу које се кроз праксу претворило у дужност чувања љекарске тајне. Хипократ је сматрао да је обавеза чувања тајне “света дужност” љекара па о њој говори и у својој заклетви (Хипократова заклетва): “Што у свом послу будем сазнао или видео, уколико се не буде смело јавно знати, прећутаћу и задржаћу као тајну”¹³.

Обавеза чувања професионалне тајне временом је постала морална обавеза љекара према пацијенту. Њено превођење у правну обавезу је настало у XVIII вијеку, знатно касније него што је то постала одговарајућа обавеза адвоката. “За откривање тајне од стране “медицинског персонала” (1794. год.) по први пут је била утврђена казна у Пруском општем земаљском праву. У Француском Кривичном закону од 1810. године предвиђа се казна за одавање тајне (кривично дјело против личности). У XIX вијеку, дужност чувања професионалне тајне прописана је у кривичним законима држава и таква пракса се задржала до данашњих дана. Осим наведеног, у већини држава ЕУ, у закону о здравственој заштити, регулисана је дужност чувања професионалне тајне и иста је постала саставни дио сталешких правила медицинске професије. Треба нагласити да је заштита тајности података регулисана и уставом, у највећем броја држава, у дијелу “Људска права и слободе”, којим се штите тековине модерног демократског друштва¹⁴. Међусобно повјерење између љекара и пацијента заснива се на повјерењу, које је саставни дио љекарске професије и пацијент треба бити сигуран да ће његови подаци које је дао љекару бити чувани као тајна. Професионална тајна користи и љекару јер он своју професију и дјелатност коју обавља може успјешно обављати само ако од пацијента добије све битне информације које су му потребне за одређивање дијагностичких процедура и адекватне терапије. Па ипак, тежиште је на заштити пацијента од индискреције¹⁵.

¹² Закон о здравственој заштити, “Службени гласник Републике Српске” br. 57/22, чл.131.

¹³ Jovan Marić, *Medicinska etika*, VII dopunjeno i prerađeno izdanje, Beograd, 1995, str.92.

¹⁴ Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, II prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008., str 156;

¹⁵ Isto, str.155.

Морална дужност љекара до XIX вијека је била чување љекарске тајне, а послије тога у њемачком праву, и другим правима, прописана је заштита од откривања љекарске тајне као законска обавеза. Неке земље, нису прихватиле чување љекарске тајне као законску обавезу, већ је она остала морално право и лична ствар која се тиче само љекара и болесника, а не и државе. Овакво стајалиште је заступљено и у англоамеричком праву¹⁶. Америчко право уређује институте лијечничке тајне, уважавајући понајвише право на приватност, а при томе се посебно води рачуна о анонимности тужитеља -пацијента током судског поступка.¹⁷

Садашња пракса показује да се заштита пацијента остварује преко кривичног, прекршајног, грађанског и сталешког права љекара што за посљедицу има кривичну одговорност, прекршајну одговорност, дисциплинску одговорност те обавезу накнаде штете. Осим тога, Закон о парничном поступку овлашћује љекара да ускрати свједочење о чињеницама које је дужан да чува као тајну. Не може се саслушати као свједок лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица и др.) осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне¹⁸. Увидом у правни и етички оквир уређења професионалне тајне може се стећи увид у то како је овај институт регулисан у Републици Српској.

4. Правни и етички оквир

У Републици Српској постоји велики број прописа који уређују материју професионалне тајне у здравственој дјелатности.

У *Уставу Републике Српске*, прописано је: “Људско достојанство, тјелесни и духовни интегритет, човјекова приватност, лични и породични живот су неповредиви”, и “зајамчена је заштита тајности података

¹⁶ Jovanović LJ, “Ljekarska tajna – krivičnopravna razmatranja”, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1959, str. 123.

¹⁷ Petrović-Škero V., “Ljekarska tajna i vještačenje”, “Svet rada”, vol.1, 2004., br.4, str 4449-450.

¹⁸ Zakon o parničnom postupku (“Službeni glasnik Republike Srbije” br.72/11; 49/13; 74/13; 87/18; 18/20; 10/23; -čl.248. t.3 “Свједок може да ускрати свједочење о чињеницама које је свједок сазнао као адвокат, љекар или у вршењу некое другог занимања ако постоји обавеза чувања професионалне тајне.” Слично је прописано и у Закону о парничном поступку Црне Горе, (“Službeni list CG” br.47/15; 48/15; 51/17; 75/17; 34/19; 42/19; 76/20; - čl.233.st.3.) и Закону о парничном поступку Републике Српске, (“Службени гласник Републике Српске” бр.58/03; 85/03; 74/05; 63/07; 49/09.

о личности. Прикупљање, обрада и сврха коришћења личних података, уређује се законом”.¹⁹

У Закону о здравственој заштити²⁰ дефинисана је професионална тајна као и њено чување. Наиме, све чињенице и податке о здравственом стању грађана здравствени радник и здравствени сарадник је обавезан да чува као професионалну тајну. Обавеза чувања професионалне тајне односи се и на друге запослене у здравственим установама, запослене у Агенцији, Фонду и осигуравајућем друштву, као и на студенте из области образовања здравља и заштите здравља. Повреда чувања професионалне тајне представља тежу повреду радне обавезе здравственог радника и здравственог сарадника као и за лица запослена у Агенцији, Фонду и осигуравајућем друштву и за горе наведене студенте. Изузетно од наведеног, студенти из области образовања здравља и заштите здравља и ученик у струци здравства за повреду обавезе чувања професионалне тајне одговарају дисциплински и материјално у складу са прописима којима је уређена област средњег образовања и општим актом високошколске установе. Наведеним законом регулисано је давање података овлашћеним органима.

У непосредној вези са професионалном тајном је и Право пацијента на повјерљивост личних података које је прописано у чл. 45. истог закона. У складу с тим, пацијент има право на повјерљивост личних података које је саопштио одговорном здравственом раднику односно одговорном здравственом сараднику, укључујући и информације које се односе на стање његовог здравља и потенцијалне дијагностичке и терапијске процедуре, чак и након смрти пацијента. Здравствени радник односно здравствени сарадник обавезан је да прикупљање и обраду података о пацијенту обавља на начин којим се обезбјеђује повјерљивост личних информација. Приступ подацима о пацијенту у медицинској документацији има одговорни здравствени радник односно здравствени сарадник, ради остваривања здравствене заштите. Приступ подацима о пацијенту у здравственом картону обавезно мора бити у непосредној вези са остваривањем здравствене заштите, односно бити временски везан са пружањем здравствене услуге. Забрањено је да здравствени радник, здравствени сарадник, као и друго лице запослено у здравственој установи или Фонду, без писменог пристанка пацијента саопшти другим лицима наведене личне податке о пацијенту, осим када је на то обавезан посебним

¹⁹ 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., чл. 13.

²⁰ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22, čl. 169.

законом или када је то у складу са одлуком надлежног суда или тужилаштва у вези са постојањем основа сумње о извршењу кривичног дјела. Уз писмени пристанак пацијента одговорни здравствени радник може саопитити податке о здравственом стању пацијента пунољетном члану уже породице пацијента. Ови подаци се могу саопитити и кад пацијент није дао писану сагласност ако је то неопходно ради избјегавања здравственог ризика за члана породице. Обавезе чувања повјерљивости информација здравствени радник односно здравствени сарадник, као и друго лице запослено у здравственој установи или Фонду може бити ослобођено само на основу писменог пристанка пацијента, родитеља односно старатеља или законског заступника дјетета или лица лишеног пословне способности или на основу одлуке суда. У случају озбиљне опасности по живот и здравље дјетета, одговорни здравствени радник је обавезан да информације о здравственом стању дјетета саопшти његовом родитељу, усвојитељу односно старатељу и поред захтјева дјетета старијег од 14 година да се информације о његовом здравственом стању не саопште његовом родитељу, односно старатељу.

У Закону о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства²¹ налазе се одредбе којима се прописује заштита података и тајност података и информација. Вођење, прикупљање и обрада података из медицинске документације и евиденција, документације здравственог осигурања и система статистичких истраживања у области здравства врши се у складу са прописима којим се уређује заштита личних података. Фонд, здравствена установа и друго правно лице, односно одговорни здравствени радник, здравствени сарадник и друго одговорно физичко лице, који воде медицинску документацију и евиденције у складу са овим законом и прописима донесеним за спровођење овог закона, обавезни су да их чувају од неовлашћеног приступа, увида, копирања и злоупотребе, независно од облика у коме су подаци сачувани као и да успоставе и одржавају систем безбједности истих. Подаци из медицинске документације пацијента, индивидуалних извјештаја, односно подаци који се обрађују и воде у евиденцијама и регистрима су тајни. Здравствени радник и здравствени сарадник и друго лице запослено у здравственој установи, наведене податке обавезан је да чува као професионалну тајну у складу са прописима којима је уређена област здравствене заштите. Наведена лица могу бити ослобођена чувања професионалне тајне у складу са кривичним прописима и прописима којим се уређује област прекршаја и инспекција, као и заштите од насиља у породици.

²¹ Закон о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства, "Службени гласник Републике Српске" бр.57/22., чл.46 и 47.

Кривични закон Републике Српске²², утврђује одговорност за неовлашћено откривање професионалне тајне. "Адвокат, лекар или друго лице које неовлаштено открије тајну коју је сазнало у вршењу свог позива, казниће се новчаном казном или казном затвора до једне године. Нема кривичног дјела из става 1. овог члана ако је тајна откривена у општем интересу или интересу дугог лица који је претежнији од интереса чувања тајне. Гоњење за кривично дјело из овог члана се предузима по приједлогу".

У Закону о заштити личних података БиХ²³ регулисано је да је циљ овог Закона да се на територији Босне и Херцеговине свим лицима, без обзира на њихово држављанство или пребивалиште, обезбиједи заштита људских права и основних слобода, а нарочито право на приватност и заштиту података у погледу обраде личних података који се на њих односе. Овим законом оснива се Агенција за заштиту личних података у Босни и Херцеговини, утврђују се њена надлежност, организација и управљање, као и друга питања значајна за њен рад и законито функционисање. Овај закон примјењује се на личне податке које обрађују сви јавни органи, физичка и правна лица, осим ако други закон не налаже другачије. Овај закон неће се примјењивати на личне податке које обрађују физичка лица искључиво у сврху личних активности или активности домаћинства. У чл. 3. наведеног закона прописано је, "лични подаци подразумевају било коју информацију која се односи на физичко лице које је идентификовано или се може утврдити идентитет лица. У посебну категорију података подразумевају се лични подаци који, поред осталог, откривају здравствено стање и генетски код..." У Закону су постављени значајни услови у вези са обрадом личних података, гдје се сврставају и подаци о здравственом стању пацијента те подаци из медицинске документације.

Закон о слободи приступа информацијама²⁴ прописује, изузетак код слободе приступа информацијама који се односи на заштиту приватности: "Надлежни јавни орган ће утврдити изузетак кад оправдано утврди да тражене информације укључују личне интересе које се односе на приватност трећег лица".

²² Krivičnog zakona Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 64/17; 104/18 odluka Ustavnog suda; 15/21; 89/21 i 73/23., чл.154.

²³ Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH, "Službeni glasnik BiH" br 49/06; 76/11 i 89/11.

²⁴ Zakon o slobodi pristupa informacijama, "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 20/01., чл.8.

Слобода приступа информацијама и заштита личних података су два једнако вриједна уставна и људска права која често у примјени могу доћи у колизију, односно може доћи до потребе да се неко од тих права у конкретном случају ограничи, што свакако треба бити утемељено на начелима вагања (људских права) и равнотеже наведених ограничења уставних слобода и права човјека и грађанина. Устав у правилу не искључује вагање темељних људских права и слобода и уставних вриједности. Ријеч је о правима која заслужују једнаку заштиту те је задатак судова постићи правичну равнотежу тих права²⁵.

*Закон о омбудсмену за људска права БиХ*²⁶ утврђује да је Омбудсмен за људска права БиХ независна институција успостављена у циљу промовисања добре управе и владавине права, заштите права и слобода физичких и правних лица како је гарантовано посебно Уставом БиХ и међународним споразумима. Институција Омбудсмена за људска права БиХ основни је гарант остваривања владавине права и заштите људских права и основних слобода на територији цијеле БиХ, те у том смислу поступа на основу пријема појединачних жалби физичких или правних лица или по службеној дужности (*ex officio*). Институција Омбудсмена за људска права БиХ, одговорна је, поред осталог, за: разматрање предмета који се односе на слабо функционисање или повреде људских права и слобода почињене од било којег органа Владе; дјеловање по пријему жалбе или '*ex officio*'; подизање опће истраге те доношење појединачних или општих препорука и др²⁷.

*Кодекс медицинске етике и деонтологије*²⁸ - У дијелу II - *Општа начела тачка 1. и 2.:* "Часна дужност љекара је да своје животно усмјерење и своју струку посвети здрављу човјека. У том смислу он ће поштовати људски живот од његовог почетка до смрти, унапређивати здравље, спречавати и лијечити болест, те поштовати људско тијело и личност након смрти". У дијелу II - *Дужност према болеснику, тачка 13)* – "Све оно што љекар обављајући своју дужност сазнао сматра се љекарском тајном. Љекар је дужан да је чува и пред болесниковом породицом, ако то болесник жели, а и након његове смрти, осим када би

²⁵ Marija Boban i Jozo Čizmić, *Zaštita osobnih podataka u novim uvjetima*, Privredna štampa Sarajevo, 2021;

²⁶ Zakon o ombudsmenu za ljudska prava, "Službeni glasnik BiH" br.32/00; 19/02; 35/04; 32/06.

²⁷ *Institucija Ombudsmena za ljudska prava*, izd. Institucija ombudsmena za ljudska Prava, Sarajevo, 2020., str. 11.

²⁸ Kodeks medicinske etike i deontologije, <https://komora.doktorars.org>. - pristupljeno 25.04.2025.godine.

чување љекарске тајне угрозило живот и здравље других људи. Чување љекарске тајне протеже се и на информационе системе у којима се чувају подаци”. У завршним одредбама се каже: ”Поштовање одредби овог кодекса обавезно је за све докторе медицине”.

Етички кодекс медицинских сестара и техничара, УКЦ Република Српска,²⁹ - Професионална тајна је дефинисана на следећи начин: “Сестра мора чувати све податке о пацијенту које је добила у току провођења здравствене његе и заштите. Тајном се сматра све што је сестри повјерио љекар, породица, пацијент лично или је сазнала из медицинске документације. Чување професионалне тајне је за сестру морална дужност и законска обавеза; Одавање професионалне тајне/преношење тајне допуштено је у одређеним околностима само унутар тима здравствених радника и сматра се подијељеном тајном; Приступ архиви сестра мора ограничити и бирати најсигурније методе комуникације; Недопустиво је препричавање професионалних тајни изван здравственог тима; Право сваке сестре је да током провођења здравствене његе и заштите контролише тачност добијених личних податке о пацијенту; Разговор о здравственој њези и заштити обавезан је ради квалитетног провођења. При томе се мора посебно пазити на заштиту анонимности пацијента; Сестра је дужна интервенисати уколико други учесници здравственог тима не поштују обавезу чувања професионалне тајне; Сестра је ослобођена чувања професионалне тајне уколико је угрожено здравље друге особе, или је од општег интереса за здравље заједнице, или надлежни органи донесу такву одлуку. Законске обавезе морално су оправдане истим критеријима као и професионална тајна”. Упоредно правни преглед показује како је професионална тајна регулисана у Федерацији БиХ и неким државама у окружењу.

5. Упоредно правни преглед

Упоредно правни преглед регулисања неовлашћеног откривања професионалне тајне обухвата кривично законодавство Федерације Босне и Херцеговине, Републике Србије, Републике Црне Горе и Републике Хрватске уз констатацију да су одредбе о професионалној тајни садржане и у њиховим прописима - закону о здравственој заштити, закону о правима и одговорностима пацијената, закону о заштити тајности података као и у кодексима медицинске етике и деонтологије. Значајно је истаћи да је заштита професионалне тајне садржана у Директиви 95/24 ЕЦ и Директиви Р/97/5 о заштити медицинских информација.

²⁹ Етички кодекс medicinskih sestara i tehničara, UKC Republika Srpska, Profesionalna tajna, [https:// www.kc-bl.com](https://www.kc-bl.com) (pristupljeno 15.03.2025.godine).

У *Кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине*³⁰ прописано је кривично дјело “Неовлашћено откривање професионалне тајне” које гласи: “Адвокат, бранитељ, јавни биљежник, доктор медицине, доктор стоматологије, бабица или други здравствени дјелатник, психолог, дјелатник старатељства, вјерски исповједник или друга особа која неовлашћено открије тајну коју је сазнала у вршењу свог звања, казнит ће се казном затвора до једне године. Нема кривичног дјела из става 1. овог члана ако неко тајну открије у опћем интересу или интересу друге особе који је претежнији од интереса чувања тајне.”

У *Кривичном закону Републике Србије*³¹ прописане су одредбе које се односе на “Неовлашћено откривање тајне”: “Адвокат, лекар или друго лице које неовлашћено открије тајну коју је сазнало у вршењу свог позива, казниће се новчаном казном или затвором до једне године. Неће се казнити за дело из става 1. овог члана ко открије тајну у општем интересу или интересу другог лица, који је претежнији од интереса чувања тајне.”

У *Кривичном законикау Црне Горе*³² дефинисано је кривично дјело “Неовлашћено откривање тајне које гласи:” Адвокат, лекар или друго лице које неовлашћено открије тајну коју је сазнало у вршењу свог позива, казниће се новчаном казном или затвором до једне године. Неће се казнити за дјело из става 1. овог члана ко открије тајну у општем интересу или интересу другог лица, који је претежнији од интереса чувања тајне”.

Казнени закон Хрватске,³³ прописује: “Одвјетник, бранитељ, јавни биљежник, доктор медицине, доктор стоматологије, примаља или други здравствени дјелатник, психолог, дјелатник скрбништва, вјерски исповједник или друга особа која неовлаштено открије тајну коју је сазнала у обављању свога звања, казнит ће се новчаном казном до стопедесет дневних доходака или казном затвора до шест мјесеци. Нема казненог дјела из ставка 1. овога чланка ако је откривање тајне почињено у опћем интересу или интересу друге особе који је претежнији од инте-

³⁰ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, “Službene novine FBiH”, br.36/03; 21/04; - ispr.69/04; 18/05; 42/10; 42/11; 59/14; 76/14; 46/16; 75/17; i 31/23., члан 187.

³¹ Krivični zakonik Republike Srbije, “Službeni glasnik RS” br.85/05; 88/05; -ispr. 107/05 – ispr. 72/09; 111/09; 121/12; 104/13; 108/14; 94/16 i 35/19., чл.141.

³² Krivični zakonik Crne Gore, “Službeni list Crne Gore” br.70/03; 13/04; -ispr.i 47/06;40/08;25/10;32/11; 64/11; -dr.zakon,40/13;56/13;- ispr.14/15; 42/15; 58/15 – dr.zakon 44/17; 49/18;3/20.,чл.171.

³³ 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.,чл.132.

реса чувања тајне. Казнени поступак за казнено дјело из ставка 1. овога чланка покреће се поводом приједлога”.

Упоредно правни преглед кривичних прописа, који уређују професионалну тајну и неовлашћено откривање професионалне тајне, показује да је ова материја на сличан начин регулисана у Федерацији БиХ и државама у окружењу. Истраживање нас води и према медицинској документацији која садржи податке о здравственом стању пацијента.

6. Медицинска документација

У стручној литератури често се користе термини “медицинска документација” и “здравствена документација”. У циљу објашњења користимо дефиницију ових појмова који су дефинисани законом. Медицински податак је податак о физичком или менталном здрављу физичког лица, као и о пруженим здравственим услугама физичком лицу док медицинска документација представља скуп медицинских података и/или информација насталих у процесу пружања здравствене услуге пацијенту који садржи податке о здравственом стању и току лијечења пацијента. Здравствени податак је податак о чињеницама насталим у процесу обезбјеђивања здравствене заштите или пружања здравствене услуге које се не односе директно на физичко лице док здравствена документација је изворна или репродукована документација, примљена у рад или створена у раду здравствених радника и здравствених сарадника који ради у здравственој установи и другом правном лицу, коју чини медицинска документација и друга документација која је настала или је преузета у сврху обављања здравствене дјелатности³⁴.

Здравствена установа је обавезна да води медицинску документацију и доставља индивидуалне, збирне и периодичне извјештаје у складу са прописима којим се уређује област здравствене документације и евиденције у области здравства³⁵. Обавеза чувања професионалне тајне - лијечничке тајне протеже се и на чување тајности медицинске документације о пацијенту, јер управо медицинска документација садржи податке о здравственом стању пацијента. У том смислу, откривање професионалне тајне је највећим дијелом везано и за здравствену документацију и зато је важно истаћи ове најважније елементе који су прописани законом.

Здравствена установа и друго правно лице, односно одговорни здравствени радник и здравствени сарадник и друго одговорно физичко

³⁴ Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva, “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22, čl. 10.

³⁵ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22, čl. 167.

лице обавезни су да воде здравствену документацију и евиденције на начин и по поступку и у роковима утврђеним овим законом, прописима донесеним на основу овог закона и прописима којим се уређује област здравствене заштите и здравственог осигурања³⁶. Здравствена документација и евиденције у области здравства, најчешће, воде се ради: праћења, очувања и унапређења здравственог стања пацијента и грађана; праћења извршавања обавеза здравственог радника и здравственог сарадника и здравствене установе и другог правног лица у области здравствене заштите; праћења ресурса у области здравствене заштите; финансирања здравствене заштите; планирања и програмирања здравствене заштите; спровођења статистичких и научних истраживања; информисања јавности; извршавања међународних обавеза у области здравства; развоја система здравствене заштите и здравственог осигурања и др.³⁷.

Здравствена документација и евиденције воде се у електронском и/или писаном облику. Медицинску документацију чине: основна медицинска документација, евиденција, помоћна средства за вођење евиденција и обрасци. За потребе овог рада навешћемо да основну медицинску документацију чине: здравствени картон, историја болничког лијечења и збрињавања, температурно-терапијско-дијететска листа, лист анестезије, отпусно писмо, лист за новорођенче, листа клиничког пута пацијента. Евиденције су: матична књига, протокол, књиге евиденције. Помоћна средства за вођење евиденција су: дневне евиденције, текуће евиденције и евиденције заказивања³⁸.

У медицинску документацију уписују се најмање следећи подаци:

- *Подаци о пацијенту*: подаци о лицу, презиме, име, презиме и име једног од родитеља, усвојитеља или старатеља, пол, дан, мјесец, година и мјесто рођења, јединствен матични број, брачно стање, адреса и мјесто пребивалишта или боравишта; подаци о осигурању; идентификациони број осигураника; медицински подаци; лична медицинска историја; породична медицинска историја; подаци о инвалидности и неспособности; подаци о факторима ризика; социјални подаци о пацијенту; подаци о занимању и школској спреми; контакт подаци;

- *Подаци о здравственом стању пацијента и здравственим услугама*: датум посјете здравственој установи; разлог посјете здравственој установи; лична анамнеза и објективни налаз; социјална и породична анамнеза; дијагнозе и прогнозе болести и стања; терапија и пружене

³⁶ *Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva, "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 57/22.*

³⁷ *Isto, čl. 3.*

³⁸ *Isto, čl. 14. i 15. ,*

здравствене услуге; планиране здравствене услуге; упућивање на специјалистичке прегледе; упућивање на болничко лијечење; упућивање на комисије; издати медицински документи и потврде; подаци о лијековима; издата медицинска средства; уградни медицински материјал; значајне медицинске информације; пристанак пацијента на предложену здравствену услугу;

- Подаци о здравственој заштити и информације о пацијентовом стању и кретању, као што су: налази, упутнице, изјаве, мишљења, дагуми, узрок смрти, идентификација доктора медицине³⁹.

Вођење медицинске документације и унос података обављају одговорни здравствени радници и здравствени сарадници и друга одговорна физичка лица у складу са прописима којима се уређује здравствена заштита, укључујући и апотекарску дјелатност.

Интегрисани здравствени информациони систем (у даљем тексту: ИЗИС) организује се и развија у складу са прописима којим се уређује област здравствене заштите и здравственог осигурања. ИЗИС обезбјеђује доступност здравствених података и информација здравственим установама и институцијама здравственог сектора у складу са њиховим надлежностима, правима, улогама и одговорности. Наведени информациони систем омогућава коришћење: електронског здравственог картона, електронског медицинског сажетка, електронског рецепта и упутнице, система електронског заказивања и електронских листа чекања, електронске комуникације са лабораторијским и радиолошким информационим системима у здравственом систему Републике Српске. Медицинска документација, евиденције, помоћна средства за вођење евиденција, обрасци и извјештаји чине основ за функционисање ИЗИС-а. ИЗИС омогућава размјену и коришћење индивидуалних и збирних извјештаја, формирају се јединствени регистри и шифарници, а уз сагласност министра Управни одбор Фонда доноси Правилник о архитектури и начину рада ИЗИС-а и друге опште акте за наведену област. Информациони системи здравствених установа и других правних лица обавезни су да омогуће аутоматску електронску размјену података и извјештаја са ИЗИС-ом. Кроз функционисање ИЗИС-а Фонд успоставља сарадњу и обезбјеђује размјену података и информација са: Министарством здравља и социјалне заштите, Институтом за јавно здравство, Агенцијом, здравственим установама, Агенцијом за лијекове и медицинска средства, Агенцијом за идентификациона документа евиденцију и размјену података и другим правним лицима која у свом пословању

³⁹ Isto, u članu 16. i 17. propisane su vrste podataka koje se upisuju u medicinsku dokumentaciju i vođenje medicinske dokumentacije

сарађују са Фондом или успостављају сарадњу са здравственим установама. Здравствена установа и друго правно лице дужни су да чувају медицинску документацију и евиденције у писменом, електронском или другом облику у зависности од врсте здравствене документације и евиденција, водећи рачуна да се очува њихова употребна вриједност.

Вођење, прикупљање и обрада података из медицинске документације и евиденција, документације здравственог осигурања и система статистичких истраживања у области здравства врши се у складу са прописима којим се уређује заштита личних података. Здравствена установа, Фонд и друго правно лице односно одговорни здравствени радник, здравствени сарадник и друго одговорно физичко лице који воде медицинску документацију и евиденције у складу са законом, обавезни су да их чувају од неовлашћеног приступа, увида, копирања и злоупотребе, независно од облика у коме су подаци сачувани.

Подаци из медицинске документације пацијента, индивидуалних извјештаја, односно подаци који се обрађују и воде у евиденцијама и регистрима су тајни. Здравствени радник и здравствени сарадник и друго лице запослено у здравственој установи обавезан је да податке, информације и наведену документацију чува као професионалну тајну у складу са прописима којима је уређена област здравствене заштите. Наведена одговорна лица могу бити ослобођена чувања професионалне тајне у складу са кривичним прописима и прописима којима се уређује област прекршаја и инспекција, као и заштите од насиља у породици⁴⁰. Важно је познавати могуће ситуације откривања професионалне тајне.

7. Откривање професионалне тајне

Тајну открива онај ко је учини доступном неком трећем, а дужан је да је чува. Апсолутна обавеза чувања лијечничке тајне могла се захтијевати и поштовати док је постојао само непосредни однос између лијечника и пацијента. Са социјализацијом (бирокупацијом) медицине, технолошким напретком и електронском обрадом здравствене документације многе професионалне тајне постају доступне јавности. Важно је истаћи да поред лијечника у лијечењу болесника судјелује читав низ особа као као што су медицинске сестре, фармацеути, стоматолози, лаборанти, болничари, студенти, па и административно особље, и све су те особе на неки начин упућене у одређену тајну. Заштита лијечничке тајне постаје све

⁴⁰ U Zakonu o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva, od člana 38. do člana 50. regulisan je Integrisan zdravstveni informacioni sistem, a u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti u članu 168.

тежа и због компјутеризације медицинске документације, телемедицине и електронске обраде података, обављања медицинске интервенције у различитим установама, судјеловање у пружању медицинских услуга све већем броју пацијената и са све више здравствених радника и здравствених сарадника, али и због све већег оправданог или неоправданог интереса јавности и медија за информисањем о здравственом стању појединих пацијената (јавних особа, могућих заразних болести и сл.)⁴¹.

Откривање података о здравственом стању пацијента може се одразити на његов приватни живот, са израженим моралним и психолошким посљедицама. Чување професионалне тајне је етичка и правна обавеза здравствених радника и здравствених сарадника који су подвргнути суду властите савјести, а могу довести и до дисциплинске, прекршајне, материјалне и кривичне одговорности. Кривично дјело одавања лијечничке тајне спада у категорију *delicta propria*, односно могу га извршити само оне особе које врше здравствену службу, што у ширем тумачењу појма здравствене службе, може обухватити и здравствену администрацију⁴². Штити се интимност пацијента и повјерење између љекара и пацијента које је основа обављања здравствене дјелатности. Откривање љекарске тајне која искључује протуправност кривичног дјела, јесте у случају општег интереса (случај потребе откривања кривичног дјела спречавања заразе и сл.) или интересу друге особе који је претежнији од интереса чувања лијечничке тајне (ако родитељу треба саопштити да му дијете болује од тешке болести). Такође, протуправност се искључује ако је тајна одана уз пристанак пацијента или у случају крајње нужде или претпостављеног пристанка. Љекар је ослобођен чувања љекарске тајне: ако околности конкретног случаја оправдавају претпоставку да је овлашћена особа (пацијент или његов законски заступник) пристала на откривање тајне; ако податке о пацијенту треба открити другом љекару; ако чување тајне битно угрожава живот или здравље пацијента или живот и здравље или неки претежнији интерес треће особе; ако га на одавање тајне обавезују законски прописи (о томе треба обавијестити пацијента); ако податке о пацијенту треба дати овлашћеним тијелима; ако податке о љекарској тајни објављује на предавањима или научним публикацијама (уз заштиту идентитета пацијента); те ако чување тајне угрожава неки претежнији интерес самог љекара⁴³.

⁴¹ O tome detaljnije kod Bošković Z., "Profesionalna liječnička tajna", "Informator", broj 5329, od 2. travnja 2005., str. 12; (Usp. Ristić J., Medicina i društvo, Beograd, 1975., str. 82-84.

⁴² *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4, Zagreb, MCMLXIX, str. 295.

⁴³ Bondaruk S., Čizmić J., Hrbač B., Huseinagić S., *Komentari zdravstvenih zakona*, Privredna štampa d.o.o., Sarajevo, 2011., str. 378-386.

Савремени проблеми са љекарском тајном које треба размотрити приликом регулисања су сљедећи: социјални (лијечничке свјedoцбе, за-послење, осигурање, мировина); медицински (интердисциплинарност, интеракције, нуспојаве лијекова, документација, снимке, фотографије); социјално-медицински (забране болесника гдје би непоштовање лијеч-ничке тајне користило); електронички (компјутеризација, телемедицина). Потребно је предузети низ мјера правне, организационе и техничке при-роде којима би се постигла разумна мјера заштите приватности- чувања љекарске тајне јер је апсолутну приватност немогуће зајамчити. Дуж-ност чувања професионалне тајне ослабљена је и општим друштвеним напретком и напретком саме медицинске дјелатности. Лијечничку тајну треба у пракси ојачати и темељним начелима медицинске етике и деонто-логије. Та свијест се не односи у првом реду на релевантне документе и прописе и оно што је у њима записано. Та свијест се односи на конкретне људе, у овом случају лијечнике и морални статус њихове професије⁴⁴.

Откривање љекарске тајне је могуће у сљедећим ситуацијама: са-моиницијативно давање обавјештења другима или на тражење другог, давање другом медицинске документације, телефонски разговор здрав-ственог радника или здравственог сарадника на основу кога се може идентификовати пацијент, немарно или непажљиво остављање меди-цинске документације на дохват другима, објављивање фотографских снимака, објављивање података о пацијенту у стручној литератури, пра-вдање изостанака код послодавца показивањем отпусне листе или налаза са дијагнозом и сл. Откривање лијечничке тајне може доћи из незнања, непажње или намјерно (самоистицање или користољубље). Психолош-ки разлози за наведено могу бити лакоумност, заблуда, принуда, болесна радозналост за сазнавање и одавање тајне, психолошка неурачунљивост, љутња, туга и сл⁴⁵.

Размјена информација о пацијенту између између љекара однос-но здравствених радника и здравствених сарадника, који раде у тиму, а који учествују или лијече истог пацијента не сматра се откривањем тајне. Саопштавање наведених информација осталим здравственим рад-ницима и здравственим сарадницима сматра се недопуштеним. Размјена информација ради стицања искуства без идентификације пацијента је допуштена. Исти став вриједи и за објављивање наведених информација у публикацијама и стручној медицинској литератури, а објављивање

⁴⁴ Orešković Krešimir, "Profesionalna liječnička tajna", Informator, Zagreb, br 5329, 2005, str.12.

⁴⁵ Više o tome, Jakov Radišić, *Medicinsko pravo II* prerađeno i dopunjeno izdanje, Nomos Beograd, 2008, str. 159;)

слика мора бити такво да се лице не може препознати односно идентификовати. Не поступа неовлашћено лекар који у складу са законским прописима поступа у случајевима пријављивања и регистрације одређених болести и других околности које искључују противправност, а то су: пристанак овлашћеног; претпостављени пристанак овлашћеног; стање крајње нужде и одбрана својих оправданих интереса. Медицински подаци служе и потражују их осигуравајућа друштва, послодавци, произвођачи лијекова (у маркетиншке сврхе), банке (оцјена ризика кредитирања) и др. комерцијалне сврхе те државна тијела, што све може довести до откривања тајне.

Лијечник је дужан чувати лијечничку тајну и пред болесниковим ближњима ако то болесник жели, а и након његове смрти, осим у случају кад би чувањем лијечничке тајне угрозио живот и здравље других људи. Право човјека на приватност не гаси се његовом смрћу и у случају сумње лијечник се увијек треба одлучити за постморталну обавезу чувања тајне.

Моралне и психолошке последице – непридржавање етичких начела од стране здравственог радника или здравственог сарадника могу довести до његове дисциплинске и казнене одговорности али је оно највише подвргнуто суду властите савјести. Штити се интимност пацијента, а тиме и повјерење на којем се заснива однос пацијент – лекар и професија здравствене дјелатности. Због одавања лијечничке тајне лијечник може одговарати дисциплински, у складу са општим актом здравствене установе и прекршајно у складу са законом, а грађанска одговорност је везана за настанак материјалне или нематеријалне штете. У Кривичном закону, правним нормама прописана је одговорност лекара ако неовлаштено открије тајну коју је сазнао у обављању свога позива. Ово кривично дјело могу извршити само особе које врше здравствену службу што у ширем тумачењу може обухватити и здравствену администрацију⁴⁶. Овлашћено одавање лијечничке тајне ослобађа од одговорности.

8. Овлашћено одавање професионалне тајне

Особа може сваког искључити од неовлашћеног сазнавања, прикупљања, даљег ширења и објављивања података о њој и њезину животу, а то је везано за њено право да ти подаци остану тајна за свакога осим за онога који је био овлашћен да те податке сазна и користи. “Дужност чувања лијечничке тајне није апсолутна, па лијечник не поступа неовлаштено, односно протуправно ако тајне открије из оправданих разлога. Тако лијечник нема обавезу чувања тајне: ако су га пацијент или

⁴⁶ *Medicinska enciklopedija*, knjiga 4., Zagreb, MCMLXIX, str.295.

његов законски заступник ослободили обавезе; ако околности конкрет-ног случаја оправдавају претпоставку да је овлаштена особа (пацијент или његов законски заступник) сугласна с откривањем тајне; ако податке који представљају лијечничку тајну ради лијечења пацијента треба одати другом лијечнику; ако чување тајне битно угрожава живот или здравље пацијента, или живот, здравље или неки други претежнији интерес трећих особа; ако га на одавање тајне обавезују законски прописи (и у том случају лијечник о томе треба извијестити пацијента); ако податке који представљају лијечничку тајну, треба доставити овлашћеним тијелима; ако податке који представљају лијечничку тајну објављује на предавањима или у знанственим публикацијама (уз заштиту идентитета пацијента) те ако чување тајне битно угрожава неки претежнији интерес самог лијечника”⁴⁷. У Закону о здравственој заштити Републике Српске⁴⁸ прописано је, “здравствени радник и здравствени сарадник нису обавезни чувати као професионалну тајну податке које су обавезни дати на основу одлуке надлежног суда, односно тужилаштва и здравственог инспектора у складу са прописима којима је уређена област кривичног законодавства и инспекција, као и у случају када су на одавање података обавезни посебним законом”. Исти закона прописује да здравствена установа на захтјев надлежних правосудних органа даје податке, као и копије извода медицинске документације пацијента, а изузетно може дати и цјелокупну медицинску документацију на увид док траје поступак пред надлежним правосудним органом. Наведене податке и документацију здравствена установа може дати и органу старатељства.

На основу наведених правних чињеница и мишљења стручњака, која су објављена у њиховим радовима, може се доћи до закључака који могу бити препорука за предузимање мјера и активности на отклањању неовлашћеног одавања професионалне тајне у здравственој дјелатности.

9. Закључак

У Републици Српској професионална тајна у области здравства уређена је правним прописима и етичким правилима. Упоредно правни преглед регулисања професионалне тајне у области здравства показује да су у кривичном законодавству држава у окружењу, као и у Републи-

⁴⁷ J. Čizmić, “Pravo pacijenta na obaviještenost, s posebnim osvrtom na zaštitu tajnosti”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka, (1991), v 29, br.1 (2008) str.35-36.

⁴⁸ Закон о здравственој заштити, “Службени гласник Републике Српске”бр. 57/22., чл.169 и 170.

ци Српској, прописане одредбе кривичног дјела, неовлашћеног откривања професионалне тајне и санкције за исто кривично дјело. Чување професионалне тајне непосредно је везано за права пацијента, право на повјерљивост личних података и информација и право на приватност. Приватност пацијента, а тиме и чување љекарске тајне, ослабљено је: социјализацијом медицине, напретком медицине и технологије у здравству; све шире здравствено и социјално осигурање те масовна подјела рада у медицини и учешће великог броја здравствених радника и здравствених сарадника у дијагностици, лијечењу и рехабилитацији пацијената. Здравствено осигурање и јавна брига о здрављу грађана изискује детаљну и прецизну евиденцију болести и болесника, систематско пријављивање и обавјештавање, електронску обраду података што све захтјева шифроване дијагнозе и саопштења те обавезу службеника здравственог и социјалног осигурања о заштити и чувању личних и медицинских података. Озбиљне препреке чувању професионалне тајне у здравству чине електронска обрада података и компјутеризација медицинске документације, изградња интегрисаног здравственог информационог система у Републици Српској, телемедицина, обављање медицинске интервенције у различитим здравственим установама и сл. Потребно је предузети одређене мјере правне, организационе и техничке природе којима би се постигла разумна мјера заштите приватности односно чувања љекарске - професионалне тајне, јер је апсолутну заштиту немогуће постићи. У том смислу, важно је провођење управног, унутрашњег, стручног и инспекцијског надзора над примјеном прописа те унапређење функционисања ИЗИС-а уз континуирано осавремењавање информационе опреме. Важно је познавати могуће ситуације откривања љекарске тајне као и знати кад је овлашћено одавање љекарске тајне због могућих моралних, психолошких, етичких и правних последица. Информисање стручне и шире јавности, едукација здравствених радника и здравствених сарадника, криптована заштита података и мјере безбједности информационог система, поштовање правних прописа и етичког кодекса о професионалној тајни, подизање свијести и културног обрасца понашања здравствених радника и грађана, у великој мјери, доприносиће да се обавеза чувања и заштита професионалне тајне - љекарске тајне и даље одржава и траје, а тиме и приватност и међусобно повјерење учесника у професији обављања здравствене дјелатности.

Л и т е р а т у р а

1. Бондарук С., Чизмић Ј., Храбач Б., Хусеинагић С., *Коментари здравствених закона*, Привредна штампа д.о.о., Сарајево, 2011.,
2. Бошковић Звонко, ”Професионална лијечничка тајна”, Информатор, Загреб, бр.5329, 2005,
3. Бобан Марија и Јозо Чизмић, *Заштита особних података у новим увјетима*, Привредна штампа Сарајево, 2021.,
4. *Институција Омбудсмена за људска права*, изд. Институција омбудсмена за људска Права, Сарајево, 2020.,
5. Орешковић Крешимир, ”Професионална лијечничка тајна”, Информатор, Загреб, бр 5329, 2005, стр.12.
6. Јовановић Љ, *Љекарска тајна – кривичноправна разматрања*, Институт за упоредно право, Београд, 1959.,
7. Марић Јован, *Медицинска етика*, VII допуњено и прерађено издање, Београд, 1995,
8. Марић Јован, *Медицинска етика*, XIV допуњено и прерађено издање, Мегаграф Београд, Београд, 2005.,
9. *Медицинска енциклопедија*, књига 4, Загреб, МЦМЛИХ,
10. *Правна енциклопедија*, Савремена администрација Београд, 1985. књига 2,
11. Петровић-Шкоро В., ”*Љекарска тајна и вјештачење*”, ”Свет рада”, вол.1, 2004., бр.4,
12. Радишић Јаков, *Медицинско право*, II прерађено и допуњено издање, Универзитет УНИОН, Правни факултет, Београд, 2008.,
13. Рехберг Јорг, у Хеинрих Хонселл (уредник) Хандбух дес Арзтрецхтс, Зурих, 1994, стр.340, цитирано према, Јаков Радишић, *Медицинско право* II прерађено и допуњено издање, Универзитет УНИОН, Правни факултет, Београд, 2008.,
14. Чизмић Јозо, ”Право пацијента на обавјештеност с посебним освртом на заштиту тајности података о здравственом стању пацијента”, Зборник Правног факултета Свеучилиштва Ријека, 1991 в.29, бр.1, 2008).

Правни извори:

1. Устав Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске” бр. 21/92 – пречишћен 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.
2. Закон о здравственој заштити, “Службени гласник Републике Српске” бр. 57/22 ,
3. Закон о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства, “Службени гласник Републике Српске” бр. 57/22.
4. Кривични закон Републике Српске, чл. 123. т. 11-15. , “Службени гласник Републике Српске” бр. 64/17; 104/18 – Одлука УС; 15/21; 73/23 и “Службени гласник БиХ бр 9/24 – Одлука УС БиХ;
5. Закон о слободи приступа информацијама, “Службени гласник Републике Српске” бр. 20/01,
6. Закон о заштити личних података БиХ, “Службени гласник БиХ” бр 49/06; 76/11 и 89/11,
7. Закон о омбудсмену за људска права, “Службени гласник БиХ” бр. 32/00; 19/02; 35/04; 32/06,
8. Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, “Службене новине ФБиХ”, бр. 36/03; 21/04; - испр. 69/04; 18/05; 42/10; 42/11; 59/14; 76/14; 46/16; 75/17; и 31/23.
9. Кривични законик Републике Србије, “Службени гласник РС” бр. 85/05; 88/05; -испр. 107/05 – испр. 72/09; 111/09; 121/12; 104/13; 108/14; 94/16 и 35/19.
10. Кривични законик Црне Горе, “Службени лист Црне Горе” бр. 70/03; 13/04; -испр. и 47/06; 40/08; 25/10; 32/11; 64/11; -др. закон, 40/13; 56/13; -испр. 14/15; 42/15; 58/15 – др. закон 44/17; 49/18; 3/20.
11. Казнени закон Хрватске, “Народне новине” бр. 125/11; 144/12; 56/15; 61/15; 101/17; 118/18; 126/19; 84/21; 114/22; 114/23; 36/24.
12. Закон о заштити тајности података, Република Хрватска, “Народне новине” бр. 108/96 и 79/07.

Интернет извори:

1. Кодекс медицинске етике и деонтологије,
<https://komora.doktorars.org>.
2. Етички кодекс медицинских сестара и техничара,
УКЦ Република Српска, Професионална тајна,
<https://www.kc-bl.com>.

Nedeljko Z. Milaković, PhD⁴⁹

PROFESSIONAL CONFIDENTIALITY OF HEALTHCARE WORKERS AND HEALTHCARE ASSOCIATES IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Abstract: *In this paper, the author demonstrates that the conditions for providing healthcare services have changed and that the confidentiality of healthcare workers and healthcare associates has been seriously compromised, as well as the trust relationship of patients, which is an integral part of the medical profession. The obligation to maintain professional confidentiality, since the time of Hippocrates, was a moral duty and later a professional obligation of physicians, which from the 18th century onwards became a legal obligation regulated by legal provisions, with its disclosure sanctioned under criminal law. A review of the legal and ethical framework regulating this area in the Republic of Srpska shows that there are numerous regulations protecting the confidentiality of healthcare workers and healthcare associates. A comparative legal review of the regulation of professional secrecy in healthcare within the criminal legislation of neighboring countries shows that this matter is legally regulated and that there are no significant differences in this regard. Healthcare documentation and records, as well as their processing in electronic form, and the established Integrated Health Information System in the Republic of Srpska create situations of possible unauthorized access and abuse. In this sense, information security becomes a prerequisite for the operational application and use of these systems. The paper includes examples of breaches of professional secrecy as well as cases of authorized disclosure of medical professional confidentiality. Absolute protection of professional secrecy is not possible, although all known measures for its preservation and protection should be taken due to the moral, psychological, ethical, and legal consequences involved. To that end, informing both the professional community and the general public, educating healthcare workers and healthcare associates, respecting regulations and ethical standards, and raising awareness among patients and citizens will contribute to mutual trust among participants in the healthcare profession, thereby preserving and protecting professional confidentiality.*

Keywords: *professional confidentiality, healthcare worker, healthcare associate, health and medical documentation, disclosure of professional secrecy, and authorized disclosure of medical confidentiality.*

⁴⁹ Doctor of Laws, Banja Luka, Republic of Srpska, E-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

II КАТЕДРА

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

ЗАШТИТА ПРАВА ДЈЕТЕТА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Др Гордана Станковић¹

Др Ранка Рачић²

Апстракт: Правни статус дјетета и заштита његових права мијењали су се током цивилизацијског развоја. У савременом праву права дјетета и посебно заштита његових права у парничном поступку регулисани су на нормативном плану одредбама Породичног закона Републике Србије (2005) и Породичног закона Републике Српске (2023). Статус дјетета као процесног субјекта посебно је побољшан јер су му, поред традиционалних, призната и посебна процесна права и гарантована њихова заштита, без обзира на то да ли се права дјетета штите директно или индиректно. У раду се критички анализирају процесне одредбе које се тичу учешћа дјетета у поступцима у којима оно не може с обзиром на своју процесну способност самостално да штити своја права и интересе. Због тога суд има дужност да покреће официјелне адхезионе поступке у интересу дјетета. У парничним поступцима у којима одлука суда може да утиче на права дјетета или његове интересе, дјетету је признато право да учествује у поступку и право на изражавање мишљења. У фокусу пажње ауторки, овог рада, било је разматрање питања да ли се дијете у овим парничним поступцима јавља као специфични умјешач или као странка *ad hoc*.

Кључне ријечи: права дјетета, заштита права дјетета, специфични умјешач, странка *ad hoc*, грађански судски поступак.

¹ Др Гордана Станковић, редовни професор Универзитета у Нишу у пензији

² Др Ранка Рачић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

1. Права дјетета³ као посебног правног субјекта вијековима нису била у центру пажње законодавца нити је питање њихове правне заштите будило посебно интересовање током цивилизацијског развоја друштва, почев од римског права, па све до почетка прошлог миленијума. Дјеца током малолетства због свог узраста и психичке незрелости, по природи ствари, нису у стању да самостално доносе важне одлуке које се тичу њиховог личног живота и здравља, да стичу и врше права која им као субјектима права припадају, да управљају и располажу својом имовином и самостално брину о заштити и остваривању својих права и интереса. О дјечи, њиховим правима и интресима до пунољетства, па и касније кад постоји потреба за тим,⁴ у првом реду брину њихови родитељи или старатељи.

2. Дијете рођењем стиче правни субјективитет и као субјект многих и разноврсних правних односа постаје титулар различитих права.

У праву Републике Србије права дјетета предвиђена су, прије свега, Уставом Републике Србије (2006),⁵ одредбама Породичног закона (2005)⁶ и одредбама појединих закона који регулишу различите друштво-

³ У породичноправним одредбама не постоји општеважећа дефиниција појма „дијете.“ У Конвенцији о правима дјетета (1989) дијете је свако људско биће које је навршило 18. година живота, уколико се, по закону који се примјењује дијете, пунолетство не стиче раније, Закон о омбудсмену за дјецу Републике Српске (2008) у одредби члана 2. изричито је предвидио да се „дјететом сматра свако лице које није навршило 18 година живота без обзира да ли је домаћи или страни држављанин, да ли је рођено у браку или ван брака, да ли је усвојено те да ли је под родитељским старањем или без родитељског старања.“ За разлику од наведене, у правној књижевности постоје знатно квалитетније и потпуније дефиниције. Дјететом се сматра не само лице одређеног узраста, већ и првостепени потомак једног лица, као и пунолетно лице над којим је судском одлуком продужено родитељско право“. О значењу израза “дете“ видјети: Дејан Ђурђевић, *Основи породичног права Црне Горе*, ЦИД, Подгорица, 2008, стр. 108.

⁴ У правним системима регулисан је поступак за продужење родитељског права после пунолетства дјетета да би се заштитила његова права и интереси.

⁵ Устав Републике Србије („Службени гласник РС“ бр.98/06, 115/21 (Амандмани I-XXIX), 16/22), који је први пут у уставноправној историји Србије предвидио да дјеца уживају људска права примјерена свом узрасту и душевној зрелости и изричито прокламовао права дјетета (одредба члана 64), предвидио је и начело посебне заштите дјеце које представља основ за нормативно регулисање заштите права дјетета у свим правним областима.

⁶ Породични закон Републике Србије, „Сл.гласник РС“, бр. 18/05, 72/11 - др. закон, 6/15.У Даљем тексту ПЗ (2005)

не односе.⁷ Закони из домена здравствене заштите⁸, социјалног права⁹, становања¹⁰, образовања¹¹, рада¹² и других области у Републици Србији предвиђају и регулишу различита и посебна права дјетета. Дијете ужива, поред традиционалних грађанских субјективних права, и посебна породична права призната међународним и домаћим правним актима, у складу с новим породичноправним концептом, која чине посебан корпус права дјетета¹³ да би се остварила добробит, сигурност и развој дјетета. Дијете, као субјект права, има и одређене дужности.

За разлику од Устава Републике Србије (2006), који садржи одредбу примјерену времену у којем је донесена да дијете ужива људска права адекватна свом узрасту и зрелости, Устав Републике Српске (1992)¹⁴ само је прокламовао принцип да породица, мајка и дијете уживају посебну заштиту с тим што је ово начело операционализовано предвиђањем правне заштите дјетета у многобројним друштвеним односима.

⁷ Према одредбама ПЗ (2005) дијете има следеће права: право да зна своје поријекло, право да живи са родитељима, право на одржавање личних односа, право на развој, право на образовање, право на обезбјеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој, право на давање пристанка на предузимање медицинских захвата под одређеним условима, право на изражавање мишљења ако је способно да га формира, право да буде информисано у циљу формирања мишљења, право да од суда или органа управе затражи помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења и то само или преко другог лица. Ова права дијете може да остварује по правилима посебног породичног парничног поступка у парници за заштиту права дијетета.

⁸ Закон о здравственој заштити Републике Србије, „Сл. гласник Републике Србије“, бр. 17/23, 27/24 и 20/25 - одлука УС.

⁹ Закон о социјалној заштити Републике Србије, „Сл. Гласник“, бр. 24/11 и 117/22 - одлука УС.

¹⁰ Закон о становању и одржавању зграде Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 104/16 и 9/20 - др. закон.

¹¹ Закон о основном образовању Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 55/13, 101/17, 27/18 - др. закон, 10/19, 129/21, 129/21 - др. закон, 92/23, 19/025.

¹² Закон о раду Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - одлука УС 113/17 и 95/18 - аутентично тумачење.

¹³ Корпус права дјетета обухвата групу различитих грађанских, породичних, економских, културних и социјалних права, која треба да обезбједе потпун и складан развој његове личности и његово одрастање у породичној средини, у амбијенту среће, љубави и разумијевања, у складу са одредбама Конвенције о правима дјетета.

¹⁴ В. Устав Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 21/92 - пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.

Породични закон Републике Српске (2023)¹⁵ представља правни оквир којим су уређена различита права дјетета. Осим овог закона, постоји и низ других закона којима се уређује правни статус дјетета у различитим областима.¹⁶

Приликом креирања нових правила која су садржана у ПЗ (2023) законодавац је покушао да иновира законска рјешења када су у питању права дјетета. У каталогу права дјетета садржаних у овом закону регулисана су основна права дјетета,¹⁷ остала права дјетета¹⁸ и као посебну врсту права дјетета законодавац је „издвојио“ право дјетета да живи са родитељима, право дјетета на личне односе и право дјетета на слободно изражавање мишљења.

¹⁵ Породични закон Републике Српске, *«Сл. гласник Републике Српске»*, бр. 17/23, 27/24 и 20/25 – одлука УС.У даљем тексту ПЗ (2023).

¹⁶ В. нпр. Закон о здравственој заштити Републике Српске, *„Сл.гласникРепублике Српске,»*бр. 57/22; Закон о дјечијој заштити, *„Сл. гласник Републике Српске,“* бр. 114/17, 122/18, 107/19 и 119/21; Закон о социјалној заштити, *„Сл. гласник Републике Српске,»* бр. 37/12, 90/16, 94/19 и 42/20; Закон о здравственој заштити, *„Сл. гласник Републике Српске,“* број 57/22; Закон о обавезном здравственом осигурању, *„Сл. гласник Републике Српске,“* бр. 93/22 и 132/22; Закон о остваривању права на бесплатну правну помоћ, *„Сл. гласник Републике Српске,“* број 67/20; Закон о подршци незапосленом родитељу четворо и више дјеце у Републици Српској, *„Сл. гласник Републике Српске,“*број 132/23; Закон о заштити од насиља у породици, *„Сл. гласник Републике Српске,“* бр. 102/12, 108/13, 82/15 и 84/19; Закон о раду, *„Сл. гласник Републике Српске,“* бр. 1/16, 66/18 и 119/21; Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *„Сл. гласник Републике Српске, бр. 134/11, 82/13, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22 и 43/23;* Закон о локалној самоуправи, *„Сл. гласник Републике Српске,“* бр. 97/16, 36/19 и 61/21; Закон о предшколском васпитању и образовању, *„Сл. гласник Републике Српске,“* бр. 79/15, 63/20 и 64/22.

¹⁷ У правилу које је садржано у одредби члана 83. ПЗ Републике Српске законодавац је у права дјетета „уврстио“: право дјетета на живот; право на обезбјеђивање најбољих могућих услова за правилан развој; прво дјетета на образовање; право дјетета на заштиту од незаконитог мјешања у његову приватност и породицу и право дјетета да тражи заштиту својих права пред надлежним органом.

¹⁸ У одредби члана 84. ПЗ (2023) изричито је предвиђено да остала права дјетета спадају: право на посебног старатеља у случајевима када је то породичним законом одређено; право на запослење које није штетно по његово здравље и његов развој и које неће ометати његово образовање, право на заштиту у породици од свих облика насиља, злоупотребе злостављања и занемаривања. У одредби члана 84.ст.4 ПЗ РС је нормирано да „у свим питањима која се тичу родитељског права, најбољи интерес дјетета је примарни и интереси дјетета морају бити заштићени увијек када су у сукобу са интересима родитеља и других лица која се брину о дјетету или одржавају личне односе са њим.“

3. Током историјског развоја дијете није увијек било третирано као субјект права, нити је уживало правну заштиту какву уживају одрасла лица и какву ужива данас у савременом праву.¹⁹ Права дјетета и њихова заштита били су дуго под различитим историјским, социолошким, културним, обичајним и другим утицајима који су у том погледу играли важну улогу и утицали током времена на нормативна рјешења.

У појединим сегментима правног система током цивилизацијског развоја друштва дјеца су третирана као мали људи који су имали нека права као што је на примјер право на рад и зараду, без обзира што је зарада дјетета увијек била нижа од зараде која је исплаћивана одраслом лицу.

Први грађански законици који су током времена доношени и који су регулисали и породичноправне односе били су засновани на патерналистичком односу родитеља према дјечи. Родитељи су као носиоци родитељског права имали права и дужности према дјечи и као њихови заступници вршили су њихова права и имали су дужност да их у случају потребе штите, док су дјеца имала низ различитих дужности према родитељима.

Такав однос према дјечи доминирао је све до двадесетог вијека када је отпочео легислативни талас заштите дјеце и њихових права.²⁰ Томе је несумњиво допринијела и Женевска конвенција Лиге народа из 1924. када је отпочела брига о дјечи и заштити њихових права на међународном плану, а под утицајем међународних правних аката, реаговали су и поједини национални законодавци доношењем унутрашњих правних прописа са циљем да се заштите дјеца.

У првој половини двадесетог вијека дјеца су третирана као посебно осјетљива и рањива бића која треба посебно заштити и на легислативном плану, док се у његовој другој половини почела да постепено напушта патерналистичка концепција и да афирмише идеја о недискриминацији дјеце као правним субјектима који, као титулари права, могу сама да врше одређена права, па и да их штите. Томе је посебно допринијела Конвенција о правима дјетета из 1989. али и читав низ различитих међународних аката у чијем је фокусу било дијете.

¹⁹ В. М. Игњатовић, Осврт на правни положај детета у римском праву, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр.70, Ниш, 2015, 605-611.

²⁰ Према подацима из литературе, у Француској је 1889. донијет први закон о заштити дјеце.

4. У савременом праву Републике Србије и Републике Српске дијете је субјект многобројних правних односа. Рођењем, дијете стиче правни субјективитет и као, субјект многих и разноврсних правних односа, постаје титулар различитих и разноврсних грађанских субјективних права. Права дјетета, као субјекта правних односа, у Републици Србији и Републици Српској заштићена су и прије његовог рођења уставном одредбом о слободном родитељству и прописима појединих закона који регулишу различите друштвене односе. Дијете ужива, поред традиционалних права, и посебна породична права и посебну правну заштиту.

5. Савремени развој права донио је нова законска рјешења која се односе на заштиту дјетета и његових права. Ратификованом Конвенцијом Уједињених нација о правима дјетета,²¹ Европском конвенцијом о вршењу дјечијих права²² и одредбама Породичног закона Републике Србије (2005) афирмисала се у националном праву и праву идеја о дјетету као субјекту права који може да самостално врши своја поједина права из одређених правних односа²³ и да их самостално штити у поједним поступцима правне заштите. Ова идеја посебно је реализована у сфери породичноправних односа напуштањем патерналистичког односа према дјетету, због промјене концепта родитељског права и успостављања посебног корпуса права дјетета тако да се дијете, по правилу, више не третира као објект права и објект правне заштите у домену породичних односа.

Породичноправни прописи и у Републици Србији и у Републици Српској омогућили су да дијете као титулар права слободно изражава своју вољу и да самостално одлучује о питањима која се тичу његовог живота и здравља у одређеним ситуацијама и под одређеним условима. Дијете одређеног узраста и степена зрелости има право да своја лична права самостално врши јер њих не могу у име дјетета да врше његови законски заступници – родитељи или старатељ.²⁴ Тако на пример дијете

²¹ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Сл. лист СФРЈ,“ *Међународни уговори*, бр.15/1990.

²² Европску конвенцију о вршењу дјечијих права донио је Савет Европе 25. јануара 1996.

²³ Нпр. у домену породичног права, радног права, облигационог права, права образовања, права на здравствену заштиту итд.

²⁴ За разлику од ПЗ (2005) у коме је предвиђено да се дијете које је навршило десет година живота може само или преко неког другог лица или установе, обратити суду или органу управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења, ово право дијете нема према ПЗ (2023). У правилу које је

без посредства законског заступника самостално врши право на брак, право на родитељство, право на репродуктивно здравље, право на приватност, право на заштиту личних података итд.

6. С обзиром на то да процесно право има инструментални карактер и да служи заштити материјалним правом признатих грађанских субјективних права, дјетету је као титулару одређених грађанских субјективних права и у домену правне заштите призната, зависно од узраста и степена зрелости, процесна способност у границама његове пословне способности и омогућено му је да своја одређена грађанска субјективна права самостално штити у поступцима правне заштите.²⁵ Овакво законско рјешење било је неопходно с обзиром на то да је појединим законским нормама дјетету призната посебна пословна способност.^{26, 27}

садржано у одредби члана 89. ст.1 ПЗ (2023) предвиђено је да ће суд и надлежни орган у управном поступку обезбиједити услове да дијете слободно изрази своје мишљење на прикладном мјесту и у сарадњи са школским психологом, стручним савјетником у суду, органом старатељства, породичним савјетовалиштем или другом установом у присуству лица, ако то лице дијете само одабере.

²⁵ Тако нпр. дијете које је уз сагласност родитеља засновало радни однос има процесну способност у парницама у којима се ријешавају спорови из радног односа.

²⁶ Узраст за признавање пословне способности варира зависно од година и закона који регулише одређену правну област. ПЗ (2005) предвиђа да пословну способност има дијете које није навршило 14. годину живота за правне послове којима прибавља искључиво права, за правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја, а по навршеној 14. години има пословну способност у погледу свих правних послова уз претходну или накнадну сагласност родитеља и уз сагласност органа старатељства за правне послове којима располаже имовином. Закон о наслеђивању предвиђа тестаменталну пословну способност дјетета које је навршило 15. година и ако је способно за расуђивање, док Закон о раду предвиђа могућност да дијете са навршених 15. година живота заснује радни однос уз писмену сагласност родитеља. Према одредбама Закона о здравственој заштити дијете које наврши 15. година и које је способно за расуђивање има право да самостално да пристанак на предложеноу медицинску мјеру.

²⁷ И законодавац у Републици Српској је на сличан начин регулисао пословну способност дјетета. Правило које је инволвирано у одредби члана 96. ст. 1. изричито предвиђа да дијете које навршило 14 година живота може предузимати правне послове којима стиче искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе, правне послове мањег значаја, као и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно старатеља. По изричитом слову закона, дијете које је навршило 15 година живота може предузимати правне послове којим управља и располаже својом имовином коју је стекло сопственим радом, при чему је дужно да доприноси за своје издржавање, васпитање и образовање.

У ситуацији када дјетету законом није призната посебна пословна способност, законски заступници се и даље старају о заштити његових права, без обзира да ли су то родитељи, старатељ, привремени законски заступник или колизијски старатељ.

7. Дијете, по природи ствари, може да има процесни положај странке у свим оним правним стварима у којима у самом материјалноправном односу постоји дужничко-повјерилачки однос, као што је то на примјер случај у парницама за накнаду штете која је настала на његовој имовини или у парници за раскид или поништај неког уговора у коме је оно било уговорна страна. У судској пракси судова у Републици Србији сматра се да дијете може да буде уговорна страна као давалац доживотног издржавања који у његово име и за његов рачун закључују његови родитељи као законски заступници.

8. Заштита права дјетета, без обзира да ли има превентивни или репресивни карактер, има за циљ остваривање добробити дјетета. Права дјетета, као субјекта правних односа, заштићена су и прије његовог рођења,²⁸ а после рођења дијете ужива, поред правне заштите која се пружа свим субјектима права, и посебну правну заштиту пред националним и наднационалним судовима уколико његова права буду оспорена, угрожена или повријеђена. У складу са породичноправним концептом права дјетета, дијете више нијеи не треба да буде објект родитељске власти, нити је искључиво предмет заштите својих родитеља или других лица јер је добило право да и само штити своја права у складу са својим узрастом и душевном зрелошћу.

9. Промјењен процесни положај дјетета огледа се у томе што је дјетету породичноправним прописима призната процесна легитимација у појединим посебним парничним поступцима која му омогућава да буде странка у поступку правне заштите те се може наћи у улози тужиоца или туженог.²⁹ Одредбама ПЗ Републике Србије (2005) изричито је пред-

²⁸ Одредбом члана 3. Закона о наслеђивању (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/95, 101/03 - УСРС, 6/15) предвиђено је да наследник може да буде и дете већ зачето у тренутку оставиоачеве смрти ако се роди живо. Одредбом члана 112. Закона о ванпарничном поступку (*Службени гласник СР Србије*, бр. 25/82, 48/88, и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/05 - др. закон, 85/12, 45/13 - др. закон, 55/14, 6/15, 106/15 - др. закон) предвиђена је дужност оставинског суда да обавијести орган старатељства ако се очекује рођење дјетета које је позвано на наслеђе.

²⁹ О томе: Гордана Станковић, Процесни положај и посебна заштита детета у породич-

виђено да дијете представља тзв. нужну парничну странку у парницама која се тичу његовог статуса – у матернитетским и патернитетским парницама с обзиром на то да је оно субјект родитељско-дечијег односа. Положај активно процесно легитимисане странке дијете може да има у Републици Србији у парници за заштиту права дјетета, у парници за вршење родитељског права, у парници за лишење родитељског права,³⁰ у парници за поништење усвојења, у парници за законско издржавање и у парници за заштиту од насиља у породици.^{31/32}

У правном систему Републике Српске дијете се појављују у улози странке у патернитетским и матернитетским парницама у којима може бити активно или пасивно легитимисана странка, те се, по природи ствари, јавља као „нужна“ парнична странка. У парницама ради одржавања личних односа са родитељем оно се појављује као странка у улози

ноправним парничним стварима, тематски број „Постојеће и будуће право“, четврти том, Савез удружења правника Србије, Београд, *Правни живот*, бр. 12/1996; Гордана Станковић, Процесни положај органа старатељства у парничном поступку, *Прилог питању реформе породичног законодавства*, Социјална политика и социјални рад, Београд, 1996, стр. 5; Гордана Станковић, Специфичности поступка у породичноправним стварима, Зборник радова „Реформа породичног права“, Правни факултет, Београд, 1996, 413; Гордана Станковић, Положба на детето во семејното парнично процесно право, *Судиска ревија – Judicial Review*, Здружение на судиите на Република Македонија, Скопје, бр. 1-2/1997; Гордана Станковић, Процесни положај детета у парничном поступку, Зборник радова „Права детета у свету и Југославији“, Београдски центар за људска права, Београд, 1997, стр. 111; Гордана Станковић, Заштита права на издржавање у парничном поступку, Зборник радова „Остваривање и заштита права на законско издржавање“, Правни факултет, Крагујевац, 2002.

³⁰ Одузимање родитељског права у Републици Српској је у надлежности ванпарничног суда.

³¹ Поступак за заштиту од насиља у породици у Републици Србији специфичан је по својој правној природи јер суд пружа заштитничку помоћ жртви насиља у породици и изриче породичноправне санкције учиниоцу насиља, а не рјешава грађанскоправни спор, који је редовно повод парници, с обзиром на то да у случају насиља у породици у парници не постоји класичан грађанскоправни спор за који је карактеристично неслагање страна у једном правном односу у погледу њихових права и обавеза и њихов сукоб интереса. В.: Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2023, стр. 589; Гордана Станковић – *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Универзитет Мегатренд, дванаесто издање, Београд, 2013, стр. 582-610; Гордана Станковић – *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 313-314.

³² У Републици Српској, за разлику од Републике Србије, заштита од насиља у породици не пружа се по правилима парничног поступка.

туженог уколико га тужи родитељ са којим не живи. У овом случају поред дјетета у улози туженог се налази родитељ који врши родитељско право и са којим дијете живи. Дијете и само може подићи тужбу ради остваривања личних односа са родитељем са којим не живи. Уколико се родитељ са којим дијете живи противи одржавању личних односа са другим родитељем, дијете ће у овом случају заступати колизијски старатељ. Могућа је ситуација да дијете и родитељ са којим дијете живи подигне тужбу ради одржавања личних односа са другим родитељем. Дијете као активно легитимисана странка у парничном поступку Републике Српске може се појавити и у парницама за законско издржавањем као и у парницама за вршење родитељског права.

Дијете као титулар одређених права, по природи ствари, не може само да их штити у поступку, иако му је правилима породичног процесног права, као титулару тих права, призната активна процесна легитимација због чињенице да због малолетства нема парничну способност. Околност да дијете, по правилу, мора да буде заступано, осим кад му је због узраста и неких других околности призната парнична способност у појединим правним стварима, утиче у одређеној мјери на заштиту признатих права.³³ Из тог разлога законодавац је изричито предвидио да сви органи који се нађу у позицији да одлучују о правима дјетета одлуку доносеу најбољем интересу детета.³⁴ Због тога је суд дужан да у породичним стварима по службеној дужности покреће адхезиони парнични поступак уз поступак покренут тужбом.³⁵

³³ Из тог разлога и дијете, које има потпуну процесну способност у оквирима своје пословне способности, упркос томе што родитељи имају по закону дужност да га заступају, према одредбама ПЗ (2005) слободно може да одлучи, као властодавац, да ли ће заступање повјерити родитељима или адвокату.

³⁴ Одлучивање у интересу дјетета представља реализацију принципа официјелности и истражног принципа тако да у парницама које се воде у породичноправним стварима у којима се одлучује о правима дјетета или о заштити његових права долази до одступања од принципа диспозиције и расправног принципа као основних процесних начела општег парничног поступка.

³⁵ У адхезионом поступку суд *ex offio* одређује предмет парнице, формулише захтјев за пресуду и у складу са својим истражним овлашћењима прикупља неопходан процесни материјал јер суд, због когентне природе породичноправних норми, у поступцима који се тичу породичних односа има задатак да примјењује начело официјелности у погледу покретања адхезионог парничног поступка у интересу дјетета, да примјењује истражно начело у погледу формирања чињеничног супстрата, да доноси одлуке које су у интересу заштите малолетног дјетета и да

10. Треба примјетити да и поред настојања законодавца да дијете добије адекватну и одговарајућу процесну улогу у поступцима правне заштите то није у потпуности остварено. Дијете ипак не може да буде странка у појединим посебним породичним парничним поступцима у Републици Србији и Републици Српској без обзира на то што се одлучује о његовим правима и интересима и што правноснажна пресуда из тих парница производи дејство и према њему јер му није призната процесна легитимација. У парницама за вршење или лишење родитељског права које дијете није покренуло, дијете нема страначку легитимацију јер она припада родитељском пару иако је оно субјект родитељско-дјечијег односа и правно дејство правноснажне пресуде погађа дијете. Дијете, по природи ствари, не може да буде странка у бракоразводној парници иако се пресудом одлучује о вршењу родитељског права, одржавању личних односа с дјететом, о његовом издржавању и евентуално о мјерама заштите од насиља у породици. Исто тако, у парници за заштиту права дјетета или за заштиту од насиља у породици у Републици Србији уколико оно није тужилац, дијете нема положај странке с обзиром на то да је правна заштита у парничном поступку заснована на двостраначкој шеми. У тим парницама дијете има положај „притајене“ или „прикривене“ странке.³⁶

И у праву Републике Српске убракоразводним парницама дијете се не појављује у улози странке, иако суду адхезионом поступку покренутом тужбом или официјелно одлучује о његовим правима и интересима, као у парницама поводом вршења родитељског права и одржавању личних односа са другим родитељем дијете се не појављује у улози странке уколико је само један родитељ покренуо конкретан парнични поступак иако се одлучује о његовим правима због двостраначке шеме поступка.

Треба примјетити да у одређеним ванпарничним стварима, и поред тога што нема пословну способност, дијете одређеног узраста и степена зрелости, има ванпарничну процесну способност³⁷ те тако може да покрене поступак за давање дозволе за ступање у брак у случају малолет-

доноси одлуке. В. Г. Станковић, В. Боранијашевић, *op.cit.*, стр. 595.

³⁶ Гордана Станковић, Процесни положај детета у парничном поступку, Зборник „Права детета у свету и Југославији“, Београд, 1997, стр. 113.

³⁷ Видети: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, прво издање, Службени гласник, Београд, 2015, стр. 57; Милена Трговчевић Прокић, Гордана Станковић, *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 53; Гордана Станковић – Лексикон грађанског процесног права, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 25.

ства³⁸ или поступак за судску еманципацију.³⁹ Међутим, у поступку извршења ради одузимања и предаје детета, дијете фактички има положај објекта у поступку јер се, као предмет извршења одузима од лица код кога се налази и предаје извршном повериоцу.⁴⁰ Одредбама новелираног Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије(2015)⁴¹ поступак одузимања и предаје дијета извршном повјериоцу коме је оно повјерено на старање, васпитавање и издржавање, у одређеној мјери је хуманизован јер процесне радње предузима психолог органа старатељства под контролом извршног судије. У праву Републике Српске, правила о предаји дијетета нису се мијењала од ступања на снагу Закона о извршном поступку(2003)⁴². У овом поступку дијете је објект у праву.⁴³

11. Права дјетета у парничном поступку пред судом штите се директно или индиректно, што је последица саме природе породичноправног односа и околности да се ради о дјетету као специфичном субјекту тог значајног друштвеног и правног односа. Прихватање нор-

³⁸ Детаљно: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, прво издање, Службени гласник, Београд, 2015, стр. 401. и даље; Милена Трговчевић Прокић, Гордана Станковић, *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 121.

³⁹ Детаљно: Г. Станковић – *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 275; Милена Трговчевић Прокић, Гордана Станковић, *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 131; Гордана Станковић, Љубица Мандић, *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица, 2013, стр. 186; Гордана Станковић, *Ванпарнични поступак за стицање пословне способности*, тематски број „Право и достојанство“, Савез удружења правника Србије, Београд, *Правни живот*, бр. 13/2008; Гордана Станковић, *Поступак за стицање пословне способности*, „Зборник во чест на Срефан Георгиевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2009.

⁴⁰ Детаљно: Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, прво издање, Службени гласник, Београд, 2018, стр. 1100; Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, стр. 275.

⁴¹ Закон о извршењу и обезбеђењу, „Службени гласник РС“, бр. 06/15, 106/16 (Аутентично тумачење), 113/17 (Аутентично тумачење), 54/19, 113/17 - Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 - Аутентично тумачење, 10/23 - др. закон.

⁴² Закон о извршном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 –одлука УС, 58/2018 –Рјешење УС БиХ 66/2018.

⁴³ Ранка Рачић, *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2021, 203-205.

мативног концепта у погледу корпуса права која припадају дјетету као њиховом титулару у позитивном праву није ипак у потпуности праћено одговарајућом операционализацијом на процесном терену.

12. Нова позитивноправна рјешења су, у односу на она која су раније важила, прокламовала и регулисала и нека нова процесна права дјетета која раније позитивно прво није познавало.

У погледу оних права која дијете не може с обзиром на своју процесну способност самостално да штити, дјетету је признато право на изражавање мишљења у сваком судском поступку у коме одлука суда може да утиче на његова права или правне интересе. Истовремено, дјетету је признато право да у току поступка, без обзира да ли је оно странка или не, укључи у поступак друга лица и установе која треба да му помогну да оствари своја права и заштити своје интересе.⁴⁴

Дијете је, као процесни субјект, у појединим посебним парничним поступцима добило посебну и специфичну процесну позицију и улогу која се разликује од класичне улоге коју имају у поступку остали процесни субјекти. Оно што представља својеврсну специфичност је околност да оно има могућност да остварује и штити права која му припадају према одредбама материјалног права иако с обзиром на свој узраст нема парничну способност.

Признавањем нових и специфичних процесних права, која су иманентна само дјетету, и којима одговарају посебне дужности суда, суд је добио нове процесне задатке у оквиру својих официјелних овлашћења. Дијете има право на информисаност те је суд дужан да благовремено информише дијете о свим околностима које су му потребне за формирање свог мишљења⁴⁵ и да провјерава да ли је оно информисано о својим правима и њиховој заштити без обзира да ли је оно странка у поступку или није с обзиром на то да процесна активност странка може да угрози права дјетета. У том погледу посебан значај има принцип упозоравања који се на посебан начин конкретизује у односу на дијете као субјекта у поступку правне заштите. Осим тога, он има задатак да константно провјерава да ли су радње у поступку које се предузимају у најбољем интересу дјетета,⁴⁶ као правном стандарду,

⁴⁴ В. одредбу чл. 88,89 ПЗ (2023).

⁴⁵ Одредба члана 65. став 2. ПЗ (2005).

⁴⁶ Најбољи интерес дјетета, као правни стандард и вриједносни критеријум у остваривању права дјетета и њиховој заштити представља „полугу“ којом држава интер-

који се примјењује као вриједносни критеријум за оцјену њихове дозвољености и основаности.⁴⁷

13. За посебан процесни статус и третман дјетета у судским поступцима без обзира на процесну улогу залажу се и Смјернице Комитета министара Савјета Европе о правосуђу по мјери дјетета из 2010. које представљају реализацију Резолуције о правосуђу по мјери дјетета до-нијете на двадесетиосмој конференцији европских министара правде из 2007. да би се пружила помоћ државама чланицама Савјета Европе при-ликом реформисања правосудног система који би одговарао конкретним

венише у породичне и друге односе у циљу посебне заштите дјете. Интервенција државних органа и органа за заштиту породице и дјете долази у обзир у ситуацијама када родитељ својим понашањем према дјетету поврјеђује његову личност, интегритет, здравље и права и интересе дјетета уопште.

⁴⁷ „Најбољи интерес детета има предност пред осталим интересима јер подразумева удовољавање емотивним и развојним потребама детета на најбољи могући начин и потребу за обезбјеђењем сигурне, стабилне и предвидиве околине у којој ће се дијете осјећати вољено, развијати осећај припадања и слободно и несметано стицати искуство у дружењу са вршњацима.“ (*Пресуда Врховног касационог суда Рев 2334/18 од 24. маја 2018*); „Елементи за процену најбољег интереса детета, између осталог, су узраст и пол детета, зрелост детета, потреба детета у погледу васпитања, становања, исхране, одевања, здравствене бриге и друго и способност родитеља да задовољи утврђене потребе детета. Најбољи интерес детета као правни стандард цени се према околностима сваког конкретног случаја.“ (*Пресуда Врховног касационог суда Рев 1802/18 од 19. јула 2018*); „Најбољи интерес детета је правни стандард који се цени према околностима сваког конкретног случаја, а заштита интереса детета је одлучујућа околност која се цени приликом доношења одлуке о повјеравању малолетне деце једном од родитеља да врше родитељско право. Најбољи интерес малолетног детета мора се сагледавати према околностима које постоје у тренутку када се о неком праву детета одлучује.“ (*Пресуда Врховног касационог суда Рев 3007/18 од 9. маја 2018*); „Најбољи интерес детета је правни стандард који се цени према околностима сваког конкретног случаја, а заштита интереса детета је одлучујућа околност која се цени приликом доношења одлуке о поверавању детета. Одлуку о измјени начина вршења родитељског права суд може донети кад су интереси детета угрожени или на било који начин доведени у питање.“ (*Пресуда Врховног касационог суда Рев 129/18 од 8. фебруара 2018*); „Одржавање личних односа малолетног детета са родитељем с којим дете не живи може се одредити пресудом према постигнутом договору родитеља уколико је поштовано право детета које је одвојено од једног родитеља на одржавање личних односа и непосредних контаката са оба родитеља на сталној основи с обзиром на то да је у интересу малолетног детета да развија релације са оба родитеља јер обоје имају различиту подједнако важну улогу у развоју детета.“ (*Пресуда Врховног касационог суда Рев 1436/17 од 5. јула 2017*)

потребама дјече с циљем да се обезбиједи дјелотворан и одговарајући приступ правосуђу уз дјелотворно и примјерено поступање према дјечи у свим поступцима за пружање правне заштите.

Смјернице Комитета министара Савјета Европе о правосуђу по мјери дјетета предвиђају посебан статус дјече у судским поступцима и посебно инсистирају на примиијени посебног третмана дјече у поступцима правне заштите. У Смјерницама се истиче да и дјеца, као субјекти у праву, имају право на приступ суду, право на правично суђење и право на правичан поступак у свим елементима који чине садржину ових функционалних људских права. Посебно се инсистира на посебним процесним правима дјетета као што су лично право на информацију, право на законито изјашњавање и одбрану у поступку, право на саслушање и право на заступање с тим да је за вршење ових права битан њихов узраст и способност да стекну и формирају сопствено мишљење. Међутим, вршење посебних процесних права дјетета не смије да угрози процесна права осталих странака у поступку.

14. Учешће дјетета у поступку с процесног аспекта може да се посматра двојачко с обзиром на то да је парнични поступак конструисан као двостранацки. Оно, с обзиром на поједине процесне улоге које постоје у парничном поступку, у поступку у коме није странка, може да има или процесни положај странке *ad hoc* или процесни положај својеврсног умјешача.

15. Странка *ad hoc* је субјект споредног процесног односа који се заснива између суда и неких трећих лица, различитих од парничних странака, која ступају у споредни процесни однос са судом поводом конкретне парнице у којој се не рјешава њен спор. Странке *ad hoc*⁴⁸ судјелују у адхезионим поступцима који се воде уз пендентни парнични поступак, поводом њега и независно од њега, и у том поступку имају одређена права и дужности о којима суд одлучује. Странка *ad hoc* има право да против одлуке коју је суд донио о њеном праву или дужности изјави правни лијек.

⁴⁸ У улози странке *ad hoc* јављају се: свједоци, вјештаци, преводиоци, тумачи знаковоног језика, процјенитељи, именовани претходници у процесном законодавству Републике Србије, трећа лица обавјештена о парници, обавјештени државни органи о парници, заступници странака.

Дијете би могло евентуално да има статус странке *ad hoc* кад га суд позива и омогућава му да врши посебна процесна овлашћења с тим што том приликом не одлучује о његовим правима тако да би дијете као странка *ad hoc* било лишено права да изјављује правни лијек.

16. Узимањем учешћа у поступку дијете може да се фактички јави у улози специфичног умјешача који настоји да у туђој парници заштити сопствене правне интересе. За разлику од обичног умјешача који ступа у туђу парницу по сопственој иницијативи да би заштити своје правне интересе и спријечио да га погоди интервенцијско дејство туђе парнице, дијете као умјешач ступа у парницу по одлуци и на позив суда. И док парничне странке могу да се успротиве учешћу обичног умјешача, оне то не могу да учине кад је дијете умјешач. Дијете као специфични умјешач штити своје правне интересе предузимањем оних процесних радњи које су законом предвиђене и чије дејство парничне странке не могу да анулирају својим парничним радњама.⁴⁹ Дијете се као умјешач не придружује ниједном од парничара, за разлику од обичног умјешача. Од обичног умјешача се разликује и по томе што дијете не може изјавити правни лијек иако, по његовом схватању, одлука суда тангира његов интерес. Правни интерес дјетета као специфичног умјешача штити суд који одлучује у његовом интересу тако што поступа по начелу официјелности и истражној максими.

По правилима оба анализирана породична закона предвиђени су услови под којима дијете може у парничном поступку да учествује. То су одређени број година живота (узраст) и одређени степен способности за расуђивање (нека врста процесне пословне способности која му омогућава да предузима одређене процесне радње изричито предвиђене законом). Дијете као специфичног умјешача не може заступати законски заступник. Странка не може оспорити учешће дјетета у конкретној парници, нити суд може донијети рјешење којим ће онемогућити дјетету да учествује у парници. Дијете као умјешач може бити саслушано као свједок.

⁴⁹ Дијете које учествује у поступку на позив суда има право да износи своје мишљење у погледу спорне ствари, да затражи да му се омогући да изнесе своје мишљење, да тражи објешњења о последицама радњи које суд или колизиони старатељ односно привремени заступник предузимају, да се изјашњава, да одговара на питања суда, да се ако је навршило 15. година живота изјасни са којим родитељем жели да живи или да се изјасни у погледу одржавања личних односа са родитељем са којим не живи, као и са сродницима.

17. Поступак за пружање правне заштите у коме судјелује дијете без обзира на процесну позицију и улогу коју има треба да карактерише прилагођавање поступања узрасту дјетета, усредсређеност на права дјетета ради остваривања најбољег интереса дјетета, на гарантовање процесних права, на комуникацију која је примјерена узрасту дјетета, на поштовање права на интегритет, достојанство, приватност и породични живот. У парничном поступку у коме судјелује дијете суд који одлучује треба да третира дијете као титулара права који има овлашћење да своја права врши, остварује и штити. Приликом одлучивања о правима дјетета суд мора да води рачуна, прије свега, о најбољем интересу дјетета, као правном стандарду којим се руководи приликом одлучивања. Процјену најбољег интереса дјетета суд треба да врши имајући у виду права која му припадају, правне, друштвене и економске интересе дјетета као и његово мишљење и жеље у погледу вршења права која му припадају. Процесна овлашћења дјетета не смеју да се разликују од процесних овлашћења која припадају одраслим физичким лицима у поступку, нити смеју да буду умањена, негирана или злоупотребљена на штету дјетета. Од посебног је значаја да буде обезбијеђено право дјетета на информисаност, савјетовање и заступање, посебно у оним ситуацијама кад постоји могућност да дође до колизије интереса дјетета и родитеља без обзира да ли су у истим или супротним страначким улогама, као и пружање бесплатне правне помоћи.⁵⁰

С обзиром на то да су дјеца титулари одређених права из корпуса права дјетета, она треба да имају не само активну процесну легитимацију која им омогућава да покрену поступак за заштиту својих права, већ и могућност да изјављују правне лијекове, као посебна правна средства, и да провоцирају контролу законитости одлука донијетих у поступку правне заштите. Реализацијом права на правни лијек дијете би, као умјешач, дјелотворно остварило своја права или их дефинитивно заштитило без обзира на то да ли је било или није било странка у поступку и да ли је било умјешач у првостепеном поступку. Због тога национални законодавац има задатак да обезбиједи дјечи да у довољној мјери разумију своја

⁵⁰ Видјети одредбе Закона о бесплатној правној помоћи, „Службени гласник РС“, бр. 87/18. О томе и: Мијодраг Радојевић, Систем (бесплатне) правне помоћи у Републици Србији и примена међународних стандарда, *Српска политичка мисао*, Београд, 4/18, стр. 249; Гордана Станковић, Маријана Дукић Мијатовић, *Пружање бесплатних правних услуга*, Зборник радова „Слобода пружања услуга и правна сигурност“, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2019, стр. 411.

права и право на коришћење правних лијекова ради заштите тих права, не само на основу адекватно пружених правних информација и савјета, већ и одређивањем колизионог старатеља, као и могућност да приступе и инстанционом суду уколико им је било ускраћено учешће у поступку у коме је донијета одлука која тангира њихова права и интересе.

18. У поступку за пружање правне заштите суд је дужан да омогући дјетету да се изјасни у свим правним стварима које тангирају његова права и интересе и то на начин који одговара његовом узрасту, зрелости, способности за разумјевање и комуникацију.⁵¹ Право на изјашњавање у поступку је право дјетета и суд је дужан да му то објасни и да га на то упозори, а његов исказ суд оцјењује у складу с његовим узрастом и степеном зрелости с тим што суд није дужан да изнијето мишљење дјетета увијек узме у обзир јер је и у том погледу основни вриједносни критеријум најбољи интерес детета.

Да би дијете дјелотворно заштитило своја права, потребно је да на нормативном плану буду отклоњене све препреке које би спријечиле да дијете оствари право на правну заштиту, као што су бесплатно пружање правних услуга, сношење трошкова поступка, непостојање правног заступника или колизија интереса дјетета и његовог законског заступника.

У поступку у коме судјелује дијете процесне радње које предузима суд у току расправе мора да буду прилагођене узрасту дјетета тако што ће језичка комуникација с дјететом бити примјерена његовом узрасту, што ће дијете добити валидне информације у погледу својих права, што ће суд комуницирати с дјететом уз уважавање и емпатију, водећи рачуна о његовом достојанству.

19. У Републици Србији је још 2019. припремљен Нацрт закона о правима детета и заштитнику права детета о коме је отпочела и јавна расправа, али је тај Нацрт остао „мртво слово на папиру“ због насталих промјена у организацији власти после одржаних републичких избора.⁵² У

⁵¹ Посебан проблем који законодавац треба да ријеши тиче се дјеце која још увијек нису достигла одређени узраст, а самим тим и одређени ниво интелектуалног развоја који је неопходан за формирање и изражавање сопственог мишљења. Из тог разлога се и поставља питање вршења ових посебних процесних права.

⁵² У јавној расправи која је одржана у Народној скупштини било је истакнуто да доношење закона о правима дјетета нема за циљ само да се реализују препоруке Комитета за права дјетета или препоруке из Универзалног периодичног прегледа стања људских права у Републици Србији, већ и да се створи нов законодавни оквир за заштиту дјеце и основ за даље унапређење, промоцију и поштовање права дјетета

Републици Српској нема још увијек ни наговјештаја да би се посебним законом могла уредити посебна права дјетета.

Литература

1. Гордана Станковић, Процесни положај детета у парничном поступку, Зборник радова „Права детета у свету и Југославији“, Београдски центар за људска права, Београд, 1997
2. Гордана Станковић, Процесни положај и посебна заштита детета у породичноправним парничним стварима, тематски број „Постојеће и будуће право“, четврти том, Савез удружења правника Србије, Београд, *Правни живот*, бр. 12/1996;
3. Гордана Станковић, Процесни положај органа старатељства у парничном поступку, *Прилог питању реформе породичног законодавства*, Социјална политика и социјални рад, Београд, 1996, стр. 5;
4. Гордана Станковић, Специфичности поступка у породичноправним стварима, Зборник радова „Реформа породичног права“, Правни факултет, Београд, 1996.
5. Гордана Станковић, Положба на детето во семејното парнично процесно право, *Судиска ревија – Judicial Review*, Здружение на судиите на Република Македонија, Скопје, бр. 1-2/1997;

у Републици Србији. Очекивало се да Закон о правима детета и заштитнику права детета омогући да се на нормативном плану остваре одређени правнополитички циљеви у складу с пронаталитетном политиком од којих су најважнији гарантовање и заштита права дјетета у свим областима друштвеног живота за свако дијете, с обзиром на то да је признавање права дјетета највиши државни и друштвени интерес, и гарантовање и заштита права дјетета у свим поступцима правне заштите, као и утврђивање посебних права дјетета у поступцима у којима дјеца учествују пред судовима, државним органима и другим организацијама које врше јавна овлашћења и утврђивање посебних гаранција које то треба да обезбједе. Осим тога, очекивало се и успостављање јединствених критеријума и стандарда за остваривање најбољег интереса дјетета у свим областима живота и развоја дјетета и стварање услова за њихову примјену, као и успостављање различитих мјера које треба да омогуће и обезбједе остваривање и заштиту права дјетета. Исто тако, сматра се да ће установљивање заштитника права дјетета, као независног органа који ће промовисати права дјетета, унапређивати права дјетета, координисати рад на унапређењу и поштовању права дјетета и контролисати остваривање права дјетета омогућити реализацију права дјетета у пракси.

6. Гордана Станковић, Заштита права на издржавање у парничном поступку, Зборник радова „Остваривање и заштита права на законско издржавање“, Правни факултет, Крагујевац, 2002.
7. Гордана Станковић – *Грађанско процесно право*, прва свеска, *Парнично процесно право*, Универзитет Мегатренд, дванаесто издање, Београд, 2013.
8. Гордана Станковић – *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд, 2018.
9. Гордана Станковић, Ванпарнични поступак за стицање пословне способности, тематски број „Право и достојанство“, Савез удружења правника Србије, Београд, *Правни живот*, бр. 13/2008.
10. Гордана Станковић, Поступак за стицање пословне способности, „Зборник во чест на Срефан Георгиевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2009.
11. Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, прво издање, Службени гласник, Београд, 2023.
12. Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017.
13. Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, прво издање, Службени гласник, Београд, 2018.
14. Гордана Станковић, Љубица Мандић, *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица, 2013.
15. Гордана Станковић, Маријана Дукић Мијатовић, Пружање бесплатних правних услуга, Зборник радова „Слобода пружања услуга и правна сигурност“, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2019, стр. 411.
16. Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, прво издање, Службени гласник, Београд, 2015.
17. Дејан Ђурђевић, *Основи породичног права Црне Горе*, ЦИД, Подгорица, 2008.
18. Марија. Игњатовић, Осврт на правни положај детета у римском праву, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, бр.70, Ниш, 2015.

19. Мијодраг Радојевић, Систем (бесплатне) правне помоћи у Републици Србији и примена међународних стандарда, *Српска политичка мисао*, Београд, 4/18, стр. 249.
20. Милена Трговчевић Прокић, Гордана Станковић, *Ванпарнични и јавнобележнички поступак Републике Србије*, Службени гласник, Београд, 2018.
21. Ранка Рачић, *Извршно процесно право*, Бања Лука, 2021. 203-205.

Законски текстови

1. Устав Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, бр. 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05, 48/11.
2. Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“ бр.98/06, 115/21 (Амандмани I-XXIX), 16/22
3. Породични закон Републике Србије, „Сл.гласник РС“, бр. 18/05, 72/11 - др. закон, 6/15.
4. Породични закон Републике Српске, «Сл. гласник Републике Српске», бр. 17/23, 27/24 и 20/25 – одлука УС.
5. Закон о извршном поступку, «Службени гласник РС», бр. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017 – одлука УС, 58/2018 – Рјешење УС БиХ 66/2018.
6. Закон о извршењу и обезбеђењу, „Службени гласник РС“, бр. 06/15, 106/16 (Аутентично тумачење), 113/17 (Аутентично тумачење), 54/19, 113/17 - Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 - Аутентично тумачење, 10/23 - др. закон.
7. Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СР Србије*, бр. 25/82, 48/88, и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/05 - др. закон, 85/12, 45/13 - др. закон, 55/14, 6/15, 106/15 - др. Закон.
8. Закон о наслеђивању, «Службени гласник Републике Србије, бр. 46 /95, 101/03 - УС, 6/15.
9. Закон о здравственој заштити Републике Србије, «Сл. гласник Републике Србије“, бр. 17/23, 27/24 и 20/25 -одлука УС.
10. Закон о социјалној заштити Републике Србије, „Сл. гласник“ бр.24/11и 117/22 - одлука УС.
11. Закон о становању и одржавању зграде Републике Србије , «Сл. гласник РС», бр. 104/16 и 9/20 – др.закон.

12. Закон о основном образовању Републике Србије, „Сл. гласник РС», бр. 55/13, 101/17, 27/18 - др. закон, 10/ 19, 129/21, 129/21 - др. закон, 92/23, 19/025.
13. Закон о раду Републике Србије, “Сл. гласник РС“, бр” 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС 113/17 и 95/18 – аутентично тумачење.
14. Закон о здравственој заштити Републике Српске, „Сл.гласникРепублике Српске, бр. 57/22.
15. Закон о дјечијој заштити, „Сл. гласник Републике Српске,“ бр. 114/17, 122/18, 107/19 и 119/21.
16. Закон о социјалној заштити, „Сл. гласник Републике Српске,» бр. 37/12, 90/16, 94/19 и 42/20.
17. Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник Републике Српске,“ број 57/22.
18. Закон о обавезном здравственом осигурању, „Сл. гласник Републике Српске,“ бр. 93/22 и 132/22.
19. Закон о остваривању права на бесплатну правну помоћ, „Сл. гласник Републике Српске,“ број 67/20.
20. Закон о подршци незапосленом родитељу четворо и више дјеце у Републици Српској, „Сл.гласник Републике Српске,“број 132/23.
21. Закон о заштити од насиља у породици, „Сл. гласник Републике Српске,“ бр. 102/12, 108/13, 82/15 и 84/19.
22. Закон о спречавању насиља у породици, „Сл. гласник РС,“бр.94/2016 и 10/2023 - др. закон
23. Закон о раду, „Сл. гласник Републике Српске,“ бр. 1/16, 66/18 и 119/21.
24. Закон о пензијском и инвалидском осигурању, „Сл. гласник Републике Српске, бр. 134/11, 82/13, 103/15, 111/21, 15/22, 132/22 и 43/23.
25. Закон о локалној самоуправи, „Сл. гласник Републике Српске,“ бр. 97/16, 36/19 и 61/21.
26. Закон о предшколском васпитању и образовању, „Сл. гласник Републике Српске,“ бр. 79/15, 63/20 и 64/22.
27. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима дјетета, *Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори*, бр.15/1990.
28. Европска конвенција о вршењу дечијих права, Савет Европе, 25. јануара 1996.

Gordana Stanković, PhD⁵³Ranka Račić, PhD⁵⁴

**PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE CHILD IN CIVIL
PROCEEDINGS IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA
AND REPUBLIC OF SRPSKA**

Summary: *The legal status of the child and the protection of his rights have changed during the development of civilization. In modern law, the rights of the child and especially the protection of his rights in civil proceedings are regulated at the normative level by the provisions of the Family Law of the Republic of Serbia (2005) and the Family Law of the Republika Srpska (2023). The status of the child as a procedural subject has been particularly improved because, in addition to traditional ones, he has been recognized with special procedural rights and their protection is guaranteed, regardless of whether the rights of the child are protected directly or indirectly. The paper critically analyzes the procedural provisions concerning the participation of a child in proceedings in which he or she cannot, given his or her procedural capacity, independently protect his or her rights and interests. Therefore, the court has a duty to initiate official adhesion proceedings in the interest of the child. In civil proceedings in which the court's decision may affect the rights or interests of the child, the child is recognized as having the right to participate in the proceedings and the right to express his or her opinion. The focus of the author's attention in this paper was the consideration of the question of whether the child appears in these civil proceedings as a specific intervener or as an ad hoc party.*

Keywords: *child rights, protection of the rights of the child, specific intervener, ad hoc party, civil court proceedings.*

⁵³ Professor, retired, University of Niš, Faculty of Law, Serbia

⁵⁴ Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska

POSTUPAK ODREĐIVANJA GRANICE I EVIDENTIRANJA (KATASTAR I ZEMLJIŠNIK) POMORSKOG DOBRA REPUBLIKE HRVATSKE

Dr. sc. Dragan Bolanča¹

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 osnovne značajke postupka određivanja granice pomorskog dobra, te njezino evidentiranje u katastar i zemljišnu knjigu. Autor misli da se upisi pomorskog dobra u zemljišne knjige odvijaju sporo, pa to čini velike probleme u postupcima dodjeljivanja koncesije, jer je važećim propisima određeno kako je to uvjet za donošenje odluke o dodjeli koncesije. S druge strane, pomorski zakonodavac uopće ne spominje ni nadležno tijelo, ni način osnivanja i vođenja evidencije morskog i podmorskog dijela pomorskog dobra koje se može koncesionirati u različite svrhe.

Ključne riječi: Republika Hrvatska, pomorsko dobro, granica, katastar, zemljišna knjiga.

1. UVOD

Materija pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj regulirana je **Zakonom o pomorskom dobru i morskim lukama** (dalje - ZPDML),² a njime se uređuju

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 - Petra Amižić Jelovčić: Pomorsko pravo**, Pravni fakultet, Split, 2023., str. 232., - 272., **Dragan Bolanča: Osnovne**

pojam i pravni status pomorskog dobra, zaštita pomorskog dobra, **određivanje njegovih granica, evidencija i upis pomorskog dobra u katastru i zemljišnoj knjizi**, imovinskoppravna pitanja, upravljanje, upotreba pomorskog dobra, koncesije 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 (čl. 1., st. 1.). Cilj je ZPDML uspostavljanje integralnog, kvalitetnog i transparentnog sustava zaštite, upravljanja i korištenja pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj (čl. 1., st. 2.).

Nekretnina ima status pomorskog dobra ako po svom položaju, izgledu, namjeni, prirodnim obilježjima i uobičajenom načinu upotrebe odgovara definiciji pomorskog dobra iz čl. 6. ZPDML³ (čl. 10., st. 1. ZPDML). Svrha i cilj određivanja statusa pomorskog dobra je utvrditi koji dio kopna jest pomorsko dobro sukladno čl. 6. ZPDML, a sve kako bi se status pomorskog dobra upisao u zemljišnu knjigu i katastar (čl. 18., st. 1. ZPDML). Odluka suda ili upravnog tijela kojom se utvrđuje status nekretnine kao pomorskog dobra ima **deklaratorni učinak** (čl. 10., st. 2. ZPDML).

U postupku dodjele koncesija ili drugog prava, kao i u postupku inspekcijskog nadzora, nadležno tijelo će, po potrebi, kao prethodno pitanje, samo riješiti je li neka nekretnina pomorsko dobro. U tom postupku sudjeluju kao stranke sve osobe upisane u zemljišnoj knjizi (čl. 10., st. 10. ZPDML).

ZPDML uvodi razlikovanje između granice pomorskog dobra kao višeg rodnog pojma i granice lučkog područja, koja se s granicom pomorskog dobra može, ali ne mora poklapati.

Granica pomorskog dobra na kopnu je crta koja razgraničuje pojas kopna koji je pomorsko dobro od kopna u stvarnopravnom režimu (čl. 18., st. 2. ZPDML). **Granica lučkog područja** je crta kojom se definira pojas kopna i mora koji čini luku posebne namjene (čl. 18., st. 3. ZPDML). Kada je prostornim planom planirana izgradnja i/ili proširenje luke posebne namjene, prvo se određuje granica pomorskog dobra, a nakon toga se određuje granica lučkog područja. Isto vrijedi i za luke otvorene za javni promet (čl. 18., st. 4. ZPDML).⁴

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.

³ Pomorsko dobro čine vodena sastavnica, podmorje i kopnena sastavnica - detaljnije vidi **Dragan Bolanča**: *Pomorsko dobro Republike Hrvatske (pojam, sadržaj i status)*, “Pravna riječ”, Banja Luka, br. 69, 2024., str. 305. - 320.

⁴ Razlika između granice pomorskog dobra i granice lučkog područja jest u činjenici da se kod

2. ODREĐIVANJE GRANICE POMORSKOG DOBRA (LUČKOG PODRUČJA)⁵

2.1. Izrada prijedloga granice pomorskog dobra i granice lučkog područja luke posebne namjene

Stranke u postupku određivanja granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene⁶ su svi vlasnici upisani u zemljišne knjige i

granice pomorskog dobra utvrđuje granica na kopnenoj komponenti pomorskog dobra, jer su cjelokupne unutarnje morske vode i teritorijalno more *ex lege* pomorsko dobro (čl. 3., st. 2. ZPDML), dok se kod granice lučkog područja, osim kopnene komponente pomorskog dobra, određuje i obuhvat akvatorija koji čini lučko područje. Obuhvat akvatorija kao i kopnjeni dio lučkog područja određuje se sukladno dokumentima prostornog planiranja vodeći računa o namjeni same luke i veličini plovila, te dostatnog prostora za sigurno manevriranje, ali i prema modelima gradnje na samom akvatoriju - opširnije vidi **Nina Perko - Natalija Kavran - Slavko Filipović Grčić**: *Želite li marinu? Postupak de lege lata*, Zbornik radova Okruglog stola „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Zagreb, 2018., str. 30.

⁵ Po derogiranom ZPDML-u iz 2003. godine, Vlada Republike Hrvatske je postupak određivanja granica pomorskog dobra propisala *Uredbom o postupku utvrđivanja granice pomorskog dobra* („Narodne novine RH“, br. 08/04. i 82/05.). Novi ZPDML izričito ne navodi da je ta uredba derogirana. O toj uredbi detaljnije **Damir Delač**: *Metodologija geodetskog određivanja granice pomorskog dobra na morskoj obali*, Zbornik radova sa savjetovanja „Pomorsko dobro“, Zagreb, 2005., str. 21. - 29., **Branko Kundih**: *Određivanje granica pomorskog dobra de lege ferenda*, Zbornik radova sa savjetovanja „Pomorsko dobro“, Zagreb, 2005., str. 99. - 114., **Dorotea Ćorić**: *Granice pomorskog dobra u Primorsko-goranskoj županiji*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, 2005., br. 159, str. 59. - 67., **Sandra Debeljak-Rukavina**: *Određivanje granica i katastar pomorskog dobra*, Zbornik radova sa savjetovanja „Pomorsko dobro u fokusu znanosti i pragme“, Rijeka, 2005., str. 71. - 84., **Boris Fantulin**: *Utvrdjivanje granice pomorskog dobra u okviru zakonske definicije*, Zbornik radova sa savjetovanja „Pomorsko dobro“, Zagreb, 2006., str. 132. - 149., **Jakob Nakić - Vanja Seršić**: *Određivanje granice pomorskog dobra prema Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama*, „Hrvatska pravna revija“, Zagreb, br. 12, 2004., str. 114. - 123., **Julia Vladušić**: *Određivanje granica pomorskog dobra u hrvatskom pravu*, Zbornik radova sa hrvatsko-francuskog savjetovanja „Pravo i vrednovanje javnih dobara“, Split, 2008., str. 351. - 369., **Julia Vladušić**: *Određivanje granica pomorskog dobra u hrvatskom pravu*, „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu“, br. 2, 2009., str. 219. - 246., **Jakob Nakić**: *Određivanje granice pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj - de lege lata i de lege ferenda*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2012., str. 291. - 298., **Vanja Seršić**: *Razgraničenje između jedinica lokalne samouprave na moru*, Zbornik radova „In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid Rab 2010. 2012.“, Split, 2012., str. 215. - 230., **Jakob Nakić - Vanja Seršić**: *Pomorsko dobro jučer, danas i sutra*, Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa „In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid - Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava“, Rab, 2013., str. 215. - 224.

⁶ **Luka posebne namjene** je morska luka koja je u posebnoj upotrebi ili je dana u koncesiju gospodarskom subjektu (luka nautičkog turizma, industrijska luka, brodogradilišna luka,

katastar i nadležno državno odvjetništvo (čl. 20., st. 10. ZPDML). **Županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra**⁷ *po službenoj dužnosti*⁸ izrađuje prijedlog granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene (čl. 20., st. 2. ZPDML), a na temelju tog prijedloga Ministarstvo pomorstva u **upravnom postupku** rješanjem određuje granicu (čl. 20., st. 1. ZPDML). *Iznimno*, tijelo državne uprave i zainteresirana pravna ili fizička osoba mogu podnijeti *zahtjev* za izradu prijedloga granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene (čl. 20., st. 8. ZPDML-a).⁹ Prijedlog granice dostavlja se u pisanoj formi i u elektroničkom obliku (čl. 20., st. 7. ZPDML-a).

ribarska luka, sportska luka i dr.) i luka kojom upravlja tijelo državne uprave (vojna luka) - čl. 3., toč. 13. ZPDML. **Lučko područje** je područje morske luke koje obuhvaća jedan ili više morskih i kopnenih prostora (lučki bazen), koje se koristi za obavljanje lučkih djelatnosti, a kojim upravlja lučka uprava, koncesionar ili tijelo državne uprave (čl. 3., toč. 11. ZPDML).

⁷ Županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra ima predsjednika i četiri člana, a imenuje ga izvršno tijelo jedinice područne (regionalne) samouprave odlukom (čl. 19., st. 1. ZPDML). Predsjednik Županijskog povjerenstva za granice pomorskog dobra je predstavnik upravnog tijela jedinice područne (regionalne) samouprave u čijem su djelokrugu poslovi pomorstva, a članovi su predstavnik nadležne lučke kapetanije, predstavnik područnog ureda za katastar, predstavnik mjesno nadležnog zemljišnoknjižnog suda, dok je promjenjivi član predstavnik jedinice lokalne samouprave na čijem se području određuje ili mijenja granica pomorskog dobra i granica lučkog područja luke posebne namjene (čl. 19., st. 2. ZPDML). Iznimno od stavka 2. ovoga članka, kada se određuje granica pomorskog dobra na područjima koja predstavljaju ušća vodotoka koji se ulijevaju u mora i/ili kanale spojene s morem, predstavnik Hrvatskih voda sudjeluje u radu Županijskog povjerenstva za granice pomorskog dobra kao promjenjivi član. (čl. 19., st. 3. ZPDML). Predstavnik jedinice lokalne samouprave iz stavka 2. ovoga članka predlaže izvršno tijelo jedinice lokalne samouprave (čl. 19., st. 4. ZPDML).

⁸ Županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra obvezuje se izrađivati prijedloge granica za cijeli obalni pojas katastarske općine, a sve kako bi se cijeli obalni pojas promatrao kao cjelina i posljedično osigurala ujednačenost u sagledavanju obalnog pojasa. Svrha je ove odredbe da se potakne strateški pristup određivanju granice pomorskog dobra, nasuprot tome da broj utvrđenih granica ovisi o tome koliko zainteresiranih stranaka podnese prijedlog za određivanjem granice.

⁹ Županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra dužno je na zahtjev tijela državne uprave iz stavka 8. ovoga članka izraditi prijedlog granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene u roku **od 30 dana** od dana podnošenja urednog zahtjeva te prijedlog po provedbi javnog uvida dostaviti Ministarstvu pomorstva (čl. 20., st. 9. ZPDML). Ako Republika Hrvatska podnosi zahtjev za utvrđivanje pomorskog dobra u javnom interesu, a radi zaštite pomorskog dobra, takav zahtjev rješava se u **hitnom** postupku (čl. 20., st. 11. ZPDML).

Prijedlog granice pomorskog dobra i granice lučkog područja luke posebne namjene sastoji se od **tekstualnog dijela**¹⁰ s obrazloženjem i **priloga**¹¹ (čl. 20., st. 4. ZPDML-a).

2.2. Načelni kriteriji za određivanje granice

Granicom pomorskog dobra obuhvaća se pojas kopna uz more koji prema odredbama čl. 6. čini pomorsko dobro (čl. 21., st. 1. ZPDML-a). Prilikom predlaganja granice pomorskog dobra Županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra dužno je prijedlogom u cijelosti obuhvatiti kopno koje je po svojoj prirodi u neposrednoj vezi s morem, kopno koje je po svojim prirodnim obilježjima i izvornom statusu nekretnine pomorsko dobro, te mora voditi računa o prirodnim obilježjima (čl. 21., st. 2. ZPDML). Načelni kriteriji kojima se treba voditi prilikom određivanja granice pomorskog dobra postavljeni su široko zbog iznimne raznolikosti hrvatske obale, dopuštajući povjerenstvu da primjeni onaj kriterij koji će osigurati da se granicom obuhvati upravo onaj dio kopna koji odgovara definiciji pomorskog dobra.

Prilikom izrade prijedloga granice pomorskog dobra Županijsko povjerenstvo za granice **može** uzeti u obzir: 1. morski rub ceste s pripadajućim zemljištem i površinama definirane kao takve posebnim propisom kojim se uređuju ceste, 2. kopneni rub šetnice (čl. 21., st. 3. ZPDML-a). Ako zbog

¹⁰ **Tekstualni dio** prijedloga granice pomorskog dobra i granice lučkog područja luke posebne namjene **mora** sadržavati: 1. opis granice i identifikacija svih nekretnina koje čine pomorsko dobro, 2. podatke o eventualno određenoj granici na osnovi prijašnjih zakonskih propisa, 3. podatke o nasipavanju ili eroziji kopna, 4. podatke o konfiguraciji i postojećem stanju u prostoru, 5. obrazloženje o provjeri podataka iz katastra i zemljišne knjige o nekretninama (zemljište i zgrade) i njihovu izvornom statusu, 6. popis koordinata svih lomnih točaka predložene granice u važećem državnom koordinatnom sustavu, 7. razloge koji uvjetuju prijedlog granice i 8. izvješće o javnoj raspravi (čl. 20., st. 5. ZPDML).

¹¹ **Prilozi** prijedloga granice pomorskog dobra i granice lučkog područja luke posebne namjene su: 1. kopija katastarskog plana, 2. geodetska snimka područja i digitalni ortofotoplan s preklapom katastarskog plana, legendom, ovjerom od strane Županijskog povjerenstva za granice pomorskog dobra te ucrtanom crtom srednjih viših visokih voda, crtom zakonskog minimuma širine kopnenog dijela pomorskog dobra te linijom prijedloga granice, 3. izvod iz dokumentacije prostornog uređenja, 4. izvod iz zemljišne knjige, 5. izvod iz katastra, 6. povijesni katastarski i zemljišnoknjižni podaci o česticama zemljišta i zgrada, kao i podaci o česticama zemljišta i zgrade čijim je cijepanjem čestica zemljišta odnosno zgrade nastala, a radi utvrđivanja izvornog statusa čestica zemljišta i zgrada od osnutka katastra i 7. fotografije područja za koje se predlaže granica s označenom linijom prijedloga granice (čl. 20., st. 6. ZPDML).

prirodnog izgleda dijela kopna za koji se predlaže granica pomorskog dobra, navedeni kriteriji nisu primjenjivi, granica pomorskog dobra može se predložiti tako da slijedi kopnenu katastarsku među prve obalne katastarske čestice koja graniči s česticom pomorskog dobra, vodeći računa o povijesnim katastarskim i zemljišnoknjižnim podacima o nekretninama, kao i podacima o nekretninama čijim cijepanjem su one nastale, a radi utvrđivanja izvornog statusa nekretnine od osnutka katastra kako se na nekretnini koja je oduvijek pomorsko dobro ne bi povlačenjem granice ukidao ovaj status (čl. 21., st. 4. ZPDML).

Iznimno, granica pomorskog dobra može se predložiti tako da obuhvaća pojas kopna uz more u širini **manjoj od zakonskog minimuma** (čl. 22., st. 1. ZPDML), a tada Županijsko povjerenstvo za granice kao kriterije **može** uzeti u obzir: 1. morski rub ceste s pripadajućim zemljištem i površinama definirane kao takve posebnim propisom kojim se uređuju ceste,¹² 2. morski rub građevine i sastavnog dijela građevine koja prema obilježjima, vremenu, načinu i svrsi gradnje predstavlja povijesnu, kulturnu ili vjersku građevinu, koja je vidljiva na državnoj snimci iz zraka iz 1968. godine¹³ (čl. 22., st. 2. ZPDML). U ovom je slučaju Županijsko povjerenstvo za granice dužno voditi računa o povijesnim, katastarskim i zemljišnoknjižnim podacima o nekretninama, kao i podacima o nekretninama čijim cijepanjem su one nastale, a radi utvrđivanja izvornog statusa nekretnina (čl. 22., st. 3. ZPDML).

Nakon isteka koncesije za pokretanje novog postupka davanja koncesije nije potrebno ponovno određivati granicu pomorskog dobra ako nije došlo do promjene dokumenata prostornoga uređenja (čl. 10., st. 6. ZPDML).

2.3. Javni uvid u prijedlog granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene

Županijsko povjerenstvo za granice **dužno** je prijedlog granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene **staviti na javni uvid** na oglasnu ploču i mrežne stranice jedinice područne (regionalne) samouprave i jedinice lokalne samouprave za čije područje se predlaže granica pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene (čl. 23., st. 1. ZPDML). Javni uvid u prijedlog granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene **traje 30 dana**. (čl. 23., st. 1. ZPDML).

¹² Npr. Jadranska magistrala.

¹³ Npr. zidine grada Dubrovnika.

Sudionici sudjeluju u javnoj raspravi tako da: 1. imaju pravo pristupa na javni uvid u prijedlog granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene, 2. daju pisane prijedloge i primjedbe upravnom tijelu za vrijeme trajanja javnog uvida. (čl. 23., st. 3. ZPDML). Pisane prijedloge i primjedbe upravno tijelo dostavlja Županijskom povjerenstvu za granice pomorskog dobra koje je dužno obraditi zaprimljene prijedloge i primjedbe iznesene u javnoj raspravi i pripremiti izvješće o javnoj raspravi (čl. 23., st. 5. ZPDML).¹⁴

Izvješće o javnoj raspravi o prijedlogu granice pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene sadrži osobito: 1. podatke iz objave javne rasprave, 2. popis sudionika u javnoj raspravi, 3. popis sudionika u javnoj raspravi čiji su prijedlozi i primjedbe prihvaćeni, 4. prijedloge i primjedbe sudionika u javnoj raspravi koji nisu prihvaćeni ili su djelomično prihvaćeni s razlozima neprihvatanja i 5. popis sudionika u javnoj raspravi čiji prijedlozi i primjedbe nisu razmatrani zbog razloga propisanih ZPDML (čl. 23., st. 6. ZPDML). To se izvješće objavljuje na oglasnoj ploči i mrežnim stranicama jedinice područne (regionalne) samouprave i jedinice lokalne samouprave za čije područje se predlaže granica pomorskog dobra i lučkog područja luke posebne namjene (čl. 23., st. 7. ZPDML).

2.4. Određivanje granice lučkog područja luke posebne namjene

Granica lučkog područja luke posebne namjene obuhvaća pojas kopna uz more i dio morskog prostora koji je dokumentima prostornoga uređenja planiran kao luka posebne namjene (čl. 24., st. 1. ZPDML). Granicom lučkog područja luke posebne namjene *na kopnu* obuhvaća se prostor potreban za obavljanje djelatnosti sukladno namjeni luke te ostalih pratećih sadržaja (čl. 24., st. 2. ZPDML). Granica lučkog područja luke posebne namjene *na moru* obuhvaća morski prostor koji omogućava siguran manevar plovnihi objekata za koje je luka namijenjena (čl. 24., st. 3. ZPDML).

U slučaju izmjene dokumenata prostornoga uređenja Ministarstvo pomorstva, na prijedlog Županijskog povjerenstva za granice pomorskog dobra, može donijeti **rješenje o izmjeni granice** lučkog područja. Navedeno ne utječe na stečena prava koncesionara te je neovisno o izmjeni dokumenata prostornoga uređenja dopuštena rekonstrukcija građevina na koncesijskom

¹⁴ Pisani prijedlozi i primjedbe koji nisu dostavljeni u roku ili nisu čitljivo napisani ne moraju se uzeti u obzir u pripremi izvješća o javnoj raspravi (čl. 23., st. 4. ZPDML).

području (čl. 24., st. 4. ZPDML). Žalba protiv ovog rješenja nije dopuštena, ali se može pokrenuti **upravni spor** (čl. 24., st. 6. ZPDML).

Ako se izmijene dokumenti prostornoga uređenja tako da luka više nije planirana, onaj dio dosadašnjeg lučkog područja koji ne predstavlja pomorsko dobro iz čl. 6. ZPDML-a, evidentirat će se u katastru i zemljišnoj knjizi kao vlasništvo Republike Hrvatske (čl. 24., st. 5. ZPDML).

2.5. Sadržaj rješenja o određivanju granice pomorskog dobra i granice lučkog područja luke posebne namjene

Rješenje o određivanju granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene u izreci **mora sadržavati**: 1. naziv katastarske općine za koju se provodi postupak, 2. mikrolokaciju za koju se provodi postupak, 3. broj katastarske čestice, prema podacima iz katastra i zemljišne knjige, koja je obuhvaćena određenom granicom u pojas pomorskog dobra odnosno lučkog područja, 4. popis točaka i njihovih koordinatnih vrijednosti određene granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja, 5. obvezu izrade geodetskog elaborata u svrhu provedbe rješenja o određivanju granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene, 6. navod da nekretnina gubi status pomorskog dobra ako se dio nekretnine prema kriterijima iz ZPDML iznimno treba izuzeti iz pomorskog dobra i 7. nalog zemljišnoknjižnom sudu da izvrši upis prava vlasništva u korist Republike Hrvatske na nekretnini koja gubi status pomorskog dobra (čl. 25., st. 1. ZPDML).¹⁵ Ako se određuje granica luke posebne namjene, potrebno je, u izreci rješenja, utvrditi koje su nekretnine pomorsko dobro po samom zakonu, a koje to postaju zbog provedbe dokumenata prostornog uređenja radi izgradnje luke. Isto se odnosi na proširenje luke (čl. 20., st. 5. ZPDML).

Žalba protiv rješenja o određivanju granice nije dopuštena, ali se može pokrenuti **upravni spor** (čl. 25., st. 3. ZPDML).

Ministarstvo pomorstva dužno je izvršno rješenje **o određivanju granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene** javno objaviti na službenim mrežnim stranicama (čl. 26. ZPDML).

¹⁵ Sastavni dio rješenja je geodetska snimka područja i digitalni ortofotoplan s preklapom katastarskog plana, legendom, ovjerom od strane Županijskog povjerenstva za granice pomorskog dobra te ucrtanom crtom srednjih viših visokih voda, crtom koja označava zakonski minimum širine kopnenog dijela pomorskog dobra te linijom određene granice (čl. 25., st. 2. ZPDML).

Troškove izrade prijedloga granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene i *izrade geodetskog elaborata* na temelju izvršnog rješenja kojim je određena granica pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene **snosi** nadležna jedinica područne (regionalne) samouprave (čl. 27. ZPDML).

3. EVIDENTIRANJE POMORSKOG DOBRA (KATASTARSKA EVIDENCIJA I UPIS POMORSKOG DOBRA U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI)¹⁶

Evidentiranje pomorskog dobra tj. upis statusa pomorskog dobra provodi se u zemljišnoj knjizi i katastru (čl. 10., st. 3. ZPDML).

Evidentiranje pomorskog dobra u zemljišnoj knjizi preduvjet je za donošenje obavijesti o namjeri davanja koncesije i donošenje odluke o posebnoj upotrebi (čl. 10., st. 5. ZPDML). Međutim, raspolaganje pomorskim dobrom moguće je u dva slučaja, iako ono nije upisano u bazi zemljišnoknjižnih podataka. Prvi izuzetak se odnosi na slučaj posebne upotrebe za infrastrukturne građevine tijela državne uprave ili pravnih osoba koje imaju javne ovlasti (čl. 10., st. 5. ZPDML), dok drugo odstupanje obuhvaća slučaj kada je nedvojbeno da su nekretnine koje se daju u koncesiju u statusu pomorskog dobra iz čl. 6. (čl. 10., st. 7. ZPDML).

Koncesija na pomorskom dobru, kao i druga prava mogu se dati iako nekretnina nije u zemljišnoj knjizi evidentirana kao pomorsko dobro ako nema dvojbi da se radi o pomorskom dobru po samom zakonu (čl. 10., st. 8. ZPDML). Ova se odredba primjenjuje osobito na postojeće luke, kao i na plaže, lukobrane, gatove, molove i druge dijelove morske obale čija oznaka kulture odnosno namjene upućuje na to da se radi o pomorskom dobru po samom zakonu i koje je u općoj uporabi, neovisno o upisu u zemljišnoj knjizi (čl. 10., st. 9. ZPDML).

¹⁶ Danom stupanja na snagu ZPDML-a prestao je važiti *Pravilnik o evidentiranju i obilježavanju pomorskog dobra* („Narodne novine RH“, br. 29/05.) - čl. 232., toč. 1. ZPDML. Više o pravilniku **Jakob Nakić: Određivanje granice pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj - de lege lata i de lege ferenda**, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2012., str. 229. - 234., **Julia Vladušić: Evidentiranje pomorskog dobra u hrvatskom pravu**, (magistarski rad), Pravni fakultet, Split, 2008., str. 48. - 56., **Sanja Ljubetić: Pomorsko dobro i zemljišne knjige**, Pravni fakultet, Zagreb, 2019., str. 51. - 60. O katastru pomorskog dobra detaljnije **Veljko Flego: Model integriranog upravljanja pomorskim i kopnenim područjima kao osnova interoperabilnosti upisnika**, (doktorska disertacija), Geodetski fakultet, Zagreb, 2018., str. 50. - 53.

3.1. Katastarska evidencija pomorskog dobra

3.1.1. Izrada, pregled i potvrđivanje geodetskog elaborata

Na temelju rješenja o određivanju granice (pomorskog dobra odnosno lučkog područja luke posebne namjene) nadležno upravno tijelo regionalne samouprave dužno je u roku od 90 dana od dana dostave naručiti izradu **geodetskog elaborata** (čl. 29., st. 1. ZPDML), a županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra, na zahtjev izrađivača geodetskog elaborata, **potvrđuje**¹⁷ da je geodetski elaborat izrađen u skladu s izvršnim rješenjem o određivanju granice (čl. 29., st. 2. ZPDML). Po ishodu navedene potvrde upravno tijelo dužno je rješenje o određivanju granice pomorskog dobra **dostaviti** nadležnom uredu za katastar radi pregleda i potvrde (čl. 29., st. 3. ZPDML). O pregledanom i potvrđenom geodetskom elaboratu nadležni ured za katastar po službenoj dužnosti **obavještava** upravno tijelo i nadležno općinsko državno odvjetništvo (čl. 29., st. 4. ZPDML).

3.1.2. Provedba geodetskog elaborata u katastru

Nakon zaprimanja geodetskog elaborata, nadležno općinsko državno odvjetništvo dužno je u roku od 30 dana od dana zaprimanja, podnijeti zahtjev nadležnom uredu za katastar za **provedbu geodetskog elaborata** (čl. 30., st. 1. ZPDML).¹⁸ O provedenom geodetskom elaboratu nadležni ured za katastar rješenjem obavještava upravno tijelo i nadležno općinsko državno odvjetništvo (čl. 30., st. 2. ZPDML). Također, ured za katastar po službenoj dužnosti **obavještava** nadležni zemljišnoknjižni odjel općinskog suda (čl. 30., st. 5. ZPDML), a ta se obavijest provodi **prijavnim listom** za zemljišnu knjigu, kopijom katastarskog plana s ucrtanim dotadašnjim i novo uspostavljenim stanjem i primjerkom izvršnog rješenja o određivanju granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja (čl. 30., st. 6. ZPDML).

Ako se geodetskim elaboratom na područjima koja do tada nisu bila evidentirana u katastru i zemljišnoj knjizi osnivaju **nove** katastarske čestice *u pojasu pomorskog dobra*, nove katastarske čestice upisat će se u katastar kao

¹⁷ Ova potvrda **nije** upravni akt (čl. 29., st. 5. ZPDML-a).

¹⁸ Geodetski elaborat mora biti izrađen u skladu s odredbama **Zakona o državnoj izmjeri i katastru nekretnina** („Narodne novine RH“, br. 120/18. i 39/22.), te **Pravilnika o geodetskim elaboratima** („Narodne novine RH“, br. 59/18. i 112/18.).

pomorsko dobro (čl. 30., st. 3. ZPDML). Ako se geodetskim elaboratom na područjima koja do tada nisu bila evidentirana u katastru i zemljišnim knjigama osnivaju **nove** katastarske čestice *izvan pojasa pomorskog dobra*, nove katastarske čestice upisat će se u katastar kao **vlasništvo** Republike Hrvatske (čl. 30., st. 4. ZPDML).

3.1.3. Suglasnost na geodetske elaborate

Ministarstvo pomorstva daje suglasnosti na geodetske elaborate čija je provedba posredno ili neposredno vezana za pomorsko dobro, za nekretnine koje su u službenim evidencijama katastra i zemljišnih knjiga upisane kao pomorsko dobro te za sve nekretnine koje predstavljaju pomorsko dobro prema članku 6. ZPDML-a, a još nisu kao takve upisane kao pomorsko dobro (čl. 31. ZPDML-a).

3.2. Upis pomorskog dobra u zemljišnu knjigu

3.2.1. Provedba geodetskog elaborata u zemljišnoj knjizi.

Nadležni zemljišnoknjižni odjel općinskog suda **provodi** prijavni list po službenoj dužnosti (čl. 32., st. 1. ZPDML) osnivanjem katastarskih čestica te dijeljenjem katastarskih čestica tako da katastarske čestice nastale diobom ostaju u sastavu zemljišnoknjižnih uložaka, dok se iz njih ne otpišu (čl. 32., st. 2. ZPDML). O provedbi prijavnog lista u zemljišnoj knjizi nadležni zemljišnoknjižni odjel općinskog suda **obavještava** upravno tijelo, nadležno državno odvjetništvo i nadležni katastarski ured (čl. 32., st. 3. ZPDML). Zahtjev za otpisivanjem katastarskih čestica koje ulaze u pojas pomorskog dobra iz postojećih zemljišnoknjižnih uložaka podnosi nadležno općinsko državno odvjetništvo, a prema popisu katastarskih čestica koji je sastavni dio geodetskog elaborata (čl. 32., st. 4. ZPDML).

3.2.2. Način upisa u zemljišnu knjigu

Pomorsko dobro upisuje se u zemljišnu knjigu na sljedeći način (čl. 33. ZPDML):

- u posjedovnicu (list »A«) zemljišnoknjižnog uložka upisuju se podaci iz prijavnog lista o namjeni korištenja,
- u vlastovnicu (list »B«) upisuje se oznaka »pomorsko dobro«,
- u teretovnicu (list »C«) upisuju se zabilježba ugovora o koncesiji, za-

bilježba ugovora o posebnoj upotrebi, zabilježba postupka utvrđivanja granice pomorskog dobra te sve druge zabilježbe propisane posebnim zakonom.¹⁹

Što se tiče pretpostavki za upis pomorskog dobra, taj će se upis provesti na temelju akta o određivanju granice pomorskog dobra odnosno lučkog područja i potvrđenog prijavnog lista bez tereta i bez obzira na postojeće upise u zemljišnoj knjizi (čl. 34. ZPDML-a).

4. ZAKLJUČAK

Osnovna svrha i cilj određivanja granice pomorskog dobra je upis statusa pomorskog dobra na nekretninama koje sukladno ZPDML predstavljaju pomorsko dobro. Pri tome se razlikuje granica pomorskog dobra kao višeg rodnog pojma od granice lučkog područja, koja se s granicom pomorskog dobra može, ali ne mora poklapati. Granica pomorskog dobra razgraničava kopneni dio pomorskog dobra od kopna u vlasničkom režimu, dok granica lučkog područja predstavlja crtu kojom se određuje pojas kopna i mora koji čini luku, a ta granica mora odgovarati obuhvatu luke kako je planiran dokumentima prostornog uređenja. Upravo zbog toga što te dvije granice nisu nužno podudarne, uvedena je obveza određivanja granice pomorskog dobra prije određivanja granice lučkog područja.

Postupak određivanja granice pomorskog dobra i granice lučkog područja propisan je kao upravni postupak, koji se pokreće na prijedlog županijskog povjerenstva za granice pomorskog dobra, dok konačno rješenje donosi Ministarstvo pomorstva. Županijsko povjerenstvo za granice pomorskog dobra obvezno je izrađivati prijedloge granica za cijeli obalni pojas katastarske općine, a sve kako bi se cijeli obalni pojas promatrao kao cjelina i čime bi se posljedično osigurala ujednačenost u sagledavanju obalnog pojasa. Zakonodavac propisuje široki krug načelnih kriterija kojima se treba voditi prilikom određivanja granice pomorskog dobra. Razlog je raznolikost hrvatske obale, pa se županijskom povjerenstvu dopušta da prilikom predlaganja granice, primjeni onaj kriterij koji će osigurati da se granicom obuhvati upravo dio kopna koji odgovara definiciji pomorskog dobra.

ZPDML detaljno propisuje katastarsku evidenciju i upis pomorskog dobra u zemljišnoj knjizi, a glavnu ulogu imaju upravna tijela jedinice regionalne samouprave, nadležno državno odvjetništvo i nadležni katastarski

¹⁹ Taj poseban propis je *Zakon o zemljišnim knjigama* („Narodne novine“, br. 63/19. i 128/22.).

ured. Pri tome je bitna izrada, pregled, potvrđivanje i provedba geodetskog elaborata, a upis pomorskog dobra se provodi na temelju akta o određivanju granice pomorskog dobra i potvrđenog prijavnog lista bez tereta i bez obzira na postojeće upise.

LITERATURA:

1. Dragan Bolanča - Petra Amižić Jelovčić: *Pomorsko pravo*, Pravni fakultet, Split, 2023.
2. Dragan Bolanča: *Osnovne značajke Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003 godine*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1-2, 2004.
3. Dragan Bolanča: *Pomorsko dobro Republike Hrvatske (pojam, sadržaj i status)*, "Pravna riječ", Banja Luka, br. 69, 2024.
4. Dorotea Ćorić: *Granice pomorskog dobra u Primorsko-goranskoj županiji*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 159., 2005.
5. Sandra Debeljak Rukavina: *Određivanje granica i katastar pomorskog dobra*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorsko dobro u fokusu znatnosti i pragme", Rijeka, 2005.
6. Damir Delač: *Metodologija geodetskog određivanja granice pomorskog dobra na morskoj obali*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorsko dobro", Zagreb, 2005.
7. Boris Fantulin: *Utvrđivanje granice pomorskog dobra u okviru zakonske definicije*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorsko dobro", Zagreb, 2006.,
8. Veljko Flego: *Model integriranog upravljanja pomorskim i kopnenim područjima kao osnova interoperabilnosti upisnika*, (doktorska disertacija), Geodetski fakultet, Zagreb, 2018.
9. Branko Kundih: *Hrvatsko pomorsko dobro u teoriji i praksi*, Hrvatski hidrografski institut, Rijeka, 2005.
10. Branko Kundih: *Određivanje granica pomorskog dobra de lege ferenda*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorsko dobro", Zagreb, 2005.
11. Sanja Ljubetić: *Pomorsko dobro i zemljišne knjige*, Pravni fakultet, Zagreb, 2019.
12. Jakob Nakić - Vanja Seršić: *Određivanje granice pomorskog dobra prema Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama*, "Hrvatska pravna revija", Zagreb, br. 12, 2004.

13. Jakob Nakić: *Određivanje granice pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj - de lege lata i de lege ferenda*, (doktorska disertacija), Pravni fakultet, Split, 2012.
14. Jakob Nakić - Vanja Seršić: *Pomorsko dobro jučer, danas i sutra*, Zbornik radova sa Četvrtog znanstveno-stručnog skupa "In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid - Aktualnosti građanskog prava, prava u turizmu, pomorskog prava, prava mora i upravnog prava", Rab, 2013.
15. Nina Perko - Natalija Kavran - Slavko Filipović Grčić: *Želite li marinu? Postupak de lege lata*, Zbornik radova Okruglog stola „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Zagreb, 2018.
16. Vanja Seršić: *Razgraničenje između jedinica lokalne samouprave na moru*, Zbornik radova "In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid Rab 2010. - 2012.", Split, 2012.
17. Julia Vladušić: *Određivanje granica pomorskog dobra u hrvatskom pravu*, Zbornik radova sa hrvatsko-francuskog savjetovanja "Pravo i vrednovanje javnih dobara", Split, 2008.
18. Julia Vladušić: *Određivanje granica pomorskog dobra u hrvatskom pravu*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 2, 2009.
19. Julia Vladušić: *Evidentiranje pomorskog dobra u hrvatskom pravu*, (magistarski rad), Pravni fakultet, Split, 2008.

Dragan Bolanča²⁰

**THE PROCEDURE FOR DETERMINING BOUNDARY AND
REGISTRATION (CADASTRAL AND LAND REGISTER) OF
MARITIME DOMAIN IN REPUBLIC OF CROATIA**

Abstract: *The new Croatian Act of Maritime Domain and Sea Ports came into force on July 23. 2023. In this paper the author describes elementary significance of procedure for determining boundary and registration (cadastral and land register) of maritime domain in Republic of Croatia. All the registrations of maritime domain in the land registers are slow, which causes a great deal of problems for the concessions, because the existing*

20 Full professor with permanent title, Faculty of Law, University of Split (Croatia)

regulation establishes that the registration in the land register is needed in order to decide and give a concession. However, Croatian legislator does not even mention the competent body for, of the way of, establishing or keeping a register of the marine and submarine parts of the maritime domain in which concessions can be given for different purposes.

Key words: *Republic of Croatia, maritime domain, boundary, cadastral, land register*

UDK 347.952(497.7):[340.134:347.952

doi 10.7251/PR7125229J

Originalni naučni članak

**USTANOVA PROTIVIZVRŠENJA U PRAVU REPUBLIKE
SEVERNE MAKEDONIJE
- otvorena pitanja i dileme u praksi –**

**Prof. dr. Arsen Janevski¹
Prof. dr. Milka Rakočević²**

Apstrakt: Protivizvršenje je klasična ustanova izvršnog prava standardizovana u cilju obezbeđivanja sažetog i efikasnog načina pravne zaštite dužnika protiv poverioca zbog sticanja bez osnova do kojeg je došlo prilikom prisilnog ostvarenja poveriočevog potraživanja u postupku izvršenja. Povod za razmatranje ustanove protivizvršenja su određena pitanja i dileme u odnosu na postupak protivizvršenja usled prakse Vrhovnog suda Republike Severne Makedonije povodom postupanja po reviziji kao vanrednom pravnom leku, izjavljenog u postupku po predlogu za protivizvršenje. Sudska praksa otvorila je pitanje kakav je karakter ovog postupka, po kojim pravilima postupaju sudovi u ovom postupku i da li je dozvoljena revizija u postupku po predlogu za protivizvršenje.

Ključne riječi: protivizvršenje, izvršni postupak, parnični postupak, vanredni pravni lekovi

¹ Prof. dr. Arsen Janevski, redovni profesor u penziji na Pravnom fakultetu „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Ćirili Metodij“ u Skoplju, Bul. Goce Delčev 9b, 1000 Skoplje, Republika Severna Makedonija, e-mail: arsen.janevski@gmail.com.

² Prof. dr. Milka Rakočević, redovni profesor na Pravnom fakultetu „Justinijan Prvi“, Univerzitet „Sv. Ćirili Metodij“ u Skoplju, Bul. Goce Delčev 9b, 1000 Skoplje, Republika Severna Makedonija, e-mail: m.rakocevic@pf.ukim.edu.mk.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Moguće su situacije kada je izvršenje zakonito sprovedeno, ali je nakon okončanja izvršnog postupka otpao pravni osnov za sprovođenje izvršenja ili je dužnik dva puta izmirio svoj dug prema poveriocu jer je pre početka izvršenja već namirio njegovo potraživanje. Iako je u ovim situacijama izvršenje zakonito spovedeno, ishod sprovedenog izvršenja je nezakonit jer je poverilac bez pravnog osnova stekao deo imovine dužnika. Otuda i potreba za mehanizmom uspostavljanja pravnog i činjeničnog stanja koje je postojalo pre izvršenja.

Redovan i tipičan način pravne zaštite kada je reč o sticanju bez osnova je parnica zbog sticanja bez osnova. Sa druge strane, protivizvršenjem je uspostavljen efikasniji i svrsishodniji zaštitni mehanizam koji služi za postizanje istog cilja.³ Ipak, protivizvršenje nije mehanizam koji obuhvata sve situacije sticanja bez osnova u postupku izvršenja, niti je takva zaštita u ovom postupku uvek moguća. U takvim slučajevima, dužniku je otvoren put da zaštitu traži tužbom u parničnom postupku.

U pravu Republike Severne Makedonije, protivizvršenje je normirano u Zakonu o izvršenju.⁴ Smisao pravne institucionalizacije ove ustanove je uspostavljanje jednog sumarnog i prilično efikasnog postupka kako bi se vratilo ono što je stečeno bez pravnog osnova. Kao ustanovom izvršnog prava, protivizvršenjem se uspostavlja mehanizam ostvarivanja zahteva izvršnog dužnika protiv izvršnog poverioca iz pravnog odnosa sticanja bez osnova do kojeg je došlo u postupku sprovođenja izvršenja.⁵

Normativno uređenje i kontura ove ustanove nisu se menjali kroz .Protivizvršenje se tretiralo kao jedan kognicijski postupak, adhezijskog i incidentalnog karaktera koji se nastavlja na sprovedeni izvršni postupak kao njegov

³ Detaljnije, Станковић Гордана, Противизвршење, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 40/41 (2000-2001): 24.

⁴ Zakon za izvršivanje („Сл. весникнаРМ“ бр.72/16, 142/16, 233/18, 14/20 i 154/2023, Одлука Уставног суда У. бр.143/2016 од 29.11.2017 године („Сл. весникнаРМ“ бр.178/17), Одлука Уставног суда У. бр.135/2016 од 24.01.2018 године („Сл. весникнаРМ“ бр.26/18) i Одлука Уставног суда У.бр.94/2019 од 12.05.2020 године), у даљем тексту ЗИ.

⁵ Правилима извршног права се не може дати извршном дуžнику више или нешто друго од онога што му припада по правилима одговарајућих института облигационог или другог права. Може се прописати само другаџији пут остваривања захтева. Противизвршење је управо то – процесни институт који пружа извршном дуžнику правну заштиту у ситуацији када је у извршном поступку на његов терет настало обогачење без основа у корист извршног повериоца.Опширнје Боривој Старовић, *Коменар Закона о извршном поступку*, Београд2007, стр. 245-246.

funkcionalni deo, gde izvršni dužnik, uz ispunjenje određenih pretpostavki, osigurava kondemnaciju protiv izvršnog poverioca za vraćanje onoga što je neosnovano stekao izvršenjem, da bi zatim u jednom funkcionalno odvojenom izvršnom postupku prisilno ostvario tu kondemnaciju.⁶ Protivizvršni kognicijski postupak pokretao se u okviru izvršnog postupka čije je sprovođenje dalo povoda za njegovo pokretanje i to kao specifični, adhezijski, incidentalni postupak gde je dolazilo do potpune atrakcije nadležnosti za vođenje tog postupka.⁷

Ovakvo konceptualno uređenje protivizvršenja bilo je sasvim u redu dok je izvršni postupak bio sudski postupak. Međutim, imajući u vidu da je Republika Severna Makedonija od 2005. godine napustila sudski sistem izvršenja i suštinski reformisala koncept prisilnog izvršenja, uvođenjem privatnih izvršitelja⁸, ova fizionomija protiv izvršenja nije sasvim odgovarala novom sistemu izvršenja. Zbog toga, otvorila su se brojna pitanja u praktičnoj primeni ove ustanove budući da je zakonodavac prilikom normiranja protivizvršenja u Zakonu o izvršenju iz 2005. godine bukvalno preuzeo stara rešenja iz prethodnih zakona sa određenim suštinski neznčajnim izmenama, pritom ne uzimajući u obzir implikacije koje se mogu javiti prilikom njihove implementacije u okviru novog sistema prisilnog izvršenja. Zakonom o izvršenju iz 2016. godine otklonili su se određeni propusti i uvele su se bitne izmene u odnosu na protivizvršenje⁹, međutim i dalje su ostala neuređena određena suštinska pitanja koja su otvorila dileme kako postupati u konkretnim slučajevima protivizvršenja. U tom kontekstu, najaktuelnije pitanje u ovom momentu je sistem pravnih lekova budući da je sudska praksa Vrhovnog suda Severne Makedonije otvorila pitanje dozvoljenosti revizije u postupku po predlogu za protivizvršenje.

2. PROTIVIZVRŠENJE PREMA ZI 2005 I ZI 2016

Glava 10 ZI uređuje ustanovu protivizvršenja tako što normira pretpostavke za dozvoljenost protivizvršenja, razloge za protivizvršenje, odnos protivizvršenja sa tužbom zbog sticanja bez osnova, određena pravila vezano uz postupak po predlogu za protivizvršenje i pitanje kada protivizvršenje nije moguće.

⁶ Opširnije Mihajlo Dika, Građansko ovršno pravo, I. Knjiga, opće građansko ovršno pravo, Zagreb 2007, str. 423-424.

⁷ Tako, M. Dika, *op. cit.*, str. 424.

⁸ Čl. 31. u vezi sa čl. 3. ZI 2005. odnosno čl. 3. u vezi sa čl. 32. ZI 2016.

⁹ Detaljnije Арсен Јаневски, Татјана Зороска Камиловска, Милка Ракочевиќ, Новините во Законот за извршување од 2016. година со измените и дополнувањата од 2018 и 2020 година, Скопје 2021, str. 43-44.

Imajući u vidu pitanja koja uređuje ZI, reč je samo o fragmentarnom uređenju ove ustanove što otvara određene dileme u praktičnoj implementaciji, budući da ZI nije uredio pitanje supsidijerne primene određenog procesnog zakona u postupku po predlogu za protivizvršenje.

Naime, u čl. 10 ZI koji normira supsidijernu primenu Zakona o parničnom postupku¹⁰ predviđeno je da se odredbe ZPP na odgovarajući način primenjuju kada je u pitanju „sprovođenje izvršenja“ ako ZI ili drugim zakonom nije drugačije propisano, što ne podrazumeva i postupak protivizvršenja, jer se ovaj postupak ne smatra segmentom sprovođenja izvršenja. Nedostatak takve odredbe kada je reč o protivizvršenju reflektovalo se negativno u praktičnoj primeni ove ustanove budući da je samo parcijalno uređenje određenih pravila koja se tiču postupka protivizvršenja otvorilo pitanja kakav je karakterovog postupka, po kojim pravilma postupaju sudovi u ovom postupku, kako je koncipiran sistem pravnih lekova i sl., što je pokazala i sudska praksa u pojedinim slučajevima protivizvršenja, o čemu će biti reč u daljem tekstu ovog rada.

Kada je reč o pretpostavkama dozvoljenosti protivizvršenja, prva specifičnost u tom kontekstu je da je izvršenje već sprovedeno. Treba smatrati da je izvršenje sprovedeno preduzimanjem poslednje radnje izvršenja kojom se u celini ili delimično namiruje potraživanje poverioca. Ovde se postavlja pitanje šta ako tokom sprovođenja izvršenja postoje razlozi zbog kojih se postupak obustavlja, na pr. pravni osnov više ne postoji (izvršna isprava je pravosnažno ukinuta), a dužnik je do tog trenutka namirio samo deo potraživanja, u slučaju da se namirenje realizuje sukcesivno (na pr. kod izvršenja na plati ili penziji). Prema ZI, u tom slučaju izvršitelj obustavlja izvršenje po službenoj dužnosti (arg ex. čl. 93 st. 1 ZI). Ako se namirenje sprovodi sukcesivno, treba smatrati da je izvršenje sprovedeno tek kada je potraživanje u celosti namireno, odnosno kada je izvršenje okončano iz drugih razloga pre nego što se to desi. Imajući ovo u vidu, smatramo da će u takvom slučaju protivizvršenje biti dozvoljeno. U prilog tome ide i st. 2 iz člana 88 ZI u kome stoji da dužnik protivizvršenjem zahteva od poverioca da mu vrati „ono što je dobio izvršenjem“. Predlog za protivizvršenje se podnosi nakon sprovedenog izvršenja, što znači kada je preduzeta poslednja izvršna radnja kojom je namireno potraživanje poverioca ili kada je dalje sprovođenje izvršenja obustavljeno iz drugih razloga, pod pretpostavkom da je poverilac do tog trenutka već namiren, u celini ili delimično.

¹⁰ Zakon o parničnom postupku („Сл. весник на РМ“ br. 35/05, 50/06, 129/06, 8/08, 83/09, 50/10, 83/10, 88/10, 171/10, 148/11 i 137/13), u daljem tekstu ZPP.

Druga specifičnost u odnosu na dozvoljenost protivizvršenja je blagovremeno podnošenje predloga za protivizvršenje nadležnom organu. Mogućnost da se traži protivizvršenje je vremenski ograničena. ZI predviđa subjektivni rok od 30 dana od dana kada je dužnik saznao za razlog protivizvršenja i objektivni rok od godinu dana od dana kada je okončano izvršenje.¹¹ Imajući u vidu da su ovi rokovi prekluzivni, sud će rešenjem odbaciti svaki neblagovremeni predlog za protivizvršenje.

Sledeća specifičnost je da je postupak protivizvršenja iniciran pred nadležnim organom. Prema ZI 2005. godine, nadležan da postupa po predlogu za protivizvršenje bio je sud ili organ koji je doneo izvršnu ispravu. Ovo rešenje je bilo kritikovano od stručne javnosti i smatralo se diskutabilnim imajući u vidu „organe“ koji mogu da kreiraju izvršnu ispravu i njihovo postupanje u postupku protivizvršenja.¹² Zakonom iz 2016 je propisana isključiva nadležnost suda, što je potpuno opravdano rešenje. Međutim, sa druge strane, ZI je propustio da uredi pitanje stvarne, mesne i funkcionalne nadležnosti suda, što je trebalo jasno odrediti, jer se radi o osnovnoj procesnoj pretpostavci za valjanost postupka protivizvršenja. U nedostatku izričite odredbe, moguća su dva rešenja – da bude nadležan sud koji je doneo izvršnu ispravu odnosno sud na čijem je području imenovan javni beležnik odnosno na čijem je području sedište drugog nadležnog organa koji je doneo izvršnu ispravu ili da bude nadležan sud na čijem se području sprovodi izvršenje. Iako je organizacija sudova kod nas koncipirana tako što postoje samo sudovi opšte nadležnosti, na području grada Skoplja postoji *de facto* specijalizacija sudova, jer je na ovom području izvršena je podela sudova na građanski i krivični (Osnovni građanski sud Skoplje i Osnovni krivični sud Skoplje). Ako se prihvati prvo rešenje, to znači da bi nadležan da postupa po predlogu za protivizvršenje mogao da bude i krivični sud ako je izvršna isprava doneta u krivičnom postupku, što se čini kao neizdržano rešenje da u jednom klasičnom građanskom kognicijskom postupku postupa krivični sud. Iz tog razloga, čini se da je drugo rešenje

¹¹ U ZI 2005. subjektivni rok je iznosio mesec dana. ZI 2016. je umesto roka koji se računa u mesecima, kao svrsishodnije rešenje predvideo rok koji se računa u danima.

¹² Ukazivano je da se pomenuto rešenje može problematizirati u praksi kada je organ koji je doneo izvršnu ispravu prestao da postoji, na primer kada je reč o *ad hoc* arbitražama. Detaljnije kod Arsen Janevski, Tatjana Zoroska Kamilovska, Protivizvršenje u Republici Makedoniji, problemi i dileme, Nova pravna revija, 1/2011, Godina 2, 2011, str. 37. Isto tako, budući da je jedan deo postupka protivizvršenja kognicijske prirode i eventualno spornog karaktera, upitno je bilo i postupanje javnog beležnika u ovom postupku, budući da javni beležnik postupa u domenu tz. preventivne pravne zaštite.

svrsishodnije – da po predlogu za protivizvršenje postupa sud na čijem se području sprovodi izvršenje.¹³

U pogledu razloga za protivizvršenje, ZI predviđa dva razloga zbog kojih se može tražiti protivizvršenje – ukidanje pravnog dejstva izvršne isprave i dvostruko namirenje potraživanja.¹⁴ U odnosu na prvi razlog, izvršenje se može sprovesti samo na osnovu perfektne izvršne isprave. Ako se izvršnoj ispravi oduzme pravno dejstvo tako što je ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage, onda ta isprava više ne može biti pravni osnov za prinudno izvršenje.¹⁵ Drugi razlog je korektiv u odnosu na situacije kada je dužnik već ispunio svoju obavezu pre početka izvršenja, a pored toga još jednom namirio potraživanje poverioca u postupku prinudnog izvršenja, što znači da je dužnik oštećen zbog dvostrukog namirenja poverioca.¹⁶

Za razliku od ZI 2005, ZI 2016 je uredio i odnos između dva mehanizma koji dužniku omogućavaju da vrati ono što mu je izvršenjem oduzeto, a to su protivizvršenje i tužba zbog sticanja bez osnova. Odnos je uređen tako što se protivizvršenju daje vremenski i objektivno funkcionalni ekskluzivitet tako što dužnik ne može pre isteka subjektivnog i objektivnog roka da ostvarisvoje potraživanje u parničnom postupku, osim ako se protivizvršenjem traži vraćanje predmeta na kom su nastale takve stvarne ili pravne promene da vraćanje više nije moguće ili ako je tužba podneta iz razloga koji ZI nije predvideo kao razlog zbog kojeg se može tražiti protivizvršenje.¹⁷

Po utemeljenoj definiciji, postupak po predlogu za protivizvršenje se sastoji od dva posebna stadijuma, tz. kognicijski stadijum, gde sud odlučuje o osnovanosti predloga za protivizvršenje, i tz. egzekucijski stadijum, koji podrazumeva prisilno sprovođenje protivizvršenja na osnovu pravosnažne i izvršne sudske odluke kojom se usvaja predlog za protivizvršenje. Imajući u vidu naš sistem izvršenja i činjenicu da se tz. kognicijski i egzekucijski „stadijum“ postupka sprovode pred različitim organima, upitno je da li možemo da

¹³ Ovakvo rešenje je prihvaćeno i kod postupanja po prigovoru zbog nezakonitosti u izvršenju. Videti čl. 86 st. 1 ZI.

¹⁴ ZI 2005. je predviđao samo jedan razlog – ukidanje pravnog dejstva izvršne isprave, da bi ZI 2016. predvideo kao razlog i dvostruko namirenje potraživanja. Videti čl. 88 st. 1 ZI.

¹⁵ Pravosnažno ukidanje potvrde (klauzule) pravnosnažnosti i izvršnosti izvršne isprave ne predstavlja osnov za protivizvršenje. Pravno mišljenje Odeljenja za građanska dela Vrhovnog suda Makedonije od 09.07.2018. godine.

¹⁶ ZI predviđa da dužnik može da traži od poverioca da mu vrati ono što je dobio sa izvršenjem ako je pre početka prisilnog izvršenja namirio potraživanje poverioca.

¹⁷ Čl. 88 st. 3 u vezi sa čl. 90 ZI.

govorimo o posebnim stadijumima kroz koje se sprovodi protivizvršenje jer se više ne radi o jedinstvenom postupku koji se sprovodi pred istim organom. Iz tog razloga, čini se da je ispravnije reći da se protivizvršenje sprovodi u dva odvojena i funkcionalno različita postupka.

Protivizvršenje je postupak koji je u dispoziciji stranaka. Samo dužnik iz prethodno sprovedenog izvršenja može podneti predlog za protivizvršenje protiv poverioca iz istog postupka. I pravni sledbenici poverioca i dužnika mogu da se jave kao stranke u postupku ako je sukcesija utvrđena prema pravilima ZI o prenosu potraživanja ili obaveze.¹⁸

Postupak protivizvršenja se pokreće predlogom. Predlog za protivizvršenje treba da sadrži zahtev za vraćanje onoga što je poverilac neosnovano stekao sprovođenjem izvršenja, činjenice i dokaze iz kojih proizlazi pravo na protivizvršenje i osnovanost postavljenog zahteva. Sud ne može dosuditi ništa drugo i ništa više od onoga što se traži u predlogu. Dužnik uz predlog treba priložiti odgovarajuće dokaze – izvršnu ispravu, odluku kojom se izvršna isprava pravosnažno ukida, preinačuje, poništava ili stavlja van snage, ispravu kojom se dokazuje da je potraživanje namireno pre početka izvršenja, ispravu izvršitelja o tome šta je naplaćeno/namireno tokom izvršenja i sl. Ako je predlog blagovremen, dozvoljen i uredan, sud ga dostavlja poveriocu, ostavljajući mu rok od osam dana od dana dostavljanja da se o njemu izjasni. Dostavljanje odgovora zavisi od dispozicije poverioca. Ako poverilac u predviđenom roku podnese odgovor kojim osporava predlog, sud će po predlogu odlučiti rešenjem.¹⁹ ZI ne predviđa obavezno održavanje ročišta za raspravljanje o osnovanosti predloga. Sud, po pravilu, odlučuje na osnovu podataka iz spisa predmeta. Međutim, ZI ostavlja prostor da sud sam proceni, uzimajući u obzir činjenično stanje konkretnog predmeta, da li je potrebno održavanje ročišta.²⁰ ZI predviđa da sud rešenjem usvaja predlog za protivizvršenje ako poverilac ne dostavi odgovor, ako neblagovremeno dostavi odgovor ili ako se izjasni da se ne protivi predlogu. Stilizacija zakonskog teksta mogla bi dovesti do pogrešnog tumačenja da sud donosi pozitivnu odluku na osnovu izričite ili prećutne dispozicije poverioca, a da pri tome ne ispituje da li su ispunjeni uslovi za protivizvršenje.²¹ S tim u vezi, sud je dužan da u svakom slučaju, bez obzira na procesno ponašanje poverioca, ispita da li su ispunjeni uslovi

¹⁸ Videti čl. 19. ZI.

¹⁹ Čl. 89. st. 2. ZI.

²⁰ Čl. 89. st. 2. ZI.

²¹ *Arg. ex.* čl. 89. st. 3. ZI. Tako i Starović, Komenar Zakona o izvršnom postupku, str. 257.

za protivizvršenje. To znači da će sud doneti rešenje kojim se usvaja predlog za protivizvršenje samo ako osnovanost predloga proizlazi iz navoda i dokaza (priloga) podnetih uz predlog.

Ako je predlog osnovan, sud donosi rešenje kojim nalaže poveriocu da u roku od 15 dana vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem.^{22, 23} Donošenjem rešenja završava se kognicijski postupak protivizvršenja. Reč je o odluci kondemnatorne prirode koja ima karakter izvršne isprave. Ukoliko poverilac dobrovoljno ne vrati ono što je dobio izvršenjem, dužnik može da inicira postupak pred nadležnim izvršiteljem za prisilno ostvarenje njegovog potraživanja prema poveriocu utvrđenom u postupku protivizvršenja. Rešenje se izvršava prema odredbama ZI.²⁴

3. SISTEM PRAVNIH LEKOVA U POSTUPKU PROTIVIZVRŠENJA

Kao što smo mogli videti iz prethodnog izlaganja, kod protivizvršenja postoje određeni punktovi koji nisu do kraja uredjeni jasnim zakonskim pravilima a tiču se pojedinih pretpostavki za valjanost postupka i usled toga otvaraju pitanja u praktičnoj primeni. Međutim, čini se da najveću dilemu otvara sistem pravnih lekova. U ovom momentu, najaktuelnije pitanje koje otvara probleme u praksi je dozvoljenost revizije u postupku protivizvršenja.

Ono što se treba prvo potencirati to je da ZI uopšte ne reguliše pitanje pravnih lekova u postupku povodom predloga za protivizvršenje, kako redovnih tako i vanrednih.

U uslovima zakonske neuređenosti, izjavljivanje žalbe kao redovnog pravnog leka ne otvara problem budući da pravo na žalbu protiv rešenja po predlogu za protivizvršenje doneto u prvom stepenu proizlazi iz ustavnog načela dvostepenosti postupka.²⁵ U tom smislu, protiv rešenja kojim se predlog odbacuje kao nedozvoljen, neuredan ili neblagovremen, protiv rešenja kojim

²² *Arg. ex.* čl. 89 st. 3 ZI. Iako ZI izričito to ne predviđa, treba se smatrati da se rok od 15 dana računa od dana kada je rešenje uredno dostavljeno poveriocu.

²³ Iako ZI to izričito ne propisuje, u slučajevima kada je poverilac u toku izvršenja naplatio određenu sumu novca, u rešenju kojim se usvaja predlog, sud će na zahtev dužnika odrediti i naplatu zatezne kamate od dana naplate tog iznosa do dana vraćanja novca. Tako i АрсенЈаневски, ТатјанаЗороскаКамиловска, *op. cit.*, str. 82.

²⁴ Čl. 89 st. 4 ZI.

²⁵ Protiv odluka donetih u prvostepenom postupku pred sudom je zajamčeno pravo na žalbu. Amandman XXI tačka 1 Ustava Republike Makedonije kojim je zamenjen čl. 15 Ustava Republike Makedonije.

se predlog odbija kao neosnovan i protiv rešenja kojim se predlog usvaja kao osnovan, nezadovoljna stranka ima pravo žalbe prema odredbama procesnog zakona po kojima postupaju sud.

Što se tiče vanrednih pravnih lekova, situacija je daleko komplikovana jer upravo nedostatak zakonske norme, kako izričite tako i norme supsidijerne primene, otvara pitanje da li su uopšte u postupku protivizvršenja dozvoljeni vanredni pravni lekovi.

Dok je izvršni postupak bio u okviru sudske nadležnosti, ovo pitanje nije bilo problematizovano jer je Zakon o izvršnom postupku izričitom odredbom isključio mogućnost izjavljivanja vanrednih pravnih lekova. Protiv pravosnažne odluke donete u postupku izvršenja i obezbeđenja nije bila dozvoljena revizija niti ponavljanje postupka.²⁶

ZI iz 2005. godine, kao i ZI iz 2016. godine propustio je da uredi pitanje dozvoljenosti vanrednih pravnih lekova u postupku izvršenja. Pretpostavljamo da je to iz razloga što je sprovođenje izvršenja koncipirano izvan sudskog sistema pravne zaštite, pa shodno tome, ZI je uredio pitanje specifičnih pravnih sredstava tokom sprovođenja izvršenja, ali je izostavio opštu odredbu o izjavljivanju vanrednih pravnih lekova jer sprovođenje izvršenja nije više sudski postupak. Izričita odredba o nedozvoljenosti vanrednih pravnih lekova u izvršnom postupku je predviđena kod prigovora zbog nezakonitosti tokom izvršenja kao jedinstvenog i specifičnog pravnog sredstva u sadašnjem postupku izvršenja čije odlučivanje je u nadležnosti suda.²⁷ I ovaj pristup se čini ispravnim, jer samo u slučajevima kada se postupaju po prilogoruzbog nezakonitosti tokom izvršenja aktivira se klasični sudski postupak.

Međutim, kada je reč o protivizvršenju kao postupku koji ne ulazi u okvire sprovođenja izvršenja, opravdano se postavlja pitanje dozvoljenosti vanrednih pravnih lekova. Problem je prvenstveno u nepostojanju jasne zakonske odredbe po ovom pitanju, a zatim i u tome što opšta odredba ZI o supsidijernoj primeni ZPP se odnosi samo na „sprovođenje izvršenja“ o čemu je bilo reči u prethodnom delu ovog rada.²⁸ Pored toga, i praksa Vrhovnog sud Republike Severne Makedonije je neujednačena po ovom pitanju, jer postoje predmeti gde je sud odbacivao reviziju kao nedozvoljenu, u nekim predmeti-

²⁶ Čl. 7 ZIP 1997.

²⁷ U delu zakona koji uređuje pitanje žalbe protiv rešenja po prigovoru, predviđeno je da protiv pravosnažne odluke suda nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka. Čl. 87 st. 8 ZI.

²⁸ Videti *supra* str. 3.

ma i kao nenavremenu, dok je u svojoj najnovijoj praksi ponovo aktuelizirao pitanje dozvoljenosti revizije.

Pre nego što analiziramo stavove Vrhovnog suda u odnosu na dozvoljenost revizije u postupku protivizvršenja smatramo da je potrebno da se osvrnemo na dva pitanja koja se čine značajnim u kontekstu predmetne problematike, a to je pitanje karaktera ovog postupka i pitanje njegovog odnosa sa parnicom zbog sticanja bez osnova.

Dok je izvršni postupak bio u sudskoj nadležnosti, stadijum dozvole protivizvršenja smatrao se sumarnim postupkom, incidentalne prirode, koji je u suštini predstavljao vođenje parnice po pravilima izvršne procedure da bi se dobila izvršna isprava²⁹ i u kom je jasno bila isključena mogućnost izjavljivanja vanrednih pravnih lekova. Danas, se ne može primeniti isti pristup u definisanju samog postupka, jer više ne postoji „sudski“ sistem izvršenja, pa shodno tome ni „izvršna procedura“ po čijim pravilima bi se vodila „parnica“ o zahtevu za protivizvršenje. U sadašnjem sistemu, odredbe ZI koje samo fragmentarno uređuju postupak dozvole protivizvršenja, ne mogu se smatrati odredbama sudskog izvršnog postupka, jer ovaj postupak praktično ne postoji. Sam postupak dozvole protivizvršenja sada je klasični sudski postupak kognicijske prirode u kom se raspravlja i odlučuje po kondemnatornom zahtevu, koji je blizak parničnom postupku, tačnije sumarnim parničnim postupcima koji se vode u određenim pravnim stvarima, gde sudovi u praksi u vođenju postupka i donošenju odluke shodno primenjuju pravila parničnog procesnog prava.

Što se tiče odnosa sa parnicom zbog sticanja bez osnova, prednost postupka protivizvršenja u odnosu na parnični postupak se uvek gledala u tome što se postupak protivizvršenja smatrao bržim i efikasnijim jer se sprovodio kao funkcionalni deo izvršnog postupka, a u jednom delu i zbog toga što u ovom postupku nisu bili predviđeni vanredni pravni lekovi. Sada se oba mehanizma zaštite sprovode pred parničnim sudom, kao posebni i samostalni postupci, prema odredbama ZPP. Imajući u vidu da je parnica zbog sticanja bez osnova klasični parnični postupak koji strankama nudi sve procesne mogućnosti koje predviđa ZPP tokom vođenja parnice, za razliku od protivizvršenja gde važe specifična procesna pravila, ograničavajućeg karaktera nasprem klasične parnice, čini se da će stranka uvek izabrati parnicu, budući da se ovi mehanizmi međusobno ne isključuju, i ukoliko stranka ne inicira postupak protivizvršenja, njoj uvek ostaje otvoren put ka parnici. U tom smislu, i rokovi koji

²⁹ Тако и Гордана Станковић, Грађанско процесно право, друга свеска, ванпарнично и извршно процесно право, Ниш:, 2007, str. 197.

se vezuju za protivizvršenje su relativno kratki, i sasvim je verovatno da će stranka izabrati mehanizam pravne zaštite koji nudi više procesnih garancija i mogućnosti. Sa druge strane, pod pretpostavkom da je i kod protivizvršenja otvorena mogućnost izjavljivanja vanrednih pravnih lekova, postavlja se pitanje opravdanosti njegovog postojanja kao ustanove u sadašnjem sistemu izvršenja zbog umanjene pravozaštitne vrednosti, jer smisao protivizvršenja je da ovaj mehanizam nudi efikasniji i ekspeditivniji put pravne zaštite. Međutim, ako se ima u vidu da je pravozaštitni cilj oba mehanizma identičan, da se postupci vode pred istim sudom i prema istim pravilima, osnovano se postavlja i pitanje koja je opravdanost da u jednom od tih postupaka stranka bude uskraćena procesnih mogućnosti koje ima u drugom postupku.

Sva ova pitanja otvaraju dilemu da li treba dozvoliti procesnu mogućnost izjavljivanja vanrednih pravnih lekova u postupku protivizvršenja.

Kakav je stavsudske prakse po ovom pitanju? Još u 2010 godini, Vrhovni sud je na opštoj sednici jednoglasno usvojio načelno pravno mišljenje da revizija nije dozvoljena protiv pravosnažnog rešenja donetog po predlogu za protivizvršenje.³⁰

Postupajući u konkretnim predmetima gde je izjavljena revizija protiv pravosnažne odluke po predlogu za protivizvršenje, tokom proteklih godina, u većini slučajeva, Vrhovni sud odbacuje reviziju kao nedozvoljenu i/ili nenavremenu.³¹ Analiza odluka Vrhovnog suda u ovim predmetima i argumen-

³⁰ Načelno pravno mišljenje Vrhovnog suda doneto na opštoj sednici odražnoj 22.12.2010 godine. Iako su načelni stavovi i načelna pravna mišljenja kao i zaključci koji su usvojeni i doneti na opštoj sednici prema Poslovniku za rad Vrhovnog suda obavezni za sva veća suda, odnosno sudijske i predsedničke suda, u 2015 godini, u predmetu Rev1. br. 215/2014, Vrhovni sud je odstupio od usvojenog stava i dozvolio reviziju u postupku protivizvršenja, tako što je usvojio reviziju kao osnovanu i odluku drugostepenog suda ukinuo i predmet vratio na ponovno odlučivanje drugostepenom sudu. Sud je reviziju dozvolio pozivajući se na čl. 391 st. 2 ZPP koji predviđa da je revizija uvek dozvoljena protiv rešenja drugostepenog suda kojim se odbacuje izjavljena žalba, odnosno kojim se potvrđuje rešenje prvostepenog suda za odbacivanje revizije. U konkretnom predmetu, radi se o predlogu za protivizvršenje po kojem je postupao javni beležnik kao organ koji je doneo izvršnu ispravu. U kontekstu predmetne problematike, čini se značajno napomenuti da u svom obrazloženju, Vrhovni sud konstatuje da ZI ne propisuje vrstu pravnih lekova koji se mogu izjaviti protiv rešenja kojim se odlučuje po predlogu za protivizvršenje, posebno kada po predlogu nije odlučivao sud već drugi organ koji je doneo izvršnu ispravu. Odluka Vrhovnog suda Rev1. br. 215/2014 od 29.04.2015 godine.

³¹ Videti odluku Vrhovnog suda Rev2. br. 48/2019 od 08.10.2019 godine. Specifično kod ove odluke je to što se Vrhovni sud uopšte ne upušta u ispitivanje dozvoljenosti revizije u postupku protivizvršenja, već samo odbacuje reviziju kao nenavremenu zbog propuštanja

taciju koju sud daje kao potkrepu svog odlučivanja otvara pitanje da li Vrhovni sud pravilno postupakada odbacuje reviziju kao nedozvoljenu. Naime, u svim odlukama Vrhovni sud odbacuje reviziju kao nedozvoljenu pozivajući se na odredbe Zakona o izvršenju i navodeći da u postupku izvršenja nije dozvoljena revizija.³² Reč je o odredbi iz čl. 87 st. 8 ZI (čl. 77-a st. 8 ZI 2005) koja predviđa da protiv pravnosnažne odluka suda nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka. U nekim odlukama, pomenutu odredbu sud dovodi u vezu sa odredbom iz čl. 372 st. 5 ZPP koja isključuje mogućnost izjavljivanja revizije prema vrednosnom kriterijumu i vanrednu reviziju u sporovima za koje je ZPP ili drugim zakonom izričito predviđeno da u tim sporovima revizija nije dozvoljena³³ odnosno odredbom iz čl. 372 st. 3 t.6 koja predviđa izjavljivanje revizije prema proceduralnom kriterijumu, kada je u postupku po žalbi drugostepeni sud preinačio prvostepenu odluku, navodeći da se ove odredbe ne mogu primeniti budući da su derogirane odredbama čl. 77-a st. 8 u vezi sa čl. 10 ZI, koji normira supsidijernu primenu odredaba ZPP.³⁴

Šta je sporno kod primene ove odredbe u konkretnim predmetima? Kao što smo prethodno napomenuli, za razliku od ZIP, ZI ne sadrži opštu odredbu o zabrani izjavljivanja vanrednih pravnih lekova u postupku sprovođenja izvršenja. Odredbu koju sadrži ZI o (ne)dozvoljenosti izjavljivanja vanrednih pravnih lekova iz čl. 87 st. 8 je odredba koja nije opšteg karaktera i odnosi se na postupak po prigovoru zbog nezakonitosti tokom izvršenja. Naime, prigovor zbog nezakonitosti tokom izvršenja kao specifično pravno sredstvo kojim se obezbeđuje sudska kontrola u odnosu na zakonito i pravilno sprovođenje izvršenja je uređen čl. 86 i čl. 87 ZI. Član 87 ZI uređuje žalbu i postupak po žalbi protiv rešenja po prigovoru donetog od strane prvostepenog suda i nosi naslov „Žalba protiv rešenja po prigovoru“. Redosledno normiranje pojedinih pitanja postupka po žalbi završava sa odredbom koja predviđa da protiv pra-

prekluzivnog roka od 30 dana. Ostaje pitanje, da li bi Vrhovni sud u ovom slučaju odbacio reviziju kao nedozvoljenu ukoliko je bila podneta u zakonski previđenom roku. Za razliku od ove odluke, u odluci Rev2. br. 319/2015 od 21.09.2016 godine, Vrhovni sud primarno odbacuje reviziju kao nedozvoljenu i konstatuje da je revizija istovremeno i nenavremena.

³² Videti odluke Vrhovnog suda Rev1. br. 45/2013 od 05.03.2014 godine, Rev. br. 132/2015 od 06.05.2015 godine, Rev2. br. 319/2015 od 21.09.2016 godine, Rev2. br. 301/2015 od 22.09.2016 godine, Rev. br. 379/2016 od 05.07.2017 godine, Rev2. br. 380/2019 od 01.07.2020 godine, Rev2. br. 520/2019 od 30.03.2021 godine, Rev2. br. 319/2021 od 09.11.2021 godine.

³³ Rev. br. 132/2015 od 06.05.2015 godine.

³⁴ Rev2. br. 379/2016 od 5.7.2015 godine.

vosnažne odluke suda nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka (stav 8), a to je zapravo odredba na koju se Vrhovni sud poziva u postupcima protivizvršenjaprilikom odbacivanja revizije kao nedozvoljene.

Naše mišljenje je da Vrhovni sud ne postupa pravilno jer u ovim slučajevima primenjuje odredbu kojoj nema mesto primeni jer se ta odredba odnosi na sasvim drugu situaciju i predviđena je u zakonu kao pravilo koje se odnosi na postupak sudske kontrole sprovođenja izvršenja, a ne kao opšta odredba koja se može primenjivati na sve slučajeve. Što više, ova odredba nije ni postojala u izvornom tekstu ZI iz 2005. godine, već je uvedena ZID ZI iz 2008. godine³⁵, kada je zakonom normiran poseban član (čl. 77-a), koji uređuje postupak po žalbi protiv prvostepenog rešenja po prigovoru, što je još jedan argument da ista ima primenu samo u postupku po prigovoru zbog nezakonitosti tokom izvršenja. Sa druge strane, protivizvršenje je uređeno u potpuno drugoj glavi ZI, ne ulazi u domen sprovođenja izvršenja, pa čak i sama postavljenost i redosled normiranja ove dve ustanove u zakonskom tekstu, ne dozvoljava da ekstenzivnim tumačenjem ova sporna odredba nađe primenu i kod protivizvršenja. To što u sadašnjem ZI, po sadržaju postoji identična odredba kao u ZIP, koja isključuje mogućnost izjavljivanja vanrednih pravnih lekova, ne znači da takva odredba ima primenu na sve situacije i da je Vrhovni sud može tumačiti u duhu starog Zakona o izvršnom postupku jer i sam koncept sadašnjeg sistema prisilnog izvršenja ne dopušta drugačije tumačenje od onog da se ova odredba primenjuje samo kod postupka sudske kontrole izvršenja, a ne i kod postupka protivizvršenja.

Sa druge strane, u najnovijoj praksi, Vrhovni sud ponovo aktuelizira pitanje da li je u postupku protivizvršenja revizija dozvoljena ili ne. Naime, u predmetu Rev1. br. 24/23, postupajući po izjavljenoj reviziji u postupku protivizvršenja, na sednici postupajućeg veća održanoj 29.09.2023. godine, Vrhovni sud usvaja reviziju kao osnovanu, ukida rešenje Apelacionog suda i predmet vraća na ponovno odlučivanje drugostepenom sudu. Rezolucijom predsednika postupajućeg veća od 25.10.2023. godine traži se da se predmet prereferiše i da se revizija odbaci kao nedozvoljena iz razloga što se u konkretnom slučaju pobija rešenje doneto u postupku po predlogu za protivizvršenje, pozivajući se

³⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju iz 2008 godine („Сл. весникнаРМ“ br. 8/2008). Ovaj član je normiran usled Odluke Ustavnog suda da se kao neustavna ukida odredba izvornog teksta ZI iz 2005 godine koja je isključivala mogućnost izjavljivanja žalbe protiv odluke po izjavljenom prigovoru. (OdlukaUstavnogsuda U.br. 185/2006-0-0 od 17 januara 2007 godine).

na čl. 87 st. 8 ZI koji predviđa da protiv pravnosnažne odluke suda nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka. Sudija izvestilac po ovom predmetu se pismeno proizneo u odnosu na navode u rezoluciji predsednika veća i smatra da se predmet ne treba prreferirati, već da se revizija usvoji, rešenje apelacionog suda ukine i predmet vrati na ponovno suđenje. Predmet se prreferirao, međutim bilo je podeljenih mišljenja u odnosu na pitanje da li revizija treba da se odbaci ili ne, tako što je predsednik veća ostao na stavu da se revizija odbaci kao nedozvoljena, sudija izvestilac je ostao na stavu da se revizija usvoji i drugostepena odluka ukine, kom stavu su se priključili još dvoje sudija postupajućeg veća. Predsednik veća je predložio da se donese zaključak i da o ovom pravnom pitanju raspravlja Odeljenje za građanska dela Vrhovnog suda, a da sudija izvestilac pripremi referat po pitanju da li je revizija dozvoljena ili ne. U obrazloženju referata od 19.12.2023. godine, kao argument zašto treba dozvoliti reviziju u postupku protivizvršenja, sudija izvestilac navodi da bez obzira što se pravila kojima je uređena ustanova protivizvršenja nalaze u ZI, protivizvršenje se sprovodi u parničnom postupku kao što je u konkretnom slučaju i da je revizija dozvoljena protiv takvog rešenja. Budući da po predlogu odlučuje sud, a ne izvršitelj ili neki drugi organ, da se po takvom zahtevu oformljuje parnični predmet, kao i to da sud može po potrebi da zakaže i ročište, smatra da je revizija dozvoljena, ne samo po proceduralnom kriterijumu kao što je u konkretnom slučaju, već i zbog toga što je u ovom predmetu ispunjen i vrednosni kriterijum za izjavljivanje revizije. Po ovom predmetu, prema podacima sa kojim raspolazemo, Odeljenje za građanska dela Vrhovnog suda nije raspravljalo po postavljenom pravnom pitanju, međutim, postupajuće veće je na sednici održanoj 01.10.2024. godine donelo je rešenje kojim se revizija izjavljena od strane dužnika odbacuje kao nedozvoljena. U obrazloženju svoje odluke, Vrhovni sud uopšte ne odstupa od već izgrađenog stava i argumentacije koju navodi u svojim prethodnim odlukama o dozvoljenosti revizije u postupku protivizvršenja. Naime, kao i u prethodnim odlukama, tako i ovde, Vrhovni sud se poziva na odredbu Zakona o izvršenju da protiv pravnosnažne odluke suda nisu dozvoljeni revizija i ponavljanje postupka, koju odredbu smatramo potpuno neadekvatnom za primenu u ovakvim slučajevima, kao što smo objasnili prethodno. U svom obrazloženju, Vrhovni sud navodi „*da se u konkretnom slučaju revizijom pobija rešenje doneto u postupku po predlogu za protivizvršenje, koji postupak je regulisan odredbama ZI. Sa obzirom da odredba iz čl. 87 st. 8 Zakona o izvršenju predviđa da protiv odluke suda donete u postupku protivizvršenja nije dozvoljena revizija, ovaj sud nalazi da je revizija izjavljena od strane dužnika nedozvoljena*“.

4. ZAKLJUČAK

Sa obzirom na pitanjakoja smo aktuelizirali u ovom radu, sasvim je jasno da kod ustanove protivizvršenja postoje određeni problematični punktovi koji su rezultat nedostatka jasnog i preciznog regulisanja svih aspekata ovog postupka. U sadašnjem sistemu izvršenja, protivizvršenje možemo definirati kao klasični kognicijski postupak, sumarnog karaktera, koji se sprovodi pred parničnim sudom i prema pravilima parničnog postupka. Protivizvršenje nije deo prisilnog izvršenja, niti se sprovodi kao incidentalni postupak u okviru izvršenja. Upravo ova činjenica otvara pitanje da li je opravdano da ustanova protivizvršenja egzistira u makedonskom pravnom sistemu, jer je cilj zakonskog uređenja takve ustanove postojanje mehanizma pravne zaštite koji je efikasniji u odnosu na klasičnu parnicu zbog sticanja bez osnova, odnosno da to bude ekspeditivniji i ekonomičniji postupak nasprem parnice. Samo takav pristup u skiciranju zakonske konture protivizvršenja bi omogućio da ovaj postupak opravda svoju funkciju i smisao postojanja. U tom kontekstu je normirano i pravilo da ovaj postupak ima vremenski prioritet nasprem parnice.

Što se tiče vanrednih pravnih lekova i mogućnosti njihovog izjavljivanja u postupku protivizvršenja, prema sadašnjem zakonskom uređenju ne postoji nijedna odredba u ZI koja bi imala odgovarajuću primenu. Sa jedne strane, odredba o (ne)dozvoljenosti vanrednih pravnih lekova odnosi se isključivo na mehanizam sudske kontrole izvršenja, iako naši sudovi daju sasvim pogrešno tumačenje ove odredbe i primenjuju je i kod postupka protivizvršenja. Sa druge strane, i odredba o supsidijarnoj primeni ZPP je isto tako neprimenljiva jer se odnosi na *sprovođenje* izvršenja, što znači da ne obuhvata postupak koji se odvija van tog okvira. U tom kontekstu, smatramo da je nedopustljivo da sudovi pogrešno tumače odredbe koje su jasne i da Vrhovni sud kreira praksu i daje pravnu argumentaciju koja se protivi imperativnim propisima, jer pravna sigurnost zahteva zakonitu i pravilnu primenu zakona u svakom pojedinačnom slučaju.

U ovom momentu, praksa pokazuje da se postupak protivizvršenja *de facto* sprovodi u parničnom postupku. Imajući u vidu da zakon ne reguliše sistem pravnih lekova u ovom postupku, smatramo da bi u nedostatku jasne zakonske uređenosti, postupak trebalo voditi prema pravilima ZPP. U tom kontekstu, stranke imaju pravo da izjavljuju, kako redovne tako i vanredne pravne lekove u skladu sa pravilima ZPP, imajući u vidu da ZI samo parcijalno reguliše postupak po predlogu za protivizvršenje, a da sud, postupajući po

takvom predlogu, primenjuje pravila procesnog zakona po kojima postupa u svakom pokrenutom postupku.

Kako bi se postavio funkcionalni mehanizam sažetog i efikasnog načina pravne zaštite dužnika protiv poverioca zbog sticanja bez osnova kroz ustanovu protivizvršenja, nužno je da se svi segmenti postupka uredi na jasan način. U tom smislu, poželjno bi bilo da se u ZI redaktiraju nove odredbe koje će urediti sve aspekte postupka protivizvršenja, uključujući i sistem pravnih lekova. Smatramo da bi najbolje rešenje bilo da se celokupni postupak uredi u ZI i da se tretira kao reducirani kognicijski postupak, sumarnog karaktera koji će se voditi prema pravilima ZI. Na taj način, neće biti dileme kakva je priroda kognicijskog postupka protivizvršenja i po kojim pravilima će se ovaj postupak voditi.

COUNTER-ENFORCEMENT IN THE LAW OF REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Summary: *Counter-enforcement is considered to be a specific legal remedy in the enforcement procedure regulated in order to eliminate the consequences of illegal or unnecessarily carried out enforcement, standardized in order to provide an efficient legal protection of the debtor against the creditor due to acquisition without grounds that occurred during enforcement. The paper discusses certain questions and dilemmas that arose in relation to the counter-enforcement procedure due to the case-law of the Supreme Court of the Republic of North Macedonia regarding the review as an extraordinary legal remedy in the procedure for counter-enforcement. The case-law actualized the question of the character of this procedure, the procedural rules by which the courts act in this procedure and whether a review is admissible in the procedure for counter-enforcement.*

Keywords: *counter-enforcement, enforcement, civil procedure, extraordinary legal remedies*

УДК 347.232:338.246.025.88(497.6)

doi 10.7251/PR7125245M

Оригинални научни чланак

ФАМА О ДРЖАВНОЈ ИМОВИНИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Проф. др Бранко Мораит¹

Анстракт: У раду се анализирају два приступа тзв. коначном рјешењу питања државне имовине у БиХ. Један приступ овом питању је политички, јер се о њему изјашњавају домаћи и инострани политички представници. Тај приступ има два пола, централистичко-максималистички и партикуларно-децентралистички. С друге стране имамо теоријско-правни приступ са два супротстављена становишта. Један је приступ функционални и заговара да држави припада само она имовина која је потребна за функционисање њених органа и послова. Други је територијални, по којем све на државној територији је у власништву државе. Најзад, трећи је територијално-функционални и дијели државну имовину између разних нивоа власти у држави.

Кључне ријечи: имовина, својина, држава, устав, закон, уставни суд, високи представник за БиХ.

УВОД

Модерни имовинскоправни режим, као скуп правних норми који уређује стварноправне и облигационоправне односе, утемељили су казуистичком методом и рационалним стваралаштвом римски правници, основом за каснију рецепцију и кодификацију. Преко средњевје-

¹ Редовни професор Правног факултета и судија у пензији, brankomoraitbm@gmail.com

ковне и нововјековне рецепције римских имовинскоправних института европско континентално право засновало је важећи канон кодификован у најпознатијим грађанскоправним законцима који се сматрају културно-цивилизацијским тековинама европског континенталног права, у које, залагањем умних правника и државника, спада и наше право. Одступања од овог канона су неуспјешна и пролазна. Укидање уговора и наметање планских докумената трајало је кратко вријеме у односу на трајање европскоконтиненталног, грађанскоправног режима, у грађанским законцима. Својина и уговор су централни правни институти овог цивилноправног канона. Периоди увођења колективистичких, државних или друштвених облика својине, на подлози идеолошких матрица свога времена, била је пролазна појава која је напуштена у свим државама с повратком на тржишну привреду, право својине и уговор. Свако друштво с државном организацијом структурирано је на више нивоа, система или сектора који у своме садејству стварају повољан или неповољан друштвено-економски и политичко-правни амбијент. Између привреде и права постоји највећи степен повезаности и међузависности, која омогућује друштвену подјелу рада и подјелу власти на законодавну, извршну и судску. Независно законодавство и правосуђе обављају заштиту људских и грађанских права и слобода и легитимитет и легалитет свих друштвено-економских и правних односа. Давно је народски речено да правда држи куле и градове. То важи и за конституционална рјешења у Босни и Херцеговини, њену политичко-територијалну подијељеност и повезаност као и принцип немијешања у унутрашње послове и односе сваке суверене и независне земље конституисане на принципима владавине права, правне државе и демократије.

Појам и значај права својине

Шта је својина? Појам својине обухвата економски и правни аспект, као двије стране једне медаље. Право својине је правна категорија. Првобитна друштвена својина првобитних људских заједница, развојем производње, претвара се у индивидуално присвајање добра.² Римски правници дају лапидарну али свеобухватну дефиницију својине кроз њене функције, *usus, fructus i abusus* (посједовање, кориштење и располагање). Економски појам својине означава њену уло-

² Spaić, V., *Грађанско право-opšti dio i stvarno право*, Сарајево, 1971, 478.

гу присвајања добара. Правни појам својине или право својине је правно прописан начин присвајања од стране овлашћеног титулара права, односно правном нормом уређен и заштићен правни однос.³ Право својине је најпотпуније право на ствари које припада титулару, носиоцу, овлашћенику права.⁴

Поистовјеђивање појмова „својине“ и „имовине“ јавља се у јеку расправе која се води у Босни и Херцеговини, претежно на политичком нивоу, поводом настојања високог представника и бошњачке политичке компоненте кроз усвајање њихових апелација Уставном суду БиХ за позивање Уставног суда БиХ да одреди титулара „државне имовине.“ У средишту ужарене политичко-правне расправе, закашњеле тридесетак година након постанка дејтонске БиХ, упорно се, од стране конфронтираних учесника ове расправе, наводи да се ради о државној имовини. Под државом, заговорници унитарне и централистичке БиХ имају у виду цјелокупну имовинску масу на цијелој територији БиХ не уважавајући унутрашњу, политичко-територијалну подјелу БиХ на ентитете, који су организационо и функционално државно-политичке заједнице *sui generis*.⁵ Према нашем запажању, већина протагониста спорења око државне имовине не примјећује разлику између имовине и својине, јер та разлика и правно-теоретски и практично постоји и ти термини нису појмовно ни садржински синоними. У уџбеницима грађанског права истиче се да је „погрешно својину идентификовати с имовином.“⁶ Имовина обухвата сва права неког лица имовинске природе, која су процјењива у новцу и размјењива за новац тј. имају новчану вриједност и могу се изразити у новцу. Имовина обухвата само права, а под тим се не титулишу ствари, реална добра која су само предмет (објект) имовинских, стварних, права. Имовина не може бити предмет грађанско-правног промета; не може се правним пословима преносити с једног субјекта права на другог. Права обухваћена појмом имовине (стварна, облигациона и др) могу се преносити средствима грађанско-правног промета, куповати и продавати, поклањати, давати у закуп и сл, али имовина као цјелина не иде у

³ Ibid., 484.

⁴ Ibid., 485.

⁵ Анексом 2 Дејтонског мировног споразума разграничена је територија Босне и Херцеговине између ентитета, као и одређена арбитража за Брчко. Све разграничене политичко-територијалне јединице овлашћене су да остварују врше власт на припадајућој територији.

⁶ Spaić, V., *op.cit.* 485.

промет.⁷ И други познати ауторитети из области цивилистике истичу како је давно запажено да се јављају разна значења термина „имовина.“ Термин „имовина“ се често мијеша са правом својине, па чак и са ствари на коју се право својине протеже. Тако је неправилно рећи „непокретна имовина“, за „непокретну ствар“. То због тога што својина може бити у нечијој имовини, али имовина не може бити у нечијој својини.⁸

Као економска категорија својина као присвајање је правно дограђена. Значи да је својина и економска али и правна категорија. Занимљива је и својинско-правна терминологија која има коријен у латинским називима. *Dominium* изражава идеју власти коју сопственик има над стварима и који одговара термину „власништво“ док термин *proprietas* данас одговара термину „својина“.⁹

Имовинско право је скуп правних правила којима се регулишу друштвени односи у које људи, у условима робне производње ступају поводом ствари, чинидаба или имовине. Објекти имовинскоправних односа су ствари, чинидбе и имовина поводом којих правни субјекти ступају у те односе. Под стварима у правном смислу подразумијевају се материјални дијелови природе, који су просторно ограничени и који постоје у садашњости или за њих постоје претпоставке да ће настати у будућности. Под правни појам ствари, као објеката имовинскоправних односа, не би се могло уврстити отворено море, слободна атмосфера, земљина кугла итд. Будући да те ствари нису у правном смислу просторно ограничене, не могу бити објект имовинскоправних односа.¹⁰ Имовина је вишезначни појам. Како имовина није само правна него и економска и књиговодствена категорија, долази не само код лаичког поимања, него и код стручног правног говора до непожељног мијешања разних термина и појмова имовине. Тако настаје нежељена збрка и забуна како у стручној литератури, законодавству и судској и управној пракси, као и у данашњој расправи око титулара државне имовине. Дошло се до толиког размимоилажења тако да се данас имовина сматра једном од најтежих и најнеразумљивијих категорија имовинског права. Она постаје тотално неразумљив појам ако се изгуби из вида да има више значења, економско, правно и књиговодствено.

⁷ *Ibid.*

⁸ Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд, 1977, 167.

⁹ Kofrc, H., *Svojina i koncesija u procesu tranzicije*, *Tranzicija* god. 1 br. 1. 1999, 96

¹⁰ Vedriš, M., *Osnove imovinskog prava*, Zagreb, 1971, 46

Имовина у економском смислу је скуп добара која припадају одређеном субјекту у циљу задовољења његовог основног интереса-одржања сопственог живота. Скуп свих економских добара која припадају и служе човјеку за задовољавање његових потреба назива се имовинска маса или иметак. Како физичко тако и правно лице мора имати своју имовинску масу односно иметак.¹¹

Имовина у правном смислу је збир субјективних имовинских права која припадају једном носиоцу (титулару). Чинидба улази у имовину субјекта у виду права на чинидбу које има повјерилац према дужнику.¹² Имовина обухвата само скуп субјективних имовинских права једног носиоца. Објекат на који се односе субјективна имовинска права увијек се може изразити у новчаном еквиваленту. Економски и правни промет иду паралелно, али нису идентични те се односе као база и надградња.

Имовина као књиговодствена категорија садржи два дијела, активу и пасиву. Имовинска права чине активу имовине, а обавезе пасиву имовине.¹³ Дужник одговара имовински, тј. својом имовином. Да би физичко или правно лице одржало и сачувало своје постојање односно егзистенцију мора посједовати и владати својом имовином. У имовинском праву не постоји субјект без имовине. Тако је познато да повјерилац у свом захтјеву за намирење потраживања не смије прећи тзв. егзистенцијални минимум, тј. дужан је оставити дужнику одређен број добара која су му потребна за животну егзистенцију.¹⁴

Транзицијска реформа својинско-правних односа у БиХ

Значај својине у друштвеној производњи и опстанку заједнице видимо и из констатације по којој „историја друштва је историја власништва.“¹⁵ Након Народно-ослободилачког рата и ослобођења Југославије од фашизма 1945. године, за освајање и очување стечених својинских права нове власти, супротно „слободи приватне иницијативе у привредном животу“ услиједиле су експропријације, национализације и остали познати начини остваривања власничких права неекономским средствима.

¹¹ *Ibid.*, 66

¹² *Ibid.*, 67

¹³ *Ibid.*, 68

¹⁴ *Ibid.*, 69

¹⁵ Андријић, С., *Vlasništvo u tranziciji netržišnog gospodarstva, Tranzicija*, god. 1, br. 1, 1999, 55.

ма.“ У бившој ФНРЈ „државна својина“ се након пет година владања, претвара, шездесетих година у „друштвену својину“, несвојинске природе. То је изашло из спознаје руководства компартије „да државно власништво и у социјалистичким друштвеним заједницама има повијесну ограниченост; да не производи економску ефикасност.“¹⁶

У оквиру обраде власничких односа у БиХ, од краја Другог свјетског рата до 1995. године, за нашу тему су значајна два одјељка који се односе на трансформацију власничког поретка у бившој СФРЈ (1988/90-1992) и у БиХ након 1992. године. У првој фази уставних промјена Амандманом XXIII на Устав СФРЈ извршена је парцијална либерализација, гарантовањем приватног власништва. Другом фазом уставно-правне либерализације отклоњена су квантитативна ограничења приватног власништва, а сваки облик власништва, друштвеног, задружног, мјешовитог или приватног, проглашен је равноправним.¹⁷ Међутим, реформа затеченог доминантног облика друштвеног власништва, као негације приватног власништва,¹⁸ није успједила и у БиХ, тј. нису донесени закони о денационализацији и приватизацији због дисолуције СФРЈ.¹⁹

Ново својинскоправно уређење ентитети у БиХ су добили доношењем нових кодификација стварног права на ентитетском нивоу. Тада ни домаћи ни страни актери који су припремали ове кодификаторске акте нису негирали ентитетску надлежност у нормирању стварно-правних прописа. Друштвено у државно власништво претворено је у периоду од 1992. до 1995. године, симултано у оба ентитета. У Републици Српској претворба је извршена доношењем Закона о преносу средстава друштвене у државну својину, а у Федерацији БиХ 1994. године доношењем Закона о претворби друштвеног власништва.²⁰ Тим законским актима друштвена својина је преименована у државно власништво, али је притом занемарена суштина, тј. да „друштво“ није било власник

¹⁶ *Ibid.*, 56.

¹⁷ *Ibid.*, 32.

¹⁸ Perović, S., *Besede sa Kopaonika*, 31: “Putem zadržavanja društvene svojine, kao odlučujućeg faktora u privrednim kretanjima I proglašavanj a mnogih preduzeća javnim preduzećima država ostaje I još više postaje vlasnik najvećeg dijela društvenog blaga, I to kao nosilac imperijuma, a ne kao nosilac dominijuma. (...) To znači da država kao subject ove svojine ima javno-pravno ovlašćenja da, kao takva, ignoriše zakone tržišta i da zadržava ili još više pojačava svoju nadmoć I svoju upravu nad privrednim poslovima.

¹⁹ Andrijić, S., *Ibid.*, 35.

²⁰ *ibid.*, 40.

друштвених средстава, јер су она „ *de facto* “ припадала различитим привредним, друштвеним и друштвено-политичким (у ствари „државним“) субјектима. Законима ентитета о својинској трансформацији није прописано којим јавноправним субјектима се повјеравају поједина средства. Субјект „држава“ је био крајње неодређен.

С једне стране истиче се „да је управо одређивање титулара државног власништва у БиХ, које ентитетски закони нису ријешили, најспорније питање, и то чак није политичко него правно питање.“²¹ Примјећује се да трансформација друштвеног у државно власништво у Републици Српској није разграничила могуће јавно-правне титуларе, тј. алокацију државног власништва другим јавно-правним субјектима, тј. јединицама локалне самоуправе. Јасно се наглашава да у вријеме када је у Републици Српској донесен Закон о преносу средстава државне у друштвену својину (1993. године), није било размишљања и о разграничењу између РС и БиХ, што ће се доцније исполити као веома комплицирано и осјетљиво правно-политичко питање.²²

Даље се наводи да је Закон о преносу средстава друштвене у државну имовину Републике Српске правно нелогичан, јер са друштва као друштвеног универзума није било могуће правним послом пренијети друштвену својину на неког другог правног субјекта, нити од невласника стећи право својине. Чини се да ова размишљања превиђају да је и ентитет државно-правни субјект, дио државне територије у оквирима територијално-политичког разграничења унутар БиХ и да, као такав, може бити, по сили закона, *ex lege*, сљедник друштвене имовине у оквирима своје територије, по територијалном принципу. Нико не спори вриједност тзв. „функционалног принципа“, тј. „да титулари одређених средстава постану одређени јавно-правни субјекти којима су за обављање послова у њиховој надлежности неопходно потребна одређена средства.“²³ На примјер, неспорно постојање буџета институција БиХ говори о томе да су за функционисање институција БиХ од стране ентитета БиХ и Брчко Дистрикта БиХ издвајана и непрестано се издвајају потребна средства којима институције БиХ располажу као својом имовином.

Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта БиХ из 2002. године, прелазним и завршним одредбама прописује да

²¹ *Ibid.*, 41.

²² Povlakić, М., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, 45.

²³ *Ibid.*, 44.

је БД БиХ, ступањем на снагу тог закона, постао власник пољопривредног, шумског и градског грађевинског земљишта.²⁴ Брчко Дистрикт БиХ је тим законом проглашен искључивим власником тих добара, те то асоцира на раније важећу одредбу Устава РС²⁵ према којој су природна богатства, градско грађевинско земљиште, некретнине и ствари од нарочитог привредног, културног и историјског значаја, за које је законом установљено да су од општег интереса искључиво у државном власништву. Дјеломичном Одлуком Уставног суда БиХ број У-5/98 II од 18. и 19. 2. 2000.²⁶ ова уставна одредба је проглашена неуставном, јер је супротна уставној гаранцији права власништва.²⁷ Упркос свим овим законским рјешењима, приговара се да „чињеница да је бивше друштвено власништво постало у ентитетима државним власништвом не значи да се ради о власништву државе БиХ; управо је одређивање титулара државног власништва једно од најспорнијих политичких питања у БиХ.”²⁸

Друштвено власништво, из којег је изведено државно власништво у Босни и Херцеговини, било је додијеливано различитим субјектима на управљање и кориштење; градско грађевинско земљиште општинама, пољопривредно земљиште општинама и пољопривредним добрима, шуме шумским газдинствима, а зграде и канцеларије органима управе. Током ратних дејстава цијели корпус власништва државе БиХ (који није постојао, прим. наша) подијељен је између различитих нивоа власти (РС, ФБиХ, Дистрикт Брчко БиХ, десет кантона, градова и општина/опћина). Одлуком Вијећа министара²⁹ основана је Комисија за државну имовину, утврђивање и расподјелу државне имовине, одређивање права и обавеза БиХ, ентитета и Брчко Дистрикта БиХ у управљању државном иновином. Најпроблематичнијим задатком те комисије показало се одређивање критерија за подјелу државне имовине између различитих нивоа власти.³⁰ Комисија се руководила територијалним и функционалним принципом прерасподјеле већ распоређене државне имовине, с преовлађујућим функционалним принципом, тј. „да поједини нивои власти, органи и други јавноправни субјекти добију на управљање и ко-

²⁴ *Ibid.*, 52.

²⁵ Чл. 59., ст. 1., 2. и 3. Устава РС

²⁶ „Službeni glasnik BiH“, 11/00

²⁷ Povlakić, M. *op.cit.*, 53.

²⁸ *Ibid.*, 55.

²⁹ „Službeni glasnik BiH“, 10/05

³⁰ Povlakić, M. *op.cit.*, 56.

риштење она добра која су неопходна за задовољавање њихових потреба и обављање њихових функција.³¹

Према нашем мишљењу ово је нелогична полазна премиса наведене одлуке СМ БиХ, јер државна имовина БиХ није утврђена, дефинисана нити пописана, а заговара се њена подјела. Како да се подијели нешто што није утврђено, дефинисано нити пописано? Завршетком ратних сукоба на територији БиХ затечена имовина је подијељена између новонасталих субјеката, ентитета, Брчко Дистрикта БиХ, кантона у ФБиХ, градова и општина/опћина, а сада планирани закон би имао за циљ „одређивање титулара државног власништва, што другим ријечима значи подјелу имовине између државе БиХ, ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.“³² А како је то изводљиво, када је фактичко и правно стање имовине на терену и у правним актима већ завршено. Утврђивање имовине која припада БиХ је могућа опција, али не нова подјела или одузимање имовине од ентитета и БД БиХ. Како се нама чини, ово исполитизовано питање није могуће рјешавати правним мјерама, неком ретроактивном национализацијом, јер је имовина која припада ентитетима и БД БиХ већ дефинисана као државна имовина. По нашем мишљењу, ноторно је да је то већ завршено, јер органи БиХ, институције на нивоу БиХ, несметано функционишу с одговарајућим некретнинама и пословним просторима и располажу буџетом БХ институција који се сваке године повећава. Ипак се, као рефрен понавља, од заговорника васпостављања неке жељене државне имовине, којом би монополистички господарила држава, да је „држава БиХ сљедник СРБиХ, те би по принципу правног сљедништва имовина СРБиХ требала припасти БиХ.“³³

Под утицајем заговорника догме о државној имовини, као *corpus separatum* од имовине ентитета и БД БиХ или о некој свеобухватној имовини која искључује притежање ентитета и БД БиХ, промовисан је став да је у Босни и Херцеговини неријешен статус државне имовине и да, као такав, неминовно претпоставља прописивање забране располагања³⁴ овом имовином.

И овај исказ је споран, јер када се каже „овом имовином“, а још се не зна која је, апсурдно је забранити располагање с нечим што није дефини-

³¹ *Ibid.*, 57.

³² *Ibid.*, 56.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

сано. Међутим, Одлуком високог представника од 26.5.1999. и 15.5.2003. године³⁵ и након тога Законом о привременој забрани располагања државном имовином БиХ³⁶ произашло је, и тако је протумачено, да забрана располагања државном имовином погађа постојећу (државну) имовину ентитета и Брчко Дистрикта БиХ, јер дефинисане државне имовине, у погледу обима, врсте, количине и евиденције, што прописује овај законски декрет, у стварности нема. Једина сувисла одредба, која даје извјестан одговор на питање шта је државна имовина БиХ, је у одредби члана 1. Закона о привременој забрани располагања државном имовином БиХ којим је прописано „да се под „државном имовином БиХ подразумева непокретна имовина која припада држави БиХ на основу међународног Споразума о питањима сукцесије, која се на дан доношења овог закона сматра власништвом или посједом БиХ или друге јавне организације БиХ.“³⁷ Ова одредба је јасна и тумачења јој не требају. Међутим, у пракси дјеловања високог представника и Уставног суда БиХ дошло је до изражаја екстензивно и произвољно тумачење ове одредбе, јер је замагљено шта се „сматра“ имовином БиХ. Умјесто тога, постало је јасно да су мета овог „ријешавања“ питања државне имовине заправо природна богатства која се налазе на територији БиХ а којим управљају и располажу надлежни органи ентитета, БД БиХ, кантона, градова и општина/опћина у БиХ. Сваки покушај вођења уравнотежене, професионалне и квалификоване стручне и академске расправе о овим, политички наметнутим, питањима изостао је. Према овим наводима произилази да, према заговорницима државне имовине у БиХ, појединим представницима академске заједнице у ФБиХ, високом представнику и Уставном Суду БиХ, у корпус државне имовине треба да уђу и општа добра, која, како је теоријски исправно и у пракси уобичајено, „не могу бити предмет права власништва нити имати титулара јавног власништва.“ Ако је непобитно да се општа добра не могу подвести под појам јавног власништва онда није логично да могу ући у прижељкивани корпус државне имовине. Да би се та логичка недоумица замаглила, ако не може у државну имовину хајде да прихватимо да постану јавна имовина БиХ. Својинско-правни односи у БиХ нису уређени по моделу који је разрађен у Закону о власништву Републике Хрватске у којем су општа добра, која не могу

³⁵ „Službeni glasnik BiH“, br. 13/00, 34/00, 11/01, 24/02 и 13/03

³⁶ „Službeni glasnik BiH“, br. 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07 и 99/07

³⁷ Povlakić, M., *op. cit.*, 58.

бити предмет права власништва дата на управљање држави, јавна добра у општој употреби налазе се под режимом општих добара и јавна добра у јавној употреби су у власништву државе за обављање јавно-правних функција државних органа и тијела, средства државног буџета.³⁸

Напомињемо да се и у Босни и Херцеговини, за функционисање органа и тијела БиХ, континуирано издвајају материјална и финансијска средства, као што су примјери изградње објеката на земљишту РС и ФБиХ за потребе ОСА, државног затвора, Суда БиХ, заједничких институција БиХ, војске БиХ и сл. Да ентитети нису сагласни са развлашћивањем и одузимањем уставом повјерених надлежности свједочи и примјер од 20. јуна 2024. године, да је у ентитету ФБиХ у припреми свеобухватан, праведан и модеран закон о шумама. Како се наговјештава, у средствима јавног информисања, у номенклатури објеката који, према прелиминарним наговјештајима креатора декрета високог представника, држави треба да припадају: грађевинско и пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште, војна имовина, општа и јавна добра, и добра од јавног интереса и имовина у другим државама.

Нама се чини да БиХ стварно и правно постоји онако како је конституисана Анексом 4 Дејтонског мировног споразума. Стварно и правно стање својинско-правних односа у Босни и Херцеговини показује да су ентитети и Брчко Дистрикт БиХ својим прописима уредили управљање, располагање и кориштење природних ресурса, њихов правни промет и књижење у јавним евиденцијама некретнина и да својом легитимном, легалном и уставном надлежношћу нису угрозили функционисање државе односно државних институција БиХ. По нашем мишљењу, правна наука и академска заједница не могу подржати неоснована и волунтаристичка тумачења уставно правних и законских норми ма како изгледао оправдан политички циљ који се, у међустраничком надметању између централистичко-унитаристичких политика и бранилаца уставне демократије и правне државе желио постићи. У државну имовину БиХ, према Анексу А Споразума о сукцесији³⁹ ушла је војна имовина која се у тренутку осамостаљења државе нашла на територији те државе и од тада припада тој држави, које питање је у потпуности ријешено у Босни и Херцеговини.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ „Службени гласник БиХ“, додатак-Међународни уговори, број 10/2001

Државна имовина у судској пракси Уставног суда Босне и Херцеговине

Кроз низ својих одлука Уставни суд БиХ је употребљавао појам државне имовине, мада га није могао извести из уставних одредби, јер Устав БиХ то питање није нормирао. То је необична методолошка плат-форма у раду Уставног суда БиХ, али и у раду било којег редовног суда, да креира дефиницију једног правног института. Тако је, према судској пракси Уставног суда БиХ, државна имовина посебан облик својине, јавно-правне природе, који ужива посебан статус због њеног јавноправног титулара. Садржина такве имовине је функционална, јер обухвата покретне и непокретне ствари које служе функционисању јавне власти и територијална, јер може да обухвата „јавно добро“ (морска вода и морско дно, ријечна добра и ријечна корита, језера, планине и друга природна богатства, јавну саобраћајну мрежу, саобраћајну инфраструктуру, итд). Уставни суд наглашава да „јавно добро“ може бити изузето из правног промета да би било заштићено и сачувано.⁴⁰

С обзиром да је у БиХ извршена својинска трансформација и да је државна својина одиграла своју улогу као прелазни облик јавне својине, из друштвене у државну својину, а потом у право својине које правни субјекти, физичка и правна лица, стекну по правном основу и на законит начин, поставља се питање, откуда Уставном суду БиХ надлежност да прописује и дефинише државну својину као посебан облик својине, а да за такву врсту прописивања нема ни уставна ни законска овлашћења?⁴¹

⁴⁰ Одлука УС БиХ бр. У-1/11 („Службени гласник БиХ“, 73/12) и У-16/20 („Службени гласник БиХ“, 49/21)

⁴¹ Члан VI 3. Јурисдикције: Уставни суд ће подржавати овај Устав. а) Уставни суд је једини надлежан да одлучује о било којем спору који се јавља по овом Уставу између два ентитета, или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета, те између институција Босне и Херцеговине, укључујући али не ограничавајући се на то питање: - Да ли је одлука ентитета да успостави посебан паралелан однос са сусједном државом у складу са овим Уставом, укључујући и одредбе које се односе на суверенитет и територијални интегритет Босне и Херцеговине. - Да ли је било која одредба устава или закона једног ентитета у складу са овим Уставом. Спорове може покренути члан Председништва, председavajuћи Вјећа министара, председavajuћи, или његов замјеник, било којег дома Парламентарне скупштине; једна четвртина чланова/delegata било којег дома Парламентарне скупштине, или једна четвртина чланова било којег дома законодавног органа једног ентитета. б) Уставни суд такође има апелациону надлежност у питањима која су садржана у овом Уставу, када она поста-ну предмет спора због пресуде било којег суда у Босни и Херцеговини. с) Уставни суд је надлежан у питањима која му је прослиједио било који суд у Босни и Херцеговини у погледу

Поред тога, слиједећи сопствену методологију, Уставни суд БиХ уврштава јавна добра под појам државне имовине, мада сам наводи да су та добра *extra commercium*, под изговором да се на тај начин јавна добра штите. Руководећи се сопственом конструкцијом дефиниције државне имовине под удар одлука Уставног суда БиХ дошао је Закон о пољопривредном земљишту Републике Српске.⁴² Оспоравајући уставност овог закона Уставни суд БиХ је у одлучивању пошао од сопствене одлуке у предмету У-1/11, по којој ентитет, Република Српска, није била надлежна да донесе закон о статусу државне имовине и под забраном је располагања. Одлуком број У-4/21 Уставни суд БиХ идентично поступа према Закону о шумама⁴³ прогласивши га неуставним.

Уставни суд БиХ је на својој 148. пленарној сједници од 19. септембра 2024. године, разматрао захтјев предсједавајућег Представничког дома Парламентарне скупштине БиХ и четири делегата Дома народа Парламентарне скупштине БиХ за оцјену уставности Изборног закона Републике Српске⁴⁴ те је оспорени закон ставио ван правне снаге. Овакво одлучивање је образложио констатацијом да оспорени закон није у складу са Уставом БиХ, јер се њим преузимају надлежности институција БиХ. Питамо се, да ли би Уставни суд БиХ овако образложење изнедрио у супротном, хипотетичком, случају, када би овлаштени представници из Републике Српске оспорили законе БиХ којима су преузете надлежности ентитетских институција?

Није потребно посебно образлагати да у правном систему у Босни и Херцеговини, ни теоретски а ни практично, судска пракса није извор права као и да Уставни суд нема законодавну надлежност и не може супституисати или дерогирати законодавну надлежност законодавних органа, конкретно ентитета, по било ком правном питању које се тиче прописивања законских правних норми које се могу прописивати само законима. Ослањајући се на овакву, недопустиву, судску праксу, која својим одлукама креира законска рјешења и на основу њих „суди“, високи представник,

toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda.

⁴² „Службени гласник РС“, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19 и „Службени гласник БиХ“, бр. 16/20

⁴³ „Службени гласник РС“, бр. 75/08, 60/13 и 70/20

⁴⁴ „Службени гласник РС“, бр. 61/24

слиједећи овакву судску праксу, на себе преузима улогу законодавца односно прописивача „konaчног рјешења“ питања државне имовине. У том циљу користи се наведеном судском праксом Уставног суда БиХ и апологетским коментарима те праксе.⁴⁵ Истим путем идући, високи представник донио је Одлуку број 01/22⁴⁶ у којој се позива на Декларацију Управног одбора Вијећа за имплементацију мира од 24. септембра 2004. године којом се захтијевало изналажење „трајног рјешења“ у вези с „питањем државне имовине“ и довршавањем активности Комисије за државну имовину.⁴⁷ У преамбули своје одлуке високи представник истиче недостатак релевантног законодавства на државном нивоу те неопходност постојања Закона о привременој забрани располагања државном имовином у БиХ.⁴⁸ У одредби члана 1. своје одлуке наводи се појам или дефиниција државне имовине изведена компилирањем дијелова одлука Уставног суда БиХ, која обухвата: -непокретну имовину која припада држави БиХ на основу међународног споразума о питањима сукцесије, непокретну имовину бивше СРБиХ са стањем до 31. децембра 1991. године, пољопривредно земљиште за које је Уставни суд БиХ утврдио да представља државну имовину у својој одлуци у предмету 8/19, ријеке, шуме и шумско земљиште, за које је Уставни суд БиХ утврдио да представљају државну имовину, у својим одлукама у предметима бр. У-9/19 и бр. У-4/21. Чланом 2. ове одлуке одређено је да је Босна и Херцеговина искључиви титулар државне имовине и да не важе одредбе било ког закона или прописа о располагању том имовином. Одредбом члана 3. ове одлуке наведено је да привремена забрана располагања државном имовином остаје на снази до ступања на снагу закона на државном нивоу о уређењу права власништва и управљања државном имовином Парламентарне скупштине БиХ или док високи представник не одлучи другачије.

На крају, поставља се питање: да ли Устав важи и за Уставни суд? Устав је највиши правни акт сваке земље, тако да сви други општи

⁴⁵ Šarčević, E., *Stručno mišljenje u predmetu U-1/11, (Zbornik radova) Državna imovina*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012., 91-132; *Mišljennje br. 642/2011 Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanske komisije)*, isti *Zbornik radova*, 133-145.

⁴⁶ „Službeni glasnik BiH“, 22/22

⁴⁷ „Službeni glasnik BiH“, 10/05, 18/05, 69/05, 70/05; *Odluke USBiH br. 1/11, U-8/19 (koja se odnosi na poljoprivredno zemljište; U-9/19 (koja se odnosi na rijeke i vode) и U-4/21 koja se odnosi na šume, i šumko zemljište u Republici Srpskoj.*

⁴⁸ „Službeni glasnik BiH“, бр. 18/05, 29/06, 85/06, 32/07, 41/07, 74/07, 99/07 и 58/08.

акти, закони и подзаконски акти као и појединачни акти морају да буду у сагласности са њим. И Уставни суд БиХ доноси правне акте који морају бити у складу са Уставом, јер ни заштитник уставности није изнад Устава. А пошто није, онда се може поставити питање и уставности његових аката и одлука. Да ли је у складу са Уставом да Уставни суд поништава одлуке редовних судова? Уставни суд није у систему судске власти, јер његово оснивање и функционисање прописује Устав а (само) организовање сам Уставни суд БиХ. Пошто је ван судске власти, Уставни суд БиХ не може испитивати ваљаност судских одлука. То може једино суд коме је организациони или функционални процесни закон дао овлашћење поступања по правном лијеку. Уставни суд БиХ би могао у својој надлежности само да констатује неуставност појединих дијелова или цијеле одлуке редовног суда. И ништа више од тога. Да ли је у складу са уставом да се подзаконским актом, пословником, Уставни суд самоорганизује? Зашто није донијет закон о уставном суду? Овако је прекршен не само Устав и начело законитости него и принцип демократске подјеле власти. Подјела власти не подразумијева потпуну независност појединих грана власти једне од друге, него демократску контролу сваке власти једне од друге. Само се тако може обезбиједити демократска и правна држава а не сепаратним издвајањем једног од елемената парламентаризма у засебно тијело које не може ни парламент да контролоше а оно може све и свакога! Да ли је уставна категорија тзв. „крњи“ Уставни суд БиХ и да ли као такав може да доноси валидне одлуке? Категорија таквог Уставног суда је у супротности са Уставом. Најновији примјер „попуњавања“ крњег Уставног суда је пролонгирањем статуса судије који је по сили закона са навршених 70 година живота морао отићи у пензију. Уставни суд доноси одлуку да се таквом нелегитимном и нефункционалном бившем судији продужи мандат, а као основ за своју одлуку позива се на препоруку Венецијанске комисије која им је поручила да тако могу да раде! Да ли је у складу са Уставом и основним принципима владавине права да Уставни суд суди у нејавним сједницама? Када одлучује о предметима из своје надлежности био би дужан да их јавно расправи. Овако странке, правна и општа јавност не знају шта се дешава иза затворених врата. Искључење јавности било би могуће само изузетно, у случајевима који су изричито прописани. Ово је само неколико питања и одговора о томе да ли Устав важи и за Уставни суд.

Дјеловање високог представника у БиХ у конструисању појма и садржаја државне имовине Босне и Херцеговине

Као што је опште познато, високи представник није тумач Устава Босне и Херцеговине већ само цивилног аспекта Дејтонског мировног споразума што је чланом 1. Анекса 10 јасно прописано. Под термином коначни или врховни тумач Споразума о цивилном спровођењу Мировног споразума високи представник је практиковао и у пракси демонстрирао да је он врховна власт при процјењивању и одлучивању о својим извршним овлашћењима, која су, тако препуштена њему самом на располагање, апсолутна и неограничена! Његова овлашћења, већ сама по себи апсолутна и неограничена, проширена су на сједници Савјета за спровођење мира одржаној у Бону децембра 1997. који није ни законодавна власт нити орган предвиђен Уставом БиХ. Такав, спољни модератор политичко-правних односа у Босни и Херцеговини додијелио је и додатна тзв. „бонска овлашћења“ високом представнику која му дају одријешене руке да своја овлашћења одређује самостално. Поглавље XI Закључака са тог састанка носи наслов „Високи представник“ и гласи: „Вијеће поздравља намјеру високог представника да користи своја овлашћења врховног тумача Споразума о цивилном спровођењу мировног споразума, како би олакшао рјешавање тешкоћа око доношења обавезујућих одлука, када то сматра неопходним, о слједећим питањима: А) вријеме, мјесто и предсједавање састанцима заједничких институција; Б) привремене мјере које ступају на снагу када стране не могу доћи до споразума и које остају на снази док Предсједништво или Савјет министара не усвоје одлуке у складу са спровођењем мировног споразума у погледу тог питања; друге мјере које ће осигурати спровођење Мировног споразума у цијелој БиХ и њеним ентитетима као и вођење заједничких институција. Ове мјере могу укључивати акције против лица на јавним функцијама или функционера одсутних са састанака без оправданог разлога или за које високи представник сматра да крше законске обавезе према Мировном споразуму или услове за његово спровођење.“

Управни одбор Савјета за имплементацију мира⁴⁹ даје високом представнику политичке смјернице. У Сарајеву високи представник предсједава састанцима амбасадора земаља и организација земаља чланица Управног одбора, два пута мјесечно. Управни одбор се, на нивоу

⁴⁹ Који је оформљен 8. и 9. децембра 1995. и састоји се од 55 земаља и организација

политичких директора, састаје два пута годишње. У заједничкој изјави амбасадора земаља чланица Управни одбор Савјета за имплементацију мира (УО РИС-а) од 22. септембра 2023. поновно исказује своју чврсту и досљедну подршку мандату високог представника и Канцеларији високог представника у надзору над спровођењем цивилних аспеката Општег оквирног споразума за мир (GFAR).

Један од закључака Управног одбора РИС-а⁵⁰ од јуна 2024. године гласи да „Република Српска није потписник Дејтонског споразума, да ентитети нису државе и немају суверенитет. УО ПИК-а охрабрује домаће органе да се конструктивно ангажују у проналажењу прихватљивог и одрживог рјешења за питања државне имовине, што представља кључни елемент Програма 5+2. Нерјешавање овог питања озбиљно утиче на инвестиције и привредни раст државе.“ Политички директори УО ПИК су на састанку у Бриселу 26. и 27. фебруара 2008. године утврдили захтјеве које органи БиХ требају испунити прије затварања ОХР-а. Ови циљеви су: 1. прихватљиво и одрживо рјешење питања расподеле имовине између државе и других нивоа власти; 2. прихватљиво и одрживо рјешење за војну имовину; 3. потпуно провођење коначне одлуке за Брчко; 4. фискална одрживост промовисана путем Споразума о утврђивању сталне методологије за утврђивање коефицијената за расподелу средстава UINO-а и оснивања Националног фискалног вијећа; 5. заживљавање владавине права (демонстрирано путем усвајања Државне стратегије за ратне злочине, доношењем Закона о странцима и азилу и усвајањем Државне стратегије за реформу сектора правосуђа). Поред ових циљева, Управни одбор Вијећа за провођење мира је такође утврдио два услова која треба испунити БиХ прије затварања ОНР-а: Потписивање ССП-а и позитивна процјена ситуације у БиХ од стране Управног одбора вијећа за провођење мира заснована на пуном поштовању Дејтонског мировног споразум.

Овако формулисан политичко-правни утицај међународне заједнице који траје недопустиво дуго у раскораку је са савременим међународ-

⁵⁰ Према Ненаду Кецмановићу, проф. емеритусу, „Надзор имплементације Дејтонског (основног споразума и десет анекса) требало је ваљда да врше њени потписници (председници, премијери, канцелари), односно њихови кабинети, или министри спољних послова, али они су овластили политичке директоре својих министарстава. Најзад, ови су задатак делегирали амбасадорима у Сарајеву, који чине Веће за имплементацију мира (РИС), састају се једном недељно и консултују се с лажним в.п.. Елем, амбасадорократија у комбинацији са диктатуром в.п. Наравно, ништа о томе нема у Дејтону.“ „Политика“, 24. август 2024. године.

ним односима и начелима међународног права. Начела међународног права успостављена Повељом ОУН и другим релевантним међународним правним документама промовише се значај суверенитета држава и потврђују одредабе Повеље ОУН по којима чланице ОУН могу бити само суверене државе а не државе под протекторатом и ограниченог суверенитета. У Босни и Херцеговини су инволвиран и утицаји Савјета за имплементацију мира, Венецијанске комисије, страних судија у Уставном суду БиХ, високог представника за БиХ, страних дипломата итд. На ријечима се, из Предсједништва БиХ, сада чује резигнирани глас, дојучерашњих горљивих заговорника подршке страног интервенционизма, за успостављање тзв. грађанске и унитарне државе и искључивање страног интервенционизма.⁵¹

Квази законодавним активностима високи представник се посветио као самовласни законодавац, јер за законодавну дјелатност није позван ни надлежан према слову Анекса 10 Дејтонског мировног споразума, а ни по тзв. Бонским овлашћењима из 1997. године, јер му она дозвољавају интервенције на рад Предсједништва БиХ и Савјета министара БиХ, али не и на рад Парламентарне скупштине БиХ која је једини надлежни орган за доношење закона на нивоу БиХ. У погледу подјеле законодавне надлежности Устав БиХ из 1995. године јасно прописује да „све владине функције и овлашћења, која нису овим уставом изричито дата институцијама БиХ, припадају ентитетима.“⁵² С обзиром да Уставом БиХ из 1995. године надлежност за доношење закона из имовинско-правне области није изричито дата институцијама БиХ, јасно је, и није потребно тумачење јасне одредбе, да надлежност у уређивању имовинско-правних, односно, својинско-правних односа, припада ентитетима.

Закон о имовини који припрема високи представник по иницијативи Савјета за имплементацију мира у БиХ и уз подршку Уставног суда

⁵¹ Из говора Жељка Комшића, члана Предсједништва БиХ на пријему поводом Дана независности БиХ, 27. фебруара 2025, издвајамо: „Прошло је вријеме у којем се због нефункционалности ове или оне институције обраћало страном амбасадору. И до сада је то тражење такве дадиље било смијешно али од сада би могло бити погубно. (...) Јасно и гласно се мора рећи да међународна заједница и њена улога у БиХ, као неки конкретан и дјелатан механизам више не постоји. Избацимо је из нашег политичког, академског и сваког другог вокабулара, како би макар на нивоу језика и мисли ухватили посљедњи воз са савременим збивањима.“

⁵² Члан 3/1 Устава БиХ

БиХ не може се тако звати, јер је имовина уређена важећим законима ентитета и Дистрикта. Овдје се не може говорити о законском уређењу имовине него о покушају национализације јавне имовине, јавних добара и природних ресурса. Циљ није постизање већег квалитета у управљању, располагању и коришћењу јавне имовине него у одузимању имовинских надлежности ентитета и њиховом преносу на органе државе. Политички дјелатници у Републици Српској су препознали овај разлог и процијенили да се тако жели Република Српска лишити имовине као услова опстанка народа који у њој живи лишењем основног егзистенцијалног услова живота и опстанка. Таква пракса узурпација, конфискација и национализација виђена је у људској историји од давних времена до савременог доба. Намјераваним прописивањем „коначног рјешења“ државне имовине жели се једним законом срушити читава номенклатура важећих имовинских закона у ентитетима и Дистрикту и извршити национализација одабраних имовинских добара, јавних добара и добара у општој употреби. Ово неодољиво подсјећа на југословенски Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. и за вријеме непријатељске окупације.⁵³ Окупаторски прописи су проглашени непостојећим, а пријератни прописи су изгубили правну снагу. Овим су погођени и Српски Грађански законик и црногорски Општи имовински законик. Надамо се да се овако погубне посљедице неће данас догодити у Босни и Херцеговини која се налази на путу у Европску унију и поретком у којем треба да се штите људска права и слободе, владавина права, правна држава и демократија, а изнад свега Устав.

Навешћемо само неке примјере који говоре о погубности коју има лишавање имовине по живот заједнице коју погађају такве репресивне мјере.⁵⁴ Имовина као услов егзистенције једне заједнице је на

⁵³ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 86/46

⁵⁴ „У колонијалном периоду једино су интелектуалци Шпаније преиспитивали (а не само правдали) употребу силе приликом освајања „новог света“. Шпанско освајање Америке се одвијало за време црквене реформе коју је, под утицајем учења Томе Аквинског, спроводио папа Иноћентије Четврти. Он је сматрао да се против староседелаца не може водити рат, нити им могу бити ускраћена имовинска права, само зато што нису хришћани. (...) Дакле, право на самоодређење и имовину локалног становништва могло је бити укинато једино под условом да се покаже како оно није способно да се понаша у складу са принципима разума (природног права). (...) Критички став просветитељске епохе према колонијализму није изненађујући с обзиром на то да се колонијализам залаже за стварање квазифеудалних односа, експропријацију имовине, увођење присилног рада, што је дијаметрално супротно циљевима

мети свих ратних сукоба у свим дијеловима свијета. Сваки егзодус над становништвом нападнуте територије прати и уништавање и отимање имовине односно добара потребних за одржавање људске егзистенције. То се дешавало у недавној прошлости након егзодуса Срба из Хрватске или Срба из Сарајева, а у ранијем периоду током Другог свјетског рата на овим просторима и у цијелој Европи. Можда најбољи примјер вриједности имовине за народну заједницу налазимо у познатом писму индијанског поглавице Сијетла америчком предсједнику Френку Пирсу 1854. године, као одговор на понуду да САД од Индијанаца откупи њихову земљу у замјену за резерват.⁵⁵ Иако се овај план представљао као трговачка понуда нееквивалентне размјене позадина је у ствари била у намјери пауперизације индијанског домородачког становништва, што је,

просветитељске идеје која каже да је сваки појединац разумно биће способно за самоуправу. (...) Према Дидроу, једино је дозвољено колонизовати потпуно ненасељене територије. Европљани су сматрали да је разум универзална особина свих људских бића. (...) Дидро је сматрао да се парадоксална ситуација може разрешити тако што би се различитост прихватила као универзална вредност.“ Из књиге Рајка Петровића и Данила Бабића, Злочини западне цивилизације, Београд, 2024.(према фељтону „Политике“, 8. марта, 2025.године)

⁵⁵ “Veliki poglavica u Vašingtonu ponudio je da kupi našu zemlju. On nas takođe uverava o svojim iskrenim osećanjima. To je ljubazno od njega, jer znamo da mu naše prijateljstvo nije potrebno. Mi ćemo razmisliti o njegovoj ponudi. Jer znamo da ako je ne prihvatimo, beli čovek će doći sa oružjem i uzeti našu zemlju. Veliki beli poglavica u Vašingtonu može verovati onome što poglavica Sijetl kaže, isto kao što naša bela braća mogu verovati promeni godišnjih doba. Moje reči su kao zvezde - ne blede.

Kako neko može kupiti ili prodati nebo, toplinu zemlje? Ta misao je nama strana. Mi ne posedujemo čistoću vazduha ili odsjaj u vodi. Kako to možete kupiti od nas? Sva ova zemlja sveta je za moj narod. Svaka svetlucava borova iglica, svako zrno peska na rečnom sprudu, svaka izmaglica u mračnim šumama, svako svetlucanje i svaka buba, sveti su u tradiciji i svesti moga naroda. Nektar koji silazi niz drveće nosi sećanje na crvenog čoveka. (...) Mi smo deo zemlje i ona je deo nas. Mirisne trave su naše sestre. Jelen, konj, veliki orao – svi oni su naša braća. Stenoviti vrhovi, rosa u travi, beskrajne prerije i čovek - svi pripadaju istoj prodicti. Tako da kad Veliki poglavica iz Vašingtona šalje svoj glas da želi da kupi našu zemlju – traži previše od nas. (...) Mi znamo da beli čovek ne razume naše običaje. Za njega je svaki komad zemlje isti, jer on je stranac koji dolazi noću i pljačka zemlju. Ona nije njegova sestra, već njegov neprijatelj i kada je pokori on odlazi dalje. On ostavlja iza sebe grobnice svojih predaka ali to ne grize njegovu savest. On otima zemlju od svoje dece i ne brine se. Grobovi njegovih očeva i zemlja što mu decu rađa zaboravljeni su. Ponaša se prema svojoj majci-zemlji i prema bratu-nebu, kao prema stvarima koje se mogu kupiti, opljačkati, prodati kao stado ili sjajan nakit. Njegova pohlepa će jednog dana proždrti zemlju i ostaviti samo pustoš.“

према историјском искуству, довело до готово потпуног уништења домородачког, старосједилачког, становништва Америке.

ЗАКЉУЧАК

Постоје теоретичари који сматрају да људско друштво мора да врши извјесне заједничке послове на јединствен начин. Како то да држава тачно одређује шта је општи интерес и да тај интерес намеће људима принудом, ако људи имају посебне интересе који су супротни општем интересу? Ако су интереси идентични нема потребе за принудом, али ако нису, не намеће државна бирократија општи интерес него свој сопствени артикулисан од владајуће класе, владајуће партије, владајуће нације и др.⁵⁶ Државна капиталистичка својина је својина државе над предузећима, јавним службама и др, а под појам државне својине улази и својина њених деривата, као што су општине, срезови, градови и др. У социјалистичком државном уређењу државна својина је овладава цјелокупним фондом својине чији је била јединствени титулар.⁵⁷ Јавна добра (добра у општој употреби) су ствари које се налазе ван имовинскоправног промета и за које важи посебан правни режим. Објекти који улазе у скуп јавних добара су: земљиште, воде, море, ваздух, зграде и потребне ствари које служе функционисању управних органа и на којима државни органи имају само овлашћења управљања, а не и имовинскоправна овлашћења располагања односно отуђивања. Претварање јавних добара у државну имовину водило би њиховом претварању у имовинскоправне објекте, чиме би се нарушила њихова функција и садржина.⁵⁸ Ако сада транспонујемо ове начелне, теоријско-правне, ставове на пројекат заговорника државне имовине у Босни и Херцеговини, увиђамо да су њихове полазне премисе погрешне. Јавна добра, добра у општој употреби не могу се по сили закона претварати у државну имовину, заправо, у државну својину, и тако добити имовинскоправне атрибуте. Закони којима се прописује правни режим јавних (општих) добара су у надлежности ентитета и њима је тај правни режим уређен.⁵⁹ То произилази из уставних посту-

⁵⁶ *Правна енциклопедија*, Београд, 1979, 263.

⁵⁷ *Ibid.*, 270

⁵⁸ *Ibid.*, 491

⁵⁹ Закон о стварним правима, Службени гласник РС, бр. 124/08, 3/09,-испр. 58/09,95/11, 50/15,18/16-одлука УС и 107/19; Закон о премјеру и катастру непокретности Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 6/12, 110/16, 22/18-одлука УС РС,62/18,

лата, јер су општи интереси у овом питању подијељени између ентитета који су политичко-територијалне одреднице три конститутивна народа. Сваки од ових народа и ентитета има свој сопствени „општи“ интерес који је правно заштитио. Такво правно стање је *de lege lata* према конституцији БиХ. Насилне промјене овог уставноправног уређења очекивано и оправдано изазива политичке сукобе, нестабилност у друштвено-економској сфери са нежељеним далекосежним посљедицама.

Државност Босне и Херцеговине је овјерена Уставом БиХ и не обухвата имовинске односе који су уређени важећим ентитетским законодавством и законима Брчко Дистрикта БиХ. Устав БиХ нема прописа о јавној имовини као дио надлежности органа БиХ. Како произилази из наших истраживања ове проблематике, несумњиво је да судска пракса није извор права нити су одлуке – декрети високог представника закони, а ни Вијеће за имплементацију мира није комисија законодавне скупштине која пројектује законодавну дјелатност. Читава кампања заговорника „коначног рјешења питања државне имовине“ је нелегитимно, нелегално, неуставно и нестручно вођена. Симптоматично је да су главне полуге у овоме настојању тијела која у своме саставу садрже стране експерте или их организационо, кадровски и финансијски подржавају; Уставни суд БиХ, високи представник, Вијеће за имплементацију мира и др. Мотиви и намјере страних умјешача у демократски, правосудни, правни и политички систем Босне и Херцеговине су разорне за друштвено-политичке прилике у савременој Босни и Херцеговини на европском путу, а који мотиви иза свега стоје можемо само наслућивати с обзиром на колонијални статус Босне и Херцеговине у даљој и ближој прошлости па све до данашњих дана.

Најзад, у новије вријеме, из правничких кругова у ФБиХ, најављује се и тзв. „средње рјешење“ за државну имовину. По томе би титулари

и 95/19-одлука УС РС; Закон о преносу средстава друштвене у државну својину, Службени гласник РС, бр. 4/93, 29/94, 31/94, 9/95, 8/96 и 20/98; Закон о водама, Службени гласник РС, бр. 50/06 и 92/09; Закон о пољопривредном земљишту, Службени гласник РС, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19 и Службени гласник БиХ, бр. 16/20 одлука УС БиХ, Закон о пољопривредном земљишту, Службени гласник БиХ, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19 и Службени гласник БиХ, бр. 16/20- одлука УС БиХ, Закон о рударству, Службени гласник РС, бр. 62/18; 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 шумама, Службени гласник РС, бр. 75/08, 60/13 и 70/20; Закон о унутрашњој пловидби РС, Службени гласник РС, бр. 54/19; Закон о заштити природе, Службени гласник РС, бр. 20/14.

државне имовине, јавних добара и природних ресурса постале опћине/општине. Идеја подсјећа на утопијску идеју комуналне друштвене организације, комуналног система, као начина одумирања државе у социјализму. У условима важеће управно-територијалне организације Босне и Херцеговине овакав приједлог је, са актуелног политичког стајалишта, прикривена варијација успостављања унитаристичке друштвене организације. Са термилошко-правног аспекта државна својина се не може поистовијетити са муниципалним власништвом. Ова идеја указује на чињеницу да је и опћинско / општинско власништво заправо дериват државног власништва или, прецизније речено, сегмент јавне својине. У сваком случају, „средње рјешење“ државне имовине не кореспондира са принципима својинског права нити са уставним уређењем дејтонске Босне и Херцеговине, те је научно неутемељено и неуставно.

Свако прописивање, од стране ненадлежних органа или тијела је неуставно и незаконито и урушава систем својинско-правних односа завршен трансформацијом стварних права у Босни и Херцеговини. Покушаји да се неуставним и незаконитим активности ненадлежних органа и тијела, која припадају политици а не правном систему, путем доношења *quasi* правних аката нарушава правни систем, правна сигурност и заоштравају политички односи у неконсолидованом друштву, омета европски пут БиХ. Постојеће тешкоће у имовинско-правним односима, између институција БиХ, ентитета и нижих нивоа власти, могу се регулисати мјерама фискалне политике, пореским мјерама, контролом и евиденцијом с циљем да се спријече штете на јавним добрима, малверзације и незаконита располагања јавним добрима, и да се успоставе облици сарадње и партнерски односи у функционисању државних органа и заштите правних интереса свих правних субјеката у сфери располагања, кориштења и управљања јавним добрима. За политичке циљеве, какви су покушаји унитаризације и централизације БиХ, недопустиво је злоупотребљавати вјековне тековине правне цивилизације успостављене великим европским грађанским кодификацијама на темељима римске правне традиције. Таквим грандиозним правним документима, чији смо баштиници и сви у Босни и Херцеговини, успостављен је категоријални апарат стварно-правних и имовинско-правних односа који не смије бити заобиђен и обесмишљен лаицизмом острашћених судија и високих представника окружених бројним анонимним експертима и савјетницима. Правна наука грађанског права има своја начела, правила, појмове, установе и систем који истински посленици и поштоваоци морају ува-

жавати, без обзира на спољне притиске и дневно-политичке размирице и хајке.

Једини могући одговор на ову кампању јесте да структура државне имовине мора бити усклађена са државном организацијом и расподјелом надлежности између разних нивоа власти прописаних Уставом БиХ, уставима ентитета и статутима локалних јединица. Одступање од ових базичних, уставно-правних, принципа уводи у волунтаризам којем нема мјеста у правном систему правне државе. С обзиром на настојања бошњачких апеланата, Уставног суда БиХ, високог представника и Вијећа за имплементацију мира да одузму надлежности Републике Српске над имовином, могуће је само подсјетити да сви субјекти имају право на имовину. Право на имовину⁶⁰ имају и јавноправни као и приватно-правни субјекти у Босни и Херцеговини, а што је гарантовано како Уставом БиХ тако и Међународном конвенцијом о заштити људских права и основних слобода. Право на имовину је природно и људско право⁶¹ а не монопол државне бирократије.

ЛИТЕРАТУРА

1. Andrijić, S., Vlasništvo u tranziciji netržišnog gospodarstva, *Tranzicija*, god. 1, br. 1, 1999.
2. Vedriš, M., *Osnove imovinskog prava*, Zagreb, 1971.
3. Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд, 1977.
4. Kofrc, H., Svojina i koncesija u procesu tranzicije, *Tranzicija*, god. 1 br. 1. 1999.

⁶⁰ Stanković, M., “Pravo na imovinu u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava”, *Harmonius* 2019, str. 3: „Pravo na imovinu predstavlja jednu od osnovnih tekovina savremene civilizacije, a odredbe o zaštiti tog prava bile su neizostavni deo građanskih deklaracija iz osamnaestog veka. Tako je francuska Deklaracija o pravima čoveka i građanina od 1789. (član 17) svrstala pravo na imovinu u red „prirodnih i neotuđivih prava“, predviđajući da je svojina „nepovredivo i sveto pravo“ kojeg niko ne može biti lišen. “Pravo na imovinu je pravo svakog fizičkog i pravnog lica na zaštitu od akata kojima se povređuju – ukidaju ili ometaju – prava korišćenja i raspolaganja imovinom. Pri tom, zaštićeno je jedino pravo na postojeću imovinu, a ne pravo da se ona stiče različitim pravnim poslovima. Osim toga, ne štiti se „pravo na određeni životni standard, nego je to pravo svakoga da mu se imovina zaštiti od ometanja države. Jednostavno rečeno, pravo na imovinu pre svega podrazumeva pravo na mirno uživanje imovine. Zaštitom prava na imovinu nije obuhvaćeno samo pravo svojine na pokretnim i nepokretnim stvarima, već i druga stvarna prava, kako apsolutna tako i relativna.”

⁶¹ „Наше је само оно што поклонио другима“ (отац Митрофан са Хиландара)

5. Perović, S., *Besede sa Kopaonika*, Београд, 2015
6. Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Сарајево, 2009
7. *Правна енциклопедија*, Београд, 1979.
8. Spaić, V., *Građansko pravo-opšti dio i stvarno pravo*, Сарајево, 1971.
9. Šarčević, E., *Stručno mišljenje u predmetu U-1/11, (Zbornik radova-Državna imovina)*, Fondacija Centar za javno pravo, Сарајево 2012.

Правни прописи

1. Закон о водама, *Службени гласник РС*, бр. 50/06 и 92/09.
2. Закон о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19 и *Службени гласник БиХ*, бр. 16/20 одлука УС БиХ, Закон о пољопривредном земљишту, *Службени гласник БиХ*, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12, 58/19 и *Службени гласник БиХ*, бр. 16/20- одлука УС БиХ.
3. Закон о премјеру и катастру непокретности Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 6/12, 110/16, 22/18-одлука УС РС, 62/18, и 95/19-одлука УС РС.
4. Закон о преносу средстава друштвене у државну својину, *Службени гласник РС*, бр. 4/93, 29/94, 31/94, 9/95, 8/96 и 20/98.
5. Закон о рударству, *Службени гласник РС*, бр. 62/18.
6. Закон о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања, *Службени гласник РС*, бр. 135/10.
7. Закон о стварним правима, *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 3/09,- испр. 58/09, 95/11, 50/15, 18/16-одлука УС и 107/19.
8. Закон о унутрашњој пловидби РС, *Службени гласник РС*, бр. 54/19; Закон о заштити природе, *Службени гласник РС*, бр. 20/14.
9. Закон о шумама, *Службени гласник РС*, бр. 75/08, 60/13 и 70/20.

Prof. Branko Morait, Ph. D.⁶²

RUMOR ABOUT STATE PROPERTY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: *Hes paper analyzes two approaches to the so-called final solution to the issue of state property in BiH. One approach to this issue is political, as domestic and foreign political representatives express their views on it. This approach has two poles, centralist-maximalist and particularist-decentralist. On the other hand, we have a theoretical-legal approach with two opposing viewpoints. One approach is functional and advocates that the state owns only the property that is necessary for the functioning of its organs and affairs. The second is territorial, according to which everything on the state's territory is owned by the state. Finally, the third is territorial-functional and divides state property between various levels of government in the state. The valid legal regulation of property-legal relations, de lege lata, has prescribed property-legal relations within the framework of the constitutional division of jurisdiction between the entities and Brčko District of BiH.*

Keywords: *property, ownership, state, constitution, law, constitutional court, High Representative for Bosnia and Herzegovina.*

⁶² Full professor at the Law Faculty and retired judge

ОПШТА ДОБРА, ЈАВНА ДОБРА, СТВАР У ОПШТОЈ УПОТРЕБИ – са освртом на решење Преднацрта ГЗ (2015) –

Др Илија Бабић¹

Анстракт: Аутор у овом раду одређује правну природу и предмет општих добара, јавних добара и ствари у општој употреби. Општа добра као целина не могу бити у власти физичког или правног лица али могу служити за њихове потребе и свима за опште потребе (као што су ваздух у атмосфери као целини, вода у рекама, језерима и мору као целина). Категорију општих добара (*res communes omnium*) познавало је римско право. Римска подела ствари утицала је и на доцнија законодавства држава европског континенталног правног круга (укључујући и Србију).

У раду се разграничава јавна својина (и друга стварна права у том режиму) и привата својина. Тумаче се и анализирају кључне одредбе позитивног права (првенствено Закон о јавној својини – ЗЈС²) које уређују јавну својину (њене титуларе, кориснике и предмет). Подела својине на приватну и јавну извршена је према циљу коме ствари служе, а не према субјекту. Од ових категорија својине разликују се општа добра по предмету и намени. Разлика између јавних добара и општих добара нејасна је с обзиром на то да важеће право у Србији не предвиђа категорију општих добара.

¹ Редовни професор универзитета у пензији; prof.ilijababic@gmail.com

² Службени гласник РС, бр. 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 - др. закон, 108/16, 113/17, 95/18, 153/20, 94/24.

Аутор испитује и решења Преднацрта Грађанског законика Републике Србије – Преднацрт ГЗ (2015)³ која, осим приватне својине и њених облика, предвиђају две категорије ствари – јавна добра и ствари у општој употреби. На основу анализе позитивних прописа, упоредног права и мишљења правне теорије, применом више метода сазнавања и тумачења права, аутор оцењује да одредбе чл. 151. и 152. Преднацрта ГЗ (2015) – које само предвиђају јавна добра и ствар у општој употреби, нису у складу са Уставом Србије. У чл. 151. Преднацрта ГЗ (2015) потребно је јавна добра и потпуније и јасније дефинисати и одредити титуларе и предмет јавне својине, а сву осталу регулативу препустити већ важећем Закону о јавној својини.

Кључне речи: општа добра; јавна својина; јавна добра; *res communes*(*отпiит*); ствар у општој употреби.

1. Уопште

Данашња подела имовине (својине) на јавну и приватну мање је спорна од поделе на јавну својину и општа добра – *res communes* (*отпiит*), означене од неких аутора као „заједничке ствари“. На општим добрима се не могу стицати стварна права, а ни државина физичког или правног лица. Општа добра служе за употребу свим правним субјектима. Она нису у људској власти него су „свачија“ те се и не сматрају стварима у правнотехничком смислу.

У јавној својини се уочавају јавноправни (државни, управни) и својински састојак. Јавна својина штити јавне интересе, а приватна својина појединачне интересе.⁴ Подела имовине – добара (најчешће својине) на приватну и јавну извршена је према циљу коме ствари служе, а не према субјекту. Приватна својина штити се грађанскоправним тужбама по диспозицији физичког лица чије је право повређено, а јавна својина и административним те казним актима по службеној дужности односно актима јавноправног субјекта који је ималац или корисник јавне својине.

2. Римско право

Ствари су се, у римском праву, према намени којој служе, делиле на *res communes otпiит* (ствари нужне за физички живот и служе заједничкој употреби свих људи) и *res publicae* (ствари које припадају

³ Влада Републике Србије, Београд 2015.

⁴ Р. Јелић, *Јавна својина и сродни облици*, Досије студио, Београд 2013, 11.

римском народу – *populus Romanus*). Ова древна подела утицала је и на доцнија законодавства држава европског континенталног правног круга (укључујући и Србију).

Израз *res extra commercium* (*res extra patrimonium*) у римском праву означава ствари које су неутуђиве и неспособне да, због својих правних и физичких својстава, буду у приватној својини и предмет правних послова.⁵ У ову врсту ствари сврставане су и ничије (или напуштене) ствари (*res nullius* и *res derelictae*).

Римско право је искључивало ствари из правног промета по „божанским законима” (*res extra commercium divini iuris*) или по људским законима (*res extra commercium humani iuris*). Гај одређује: „Оно што припада божанском праву не може бити ни у чијој имовини, док оно што подлеже људским законима већином је у нечијој имовини, али може бити и ничије... А оне ствари које припадају људском праву или су јавна добра или приватна. 11. За јавна добра се сматра да не припадају ничијој имовини, већ самој заједници. Приватне су ствари оне које припадају појединцима” *Inst.*, II, 9-11).⁶ *Res nullius divini iuris* (ничије ствари по „божанском праву” имају за предмет: *res sacrae* (храмове, статуе богова, олтаре, одећу свештеника и друго); *res sanctae* (градске зидине укључујући и капије на њима, земљишне међе и друго);⁷ *res religiosae* – ствари посвећене култу покојника (гробови грађана и робова, од тренутка њихове сахране и све ствари које се налазе у гробници).⁸

Res nullius humani iuris (ничије ствари по људским законима) делиле су се на: *res communes omnium* и *res publicae* (јавна добра, ствари у јавној својини, јавне ствари).

Res communes omnium означавају ствари у општој употреби као што су ваздух, текућа вода јавних река, море, део морске обале докле допире плима. Ове ствари су изузете из правног промета јер су нужне за физички живот и служе заједничкој употреби свих људи. Ако би неко ометао употребу ових добара претор је против тог лица предвидео интердикт.⁹

⁵ Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд 1985, 138.

⁶ Гај, *Институције*, Нолит, Београд 1982, 93.

⁷ О. Станојевић, *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд 2004, 232; Н. Маријан, *Римско право*, Школска књига, Загреб 1974, 99

⁸ Ж. Бујуклић, *Forum Romanum*, Правни факулте у Београду – Досије, Београд 2005, 199; О. Станојевић, 232; М. Horvat, 99.

⁹ А. Ромас, *Рječnik rimskog prava*, Informator, Загреб 1989, 304; О. Станојевић, 232.

Res publica припадају римском народу (*populus Romanus*) оличеном у држави односно општинама. Изузете су из правног промета (*res extra commercium*) све док служе јавној сврси. Као *res publicae* сматрале су се: јавне реке, купалишта, луке, јавни путеви, улице, тргови, позоришта и друго. Доступност и употребу ових ствари заштићена је преторским интердиктима.

3. Општа добра

Општа добра су делови природе који нису подобни да буду предмет стварних права (а ни државине) физичког или правног лица и служе за употребу свим правним субјектима (*res communes omnium*).¹⁰ Овај део природе, због својих природних особина или због тога што је тако закон прописао, као целина не може бити у приватној својини јер служи за опште потребе свима.¹¹ Општа добра су, начелно, изузета из промета али то не значи да нико о њима не брине.¹² Њима ипак управља држава или неки субјекат јавне власти али не као власник.¹³

Док се јавна и приватна својина јасно разликују, у науци, а ни пракси, није начињена јасна разлика између јавних добара (својине) и осталих добара (својине?) које не могу по својој природи бити у јавној својини, али ни у приватној својини. Остала добра (ствари?) је старија правна литература сврставала у *res nullius* – ничије ствари или пусте. То су добра која не припадају никоме – одређеном физичком лицу али ни јавноправном субјекту (као што је држава, град, општина). Она се деле на *res communes* „које се и не налазе у људској власти, те и не представљају ствари у правном смислу речи” као што су ваздух, сунчева светлост, текућа вода пловних река, отворено море. Остале ничије ствари тренутно немају титулара јер се сопственик одрекао права својине (*res derelictae*) или нису ни имале титулара.¹⁴ Општи аустријски грађан-

¹⁰ P. Klarić, M. Vedriš, *Грађанско право*, Narodne novine, Zagreb 2009, 75.

¹¹ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno право*, Svezak prvi, Narodne novine, Zagreb 2007, 136.

¹² J. Jug, „Правни статус опћих добара,” *Nekretnine u pravnom prometu*, VII savjetovanje, Zagreb 2004, 2.

¹³ И. Бабић, Д. Медих, Е. Хашић, М. Повлакић, Ј. Велић, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево 2011, 145.

¹⁴ Л. Марковић, *Грађанско право – Стварно право*, Народна самоуправа, Београд 1927, 182–183.

ски законик из 1811 (ОАГЗ) разликује ничије ствари које сви „могу присвојити”, и ствари које служе само за употребу, као што су велике и мале реке, луке и обале морске назване су опште или јавно добро (в. пар. 287. ОАГЗ). Оправдано је оцењено да ОАГЗ „није имао пред очима” *res communes omnium* (ствари које човечија сила не може у њиховој целини савладати као што су светлост, ваздух, отворено море), јер се и не сматрају стварим у грађанском смислу.¹⁵ По узору на ОАГЗ, Српски грађански законик из 1844 (СГЗ) разликује „пусте или ничије” ствари које припадају ономе „ко их пре заузме” и ствари „које сви употребити могу, и нико никога искључити од њих не може” као што су „друмови, путеви, реке, обале језера. Ствари које су намењене за „општу потребу народну” СГЗ означава као „народно добро” (в. пар. 195. СГЗ).

Поједини правни писци *res communes (omnium)* означавају као заједничке ствари (по правилу, за предмет имају ствар).¹⁶ Заједничке ствари нису подвргнуте нормама које уређују јавну а ни приватну својину те немају свог титулара. Израз „заједничке ствари” је сродан изразу „ствари у заједничкој својини” и није добро изабран иако је то приближан превод латинског појма (*res communes omnium*). Примеренији је израз „општа добра” (израз „заједничке ствари” би изазвао забуну јер је већ устаљен израз заједничка својина) те ћемо га користити у овом раду.

Коришћење (употреба) општих добара – ствари („заједничких ствари”), по правилу, нема ограничења за све субјекте јер их има и преко људских потреба. У протеклих неколико деценија коришћење (употреба) општих добара („заједничких ствари”) ограничава се међународним споразумима и конвенцијама ради спречавања загађења ваздуха, отвореног мора, прекомерни риболов.¹⁷

Нешто старије мишљење сматра да поједина јавна добра стоје ван грађанскоправне категорије ствари (*res communes omnium*) у општој употреби као што су улице, паркови, тргови. Истиче и став неких писаца који у ова добра убрајају и ствари које нису доступни човеку – не налазе се у његовој власти и не сматрају се ствари (Сунце, слободни ваздух, слободни електрицитет у природи, сунчева топлота).¹⁸ Спорно

¹⁵ А. Rušnov, *Tumač Obćemu austrijskomu građanskom zakoniku, knjiga prva*, Knjižara Lav. Hartmana, Zagreb 1893, 418.

¹⁶ Р. Јелић, *op. cit.*, 54.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 1996, 14.

је, међутим, да ли ствари као што су улице, паркови и тргови представљају општа добра (*res communes omnium*). Општа добра јесу материјални делови природе алине могу као целина бити у власти одређеног физичког или правног лица што је битна одлика права својине али и јавне својине. Слободан ваздух, слободни електрицитет, сунчева топлота нису ствари са гледишта грађанског права. Нацрт Законика о својини и другим стварним правима из 2007 (Нацрт, 2007)¹⁹ је, стога, у чл.у 20. одредио: „На добра у општој употреби, односно општа добра не примењују се одредбе овог законика”. Сунце, друге звезде и остала небеска тела (планетоиди, метеороиди, комете и друго), иако материјалне природе, немају својство општих добара („заједничких ствари”). Ова небеска тела нису ствари у грађанскоправном смислу, не могу бити у власти човека и, за разлику од општих добара, не могу се користити (употребљавати) ни на који начин.

Закон о власништву и другим стварним правима Хрватске 1996 (ЗВ)²⁰ у чл. 3. ст. 2. прописује да нису способни да буду објектом права својине и других стварних права они делови природе који по својим особинама не могу бити у власти нити једног физичког или правног лица појединачно, него су на употреби свих, као што су то атмосферски зрак, вода у рекама, језерима и мору, те морска обала („опћа добра”). Опште добро као целина не може бити у власти физичког или правног лица али може служити за његове потребе и свима за опште потребе (као што су ваздух у атмосфери као целини, вода у рекама, језерима и мору као целина). Ове телесне делове природе људи користе, али као целина нису способне да буду предмет стварних права.²¹ Једне ствари су, следом тога, опште добро по својој природи, а друге ствари су то својство стекле по изричитим одредбама посебног закона. У обе правне ситуације ствари које чине предмет општег добра не могу бити у приватној, а ни јавној својини ни једног физичког или правног лица.²²

¹⁹ *Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Министарство правде Републике Србије, Немачка организација за техничку сарадњу (ГТЗ), Београд 2007.

²⁰ *Narodne novine*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17.

²¹ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo, Svezak prvi*, Narodne novine, Zagreb 2007, 136.

²² T. Josipović, „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, 95-153 (2001), 98.

Решење из чл. 3. ЗВ преузето је, у основи, у чл. 7. ст. 1. и 5. Закона о стварним правима Републике Српске (ЗСП РС)²³ и чл. 7. ст. 1. и 5. Закона о стварним правима Федерације БиХ (ЗСПФ БиХ)²⁴ у истоветним одредбама. О општим добрима, по правилу „води бригу, њима управља и за то одговара Република Хрватска” (чл. 3. ст. 3. ЗВ). Вођење бриге и управљање општим добрима може, посебни закон, другачије уредити (на пример, давање концесије). За разлику од овог, доброг решења, чл. 7. ст. 5. ЗСПРС прописује да се посебним законом уређује „коришћење и управљање општим и јавним добрима”. Питање је ко ће општим добрима управљати док не буде донесе посебан закон. На основу посебних закона у праву Хрватске одређене непокретности имају статус општих добара као што су јавни путеви („цесте”), јавне зелене површине, пешачке стазе, тргови, паркови, игралишта и друге саобраћајне површине које пролазе кроз насеље, независно од тога да ли бригу о њима и управљање обавља Република Хрватска или јединица локалне самоуправе.²⁵

Закон о својинско правним односима Црне Горе (ЗСПО)²⁶ предвиђа добра од општег интереса и јавна добра. У добра од општег интереса уврштава природна богатства и добра у општој употреби. Она су јавна добра – ствари које, у складу са њеном наменом, под једнаким условима могу сви да користе и не могу бити у приватној својини. На јавном добру могу се стицати посебна права коришћења (концесија, закуп и друго), под условима одређеним законом. Поједина добра од општег интереса (грађевинско, пољопривредно и шумско земљиште, те заштићени делови природе и друго) могу бити објекат права својине и других стварних права. ЗСПО предвиђа и добра у општој употреби (путеви, пруге, аеродроми, тргови, ваздушни простор, луке и друго) која не могу бити у приватној својини (в. чл. 20–22) али их потпуније не регулише.

Општа добра нису ствари које су предмет стварног права, нису у јавној ни приватној у својини и не могу бити објекат правних послова. С обзиром на то да нису у својинско правном режиму, општим добрима се могу сви користити у складу са његовом наменом и природом (без нарушавања његових природних својстава).²⁷ Начин и услове коришћења

²³ *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08, 3/09 – исправка, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС.

²⁴ *Službene novine FBiH*, бр. 66/13, 100/13, 32/19.

²⁵ *J. Jug, op. cit.*, 15.

²⁶ *Службени лист ЦГ*, број 19/09.

²⁷ *T. Josipović, op. cit.*, 98.

одређује орган или организација коме је поверено да се о њему стара. Супротно томе јавна добра су у стварноправном режиму и у својини правних лица јавног права.

4. Јавна својина

4.1. Решење Устава РС (2006)

Институт јавне својине предвидео је Устав Републике Србије из 2006²⁸ (Устав РС) – јемчи приватну, задружну и јавну својину. Јавну својину разврстава (према субјектима) на државну својину, својину аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе. Одређује да сви облици својине имају једнаку правну заштиту и да „Средства из јавне својине отуђују се на начин и под условима утврђеним законом.” (чл. 86. ст. 1. и 3). Док чл. 86. Устава РС уређује својину (право својине је најзначајније право у имовини, али је овим чланом требало на исти начин јемчити приватну, задружну и јавну имовину), чл. 87. Устава РС одређује начелну садржину државне имовине (не само својине), чији је корисник Република Србија у којој могу бити и друге ствари и права у складу са законом.

Уређење имовине аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, начин њеног коришћења и располагања, Устав је препустио закону (чл. 87. став 4).

4.2. Појам јавне својине

Јавна својина јесте својина државе, аутономне покрајине, јединица локалне самоуправе – општине, града, њихових органа и организација. Предмет је стварноправног уређења, по правилу, као и приватна својина, изузев добара (ствари?) које Закон о јавној својини (ЗЈС) сврстава у јавну својину иако по својој природи представљају општа добра (на пример, јавни путеви, јавне пруге, улице, тргови, јавни паркови). Наиме, чл. 4. ЗЈС прописује да се на стицање, вршење, заштиту и престанак права јавне својине, примењују одредбе закона којим се уређује право приватне својине, ако нешто друго није одређено законом.²⁹

²⁸ *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Амандмани I–XXIX.

²⁹ Тако је (за разлику од приватне својине) ЗЈС прописао да природна богатства, добра у општој употреби, мреже у јавној својини, водно земљиште и водни објекти у јавној

Својство јавне својине проистиче првенствено из намене ствари која чини њен предмет. Намена ствари у јавној својини одређује се законом или одлуком надлежног органа донетом на основу закона, односно другог прописа или општег акта. Законом или подзаконским актом има-лац³⁰ права јавне својине (РС, аутономна покрајина, град) може пренети на органе, организације, јавна предузећа и друге право коришћења на непокретним и покретним стварима. О давању ствари у јавној својини чији је субјекат РС на коришћење одлучује одлучује Влада РС, ако законом није другачије одређено, односно орган аутономне покрајине, општине или града (в. чл. 5. чл. 18–25. ЗЈС).

У правној науци истакнуто је више ставова о правној природи јавне својине. По једном ставу на јавној својини („добру“) постоји право својине у корист државе и других јавноправних субјеката. Због тога приватна својина може функционисати као јавна својина ако служи општој употреби.³¹ Упориште за став да је јавна својина попут права својине грђанског права проистиче из чл. 4. ст. 1. ЗЈС да се на стицање, вршење, заштиту и престанак права јавне својине, примењују одредбе закона којим се уређује право приватне својине, ако нешто друго није одређено законом. Оправдано се истиче да се јавна својина по предмету и садржини не разликује од права приватне својине – субјекти јавне својине, по правилу, имају иста права на ствари као и остали власници.³²

Према другом ставу јавна својина је облик својине у јавноправном смислу, служи обављању јавних функција и регулисане су принудним прописима.³³ Трећи став (саопштен још у XIX веку) сматра да јавна својина није објекат права својине јавног ни приватног права. Ова став је, уз одређено прилагођавање, утицао на објашњење појма друштвене својине („свачија и ничија“), а јавна својина је била њен саставни део.³⁴

својини, заштићена природна добра у јавној својини, културна добра у јавној својини, непокретности у јавној својини које, у целини или делимично, користе органи РС, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе за остваривање њихових права и дужности не могу бити предмет принудног извршења. Из принудног извршења изузети су и објекти, оружје и опрема намењени одбрани и државној и јавној безбедности (в. чл. 17–18).

³⁰ ЗЈС користи израз „носилац“.

³¹ Р. Јелић, *op. cit.*, 13.

³² Т. Јосиповић, *op. cit.*, 97.

³³ Р. Јелић, 15.

³⁴ *Ibidem*, 16.

Сваки од изложених ставова наглашавао неко својство јавне својине док друга својства занемарује. Јавна својина, као сложен појам, садржи истакнута обележја у већој или мањој мери зависно од тога што је њен конкретан предмет (на пример: да су то природна богатства или ствари које користе јавноправни субјекти за свој рад).

4.3. Предмет јавне својине

Закон о јавној својини је одредио да су у јавној својини: 1) природна богатства; 2) добра од општег интереса за које је законом одређене да су од општег интереса; 3) добра у општој употреби, за која је законом утврђено да су у јавној својини; 4) мрежа којом се обавља привредна делатност пружања услуга од стране правних лица основаних од носилаца јавне својине; 5) ствари које користе органи и организације РС, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе (непокретне и покретне ствари и друга имовинска права, која служе за остваривање њихових права и дужности);³⁵ 6) друге ствари које нису обухваћене набројаним категоријама ствари (в. чл. 3, 9–13. ЗЈС).

4.3.1. Природна богатства

Закон у јавној својини (у чл. 9. став 1. коме претходни поднаслов „Природна богатства”) одређује да су у јавној својини Републике Србије: 1. воде, водотоци и њихови извори, минерални ресурси, ресурси подземних вода, геотермални и други геолошки ресурси и резерве минералних сировина, и 2. друга добра која су посебним законом одређена као природна богатства. Природна добра су, према томе, наведена при-

³⁵ Закон о средствима у својини Републике Србије – ЗСС (није познавао категорију јавне својине, а престао је да важи ступањем на снагу ЗЈС – в. чл. 86. и 91. тог закона) важио је до ступања на снагу Закону о јавној својини (ЗЈС). ЗСС је одређивао да су средства у државној својини (тј. Републике Србије): природна богатства (земљиште, шуме, воде, водотоци, рудна блага и друга природна богатства) и добра у општој употреби (јавни путеви, паркови, тргови и улице и друга добра у општој употреби) „као добра од општег интереса, за која је законом утврђено да су у државној својини”; средства државних органа и организација као и јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавних служби, средства без власника и друга средства одређена законом (в. чл. 1. ЗСС). Овај закон је одредио предмет државне својине на стварима и правима којима управља Република Србија али и јединице локалне самоуправе, без њиховог разврставања на јавна и општа добра.

мера ради, а посебним законом и друга добра могу бити одређена као природна богатства.

Закон о водама – ЗВ³⁶ прописао је да су воде природно богатство у својини Републике Србије, да су воде и водно земљиште у јавној својини јавно водно добро које је неотуђивои да се на њему може, под условима утврђеним законом стећи право коришћења, а на водном земљишту у јавној својини и право закупа (в. чл. 5).

Закон о рударству³⁷ уређује мере и активности минералне политике и начин њеног остваривања, политике развоја геолошких истраживања и рударства, услови и начин извођења геолошких истраживања минералних и других геолошких ресурса.

4.3.2. Добра од општег интереса

Закон о јавној својини, је у чл. 10. ст. 1, прописао да су у јавној својини ствари које су законом одређене као добра од општег интереса (пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште, водно земљиште, водни објекти, заштићена природна добра, културна добра, мрежа и др.) те да уживају посебну заштиту. Ова добра су у јавној својини РС, ако законом није друкчије одређено. Изузетно, културна добра могу бити у јавној својини аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, уколико је то у функцији остваривања њихових надлежности (в. чл. 10. ст. 6–9 ЗЈС).

Закон о пољопривредном земљишту (ЗПЗ)³⁸ одређује да је пољопривредно земљиште добро од општег интереса за Републику Србију које се користи за пољопривредну производњу и, по правилу, не може се користити у друге сврхе. Пољопривредно земљиште јесте земљиште које се користи за пољопривредну производњу (њиве, вртови, воћњаци, виногради, ливаде, пашњаци, рибњаци, трстици и мочваре) и земљиште које се може привести намени за пољопривредну производњу (в. чл. 1. ст. 2. и чл. 2. тач. 1. ЗПЗ).

Шуме и шумско земљиште је добро од општег интереса одређено Законом о шумама – ЗШ.³⁹ Очување, заштита и унапређење стања шума, њихово подизање и друге радње у вези са шумама, јесу делатности од

³⁶ Службени гласник РС, бр. 30/10, 93/12, 101/16, 95/18.

³⁷ Службени гласник РС, бр. 101/15, 95/18 – др. закон, 40/21.

³⁸ Службени гласник РС, бр. 62/06, 65/08 – др. закон, 41/09, 112/15, 80/17, 95/18 – др. закон.

³⁹ Службени гласник РС, бр. 30/10, 93/12, 89/15, 95/18 – др. закон.

општег интереса(чл. 3. и 4. ст. 1. ЗШ). Одредбе Закона о шумама односе се на шуме и шумско земљиште у свим облицима својине (чл. 2. ЗШ).⁴⁰

Закон о водама⁴¹ одређује да је водно земљиште, у смислу тог закона, земљиште на коме стално или повремено има воде, због чега се формирају посебни хидролошки, геоморфолошки и биолошки односи који се одражавају на акватични и приобални екосистем. Водно земљиште-обухвата и напуштено корито и пешчани и шљунчани спруд који вода повремено плави и земљиште које вода плави услед радова у простору (преграђивања текућих вода, експлоатације минералних сировина и слично) – в. чл. 8, ЗВ.

Водни објекти, у смислу ЗВ, јесу грађевински и други објекти, који заједно са уређајима који им припадају чине техничку, односно технолошку целину, а служе за обављање водне делатности. Водни објекти имају својство добара од општег интереса, осим објеката које су правна и физичка лица изградила за своје потребе (в. чл. 13. ЗВ).

Закон о заштити природе (ЗЗП)⁴² прописао је, уопштено, да природе,⁴³ као добро од општег интереса за Републику Србију, ужива посебну заштиту у складу са законом. Својство добра од општег интереса имају „заштићена природна добра”, а не целокупна природа в. чл. 10. ст. 1. ЗЈС). Заштићена природна добра су заштићена подручја, заштићене дивље врсте и покретна заштићена природна документа. Заштићена

⁴⁰ Шума је простор обрастао шумским дрвећем, минималне површине 5 ари, са минималном покривеношћу земљишта крунама дрвећа од 30%; шумом се сматрају и младе природне и вештачке састојине, као и људским деловањем или из природних разлога привремено необрасле површине на којима ће се природно или вештачки поново успоставити шума; шумски расадници у комплексу шума и семенске плантаже, као и заштитни појасеви дрвећа површине веће од 5 ари; паркови у насељеним местима, као и дрвеће које се налази испод далековода и у коридору изграђеног далековода, без обзира на површину. Шумско земљиште јесте земљиште на коме се гаји шума, земљиште на коме је због његових природних особина рационалније гајити шуме, као и земљиште на коме се налазе објекти намењени газдовању шумама, дивљачи и остваривању општекорисних функција шума и које не може да се користи у друге сврхе, осим у случајевима и под условима утврђеним Законом о шумама (чл. 5. ЗШ).

⁴¹ *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12, 101/16, 95/18, 95/18 – други закон.

⁴² *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10, 91/10 – исправка, 14/16, 95/18 – др. закон, 71/21.

⁴³ Природа представља јединство геосфере и биосфере, изложено атмосферским променама и различитим утицајима и обухвата природна добра и природне вредности које се исказују биолошком, геолошком и предеоном разноврсношћу (чл. 4. тач. 59. ЗЗП).

подручја јесу подручја која имају изражену геолошку, биолошку, екосистемску и/или предеону разноврсност и због тога се актом о заштити проглашавају заштићеним подручјима од општег интереса. Заштићене врсте су дивље врсте које су заштићене међународним уговорима и/или Законом о заштити природе (в. чл. 4. тач. 25-26. и 27. ЗЗП)

Културна добра (непокретна и покретна) уређена су Законом о културном наслеђу (ЗКН).⁴⁴ Ове ствари у јавној својини јесу творевина материјалне и духовне културе од општег интереса, вреднована и утврђена у складу са законом, и чине саставни део материјалног културног наслеђа (в. чл. 3. тач. 5–7. ЗКН)

Мрежа се уопштено дефинише као непокретна ствар са припацима, односно збир ствари, намењених протоку материје или енергије ради њихове дистрибуције корисницима или одвођења од корисника. Одређивање њеног ближег појма препуштено је посебним законима. Мрежа јесте добро од општег интереса.⁴⁵ По правилу, мрежа којом се обавља привредна делатност пружања услуга од стране правних лица основаних од носилаца јавне својине је у јавној својини. Мрежа или њен део може, међутим, бити у својини правног лица које је основала РС за пружање услуга, али и у својини једног или више лица ако служи искључиво за њихове потребе (в. чл. 11. ст. 1. ЗЈС).

4.3.3. Добра у општој употреби

Добра у општој употреби у јавној својини су ствари које су због своје природе намењене коришћењу свих и које су као такве одређене законом (јавни путеви, јавне пруге, мост и тунел на јавном путу, пружи или улици, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др) – чл. 10. ст. 2. ЗЈС. Иако је за ове ствари (наведене примера ради) одређено да су „намењене коришћењу свих” сврстане су у „у јавну својину”. Закон о својинско-правним односима Црне Горе (ЗСПО)⁴⁶ добра у општој употреби уврштава у јавна добра и одређује да добра у општој употреби могу да сви користе под једнаким условима, без посебних дозвола или одобрења надлежних органа у складу са законом (чл. 21. став 1. и 22. став 2).

⁴⁴ *Службени гласник РС*, бр. 129/21.

⁴⁵ Поједини правни писци мрежу сврставају у добро у општој употреби супротној изричитој одредби чл. 11. став 2. ЗЈС да је мрежа добро од општег интереса – в. Р. Јелић, 55–59.

⁴⁶ *Службени лист Црне Горе*, број 19/09.

По својој природи, а у складу са истакнутом наведеном поделом ствари на општа добра и јавна добра (својину) на стврима наведеним примера ради у чл. 10. став 2. ЗЈС (јавни путеви, јавне пруге, мост и тунел на јавном путу, прузи или улици, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др) не постоји својина ниједног субјекта. Јавна власт, али не као власник, стара се о овим добрима и њима управља „да би она заиста могла бити на упораби свих”.⁴⁷ Стога су ове ствари по својој природи општа добра. У хрватском праву сви путеви („цесте”) без обзира на то да ли су државни, жупанијски или локални јесу општа добра. Статус општег добра имају и тргови, јавни паркови.⁴⁸ На овим стварима, јавним пругама, мостовима и тунелима на јавном путу, граничним прелазима и друго се, ни у праву Србије, не може стећи право својине јер нису предмет својине иако их је ЗЈС сврстао у јавну својину. Јавни и некатегорисани путеви⁴⁹ су према одредбама чл. 3. Закона о путевима (ЗП)⁵⁰ добра у општој употреби, у јавној су својини и на њима се не могу стицати ни заснивати стварна права, осим у случајевима прописаним ЗЈС. На јавном путу може се засновати право службености, односно друго сродно право, ради изградње комуналних, водних, енергетских објеката и објеката електронских комуникација и повезане опреме у складу са ЗП. Изградња, реконструкција, одржавање и коришћење јавног пута могу бити предмет концесије.

По правилу, добра у општој употреби су у својини РС. Изузетно, државни путеви II реда су у својини аутономне покрајине на чијој се територији налазе. Некатегорисани путеви, општински путеви, улице (који нису део аутопута или државног пута I и II реда), тргови и јавни паркови, су у својини јединица локалне самоуправе на чијој територији се налазе (в. чл. 10. ст. 10. ЗЈС и чл. 3. ст. 4. ЗП).

Преднацрта ГЗ (2015) одређује да је ствар у општој употреби „она коју по својој природи или намени, под једнаким условима, може свако да користи (паркови, путеви, улице)” –чл. 152. Ове ствари (и са њима повезана права) чине, у ствари, предмет јавне својине према од-

⁴⁷ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *op. cit.*, 137; T. Josipović, *op. cit.*, 97; P. Јелић, 52.

⁴⁸ J. Југ, *op. cit.*, 11, 15

⁴⁹ Појам пута, уопште, дефинисан је у чл.у 2. тач. 1. Закона о путевима (ЗП): „пут је грађевински објекат намењен за саобраћај, односно утврђена површина коју као саобраћајну површину могу да користе сви или одређени учесници у саобраћају, под условима одређеним овим законом и другим прописима”

⁵⁰ „Службени гласник РС”, бр. 41/18, 95/18 – др. закон, 92/23 – др. закон.

редбама Закона о јавној својини. Предлажемо да се одговарајуће одредбе Закона о јавној својини измене и ова добра сврстају у општа добра.

5. Решење Преднацрта ГЗ

Преднацрт ГЗ (2015) предвиђа две категорије ствари које нису у приватној својини: јавна добра и ствар у општој употреби (чл. 151–152). Јавно добро је одређено као „ствар која се користи за остваривање одређене јавне сврхе (војни објекти, зграде државних органа, установа, објекти јавних предузећа) и њихово коришћење и правни промет уређује се посебним законом” – чл. 151. Преднацрта ГЗ (2015). Правни стандард „јавна сврха” је одређен сувише уопштено. У овом члану се јавна добра, непотпуо свде само на право јавне својине. У време утврђивања Преднацрта ГЗ (2015) били је на снази Устав РС (2006) и Закон о јавној својини (2011). У тексту чл. 151. Преднацрта ГЗ (2015) поименично (таксативно) су набројани објекти (општи појам који обухвата и зграду) и зграде иако је требало ове непокретности навести примера ради. Коришћен је општи израз за грађевину – објекат, али и посебни – зграда. Дефинисање појмова грађевине, објекта, односно зграде у време обнародовања Преднацрта ГЗ (2015) учињено је, на пример, у Закону о планирању и изградњи (2009)⁵¹ и ове појмове је требало преузети у Преднацрт ГЗ. Уређење јавних добара Преднацрт ГЗ (2015) препушта посебном закону, али само „њихово коришћење и правни промет”. У овом случају требало је дефинисати јавну својину и одредити њен предмет, а потпуније уређење препустити закону (тј. Закону о јавној својини) да у целини уреди јавна добра: њихово стицање, вршење, евентуални промет, престанаки друго. У складу са овим примедбама предлажемо да се чл. 151. Преднацрта ГЗ (2015) преформулише.

После поднасловa „Ствар у општој употреби” следи чл. 152. Преднацрта ГЗ (2015): „Ствар у општој употреби је она коју по својој природи или намени, под једнаким условиома, може свако да користи (паркови, путеви, улице).” Овај члан је, такође, уопштен, а у заградама је поименично набројао само три ствари у општој употреби за које сматрамо да, по својој природи, чине општа добра. Осим тога, он не садржи одредбу која одређује да ће посебан закон уредити ствари у општој употреби.

⁵¹ Службени гласник РС, бр. 72/09, 81/09 – исправка, 64/10 – УС, 24/11, 121/12, 42/13 – УС, 50/13 – УС, 98/13 – УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19 – други закон, 9/20, 52/21, 62/23.

У време рада на припреми Преднацрта ГЗ (2015) на снази је био Устав Републике Србије (2006) који јемчи приватну, задружну и јавну својину. Јавну својину разврстава на државну својину, својину аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе (в. чл. 86–87). Године 2011. донесен је, затим, Закон о јавној својини који је детаљно регулисао јавну својину. Члан 152.

Преднацрт ГЗ мора се усагласити са Уставом РС уз узимања у обзир околности да је јавна својина већ детаљно уређена законом. Преднацрт ГЗ (2015), би, по нашем мишљењу требало да дефинише појам општег добра, по угледу на ЗВ, ЗСП РС и ЗСП ФБиХ и да одреди ко води бригу о њима.

6. Литература

1. Бабић Илија, Медић Душко, Хашић Енес, Повлакић Мелиха, Велић Лариса (2011), *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево.
2. Бујуклић Ж., *Forum Romanum*, Pravni fakulte u Beogradu – Dosije, Beograd 2005.
3. Gavella N. Josipović, T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z., *Stvarno pravo, Svezak prvi*, Narodne novine, Zagreb 2007.
4. Гај, *Институције* (1982), Нолит, Београд.
5. Јелић, Рајко (2013), *Јавна својина и сродни облици*, Досије студио, Београд.
6. Josipović, Татјана (2001, str. 95–153), „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1.
7. Југ, Јадранко (2004, str. 1–19), „Pravni status općih dobara,“ *Nekretnine i pravnom prometu*, VII savjetovanje, Zagreb.
8. *Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Министарство правде Републике Србије, Немчка организација за техничку сарадњу (ГТЗ), Београд 2007.
9. Klarić, Petar, Vedriš, Martin (2009), *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb.
10. Romac, Ante (1989), *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb.
11. Rušnov, Adolfo (1893), *Tumač Obćemu austrijskomu građanskom zakoniku, knjiga prva*, Knjižara Lav. Hartmana, Zagreb.
12. Марковић, Лазар (1927), *Грађанско право – Стварно право*, Народна самоуправа, Београд.

13. Станковић, Обрен, Орлић Миодраг (1996), *Стварно право*, Номос, Београд.
14. Станојевић, Обрад (2004), *Римско право*, Службени лист СЦГ, Београд.
15. Стојчевић, Драгољуб (1985), *Римско приватно право*, Савремена администрација, Београд.
16. Horvat, Marijan (1974), *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb.

7. Прописи

1. *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, *Narodne novine*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17.
1. Закон о водама, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12, 101/16, 95/18.
2. Закон о јавној својини, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 - др. закон, 108/16, 113/17, 95/18, 153/20, 94/24.
3. Закон о заштити природе, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10, 91/10 – исправка, 14/16, 95/18 – др. закон, 71/21.
4. Закон о културном наслеђу, *Службени гласник РС*, бр. 129/21.
5. Закон о рударству, *Службени гласник РС*, бр. 101/15, 95/18 – др. закон, 40/21.
6. Закон о средствима у својини Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, 3/96 – исправка, 54/96, 32/97 и 101/05 – др. закон.
7. Закону о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09 – исправка, 64/10 – УС, 24/11, 121/12, 42/13 – УС, 50/13 – УС, 98/13 – УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19 – други закон, 9/20, 52/21, 62/23.
8. Закон о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 62/06, 65/08 – др. закон, 41/09, 112/15, 80/17, 95/18 – др. закон.
9. Закон о путевима, *Службени гласник РС*, бр. 41/18, 95/18 – др. закон, 92/23 – др. закон.
10. Закон о својинско - правним односима Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, број 19/09.
11. Закона о стварним правима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08, 3/09 – исправка, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС.
12. Закон о стварним правима Федерације БиХ, *Službene novine FBiH*, br. 66/13, 100/13, 32/19.

13. Устав Републике Србије из 2006, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Амандмани I–XXIX.
14. Закон о шумама, *Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12, 89/15, 95/18 – др. закон.

Ilija Babić⁵², PhD

COMMON GOODS, PUBLIC GOODS, AND THINGS IN A GENERAL SENSE

With reference to the provisions of the Preliminary draft of the 2015 Serbian Civil Code

Summary: *In the paper, the author deals with common goods, public goods, and things in a general sense. The concept of common goods, such as clean air, running water of public rivers, the sea, part of the sea coast as far as the tide reaches, referring to it as a thing of the (entire) community (res communes omnium), was derived from Roman law, which influenced the later civil law system of Europe.*

Common goods are natural resources that benefit all legal entities and therefore may not be the object of real rights (and not of the state) of a natural or legal person. This part of nature as a whole cannot be privately owned because it serves the needs of the entire society.

The author argues and analyzes the key provisions of positive law that deal with public property (its holders, users, and object). He points out a clear distinction between public property (and other real rights) and private property. Common goods differ from these types of property in terms of subject matter and purpose. He suggests that in Art. 151 of the Preliminary draft of the 2015 Serbian Civil Code public goods should be more fully and clearly prescribed and the owner and object of public property precisely defined, while all other issues should be left to the Serbian Law on Public Property.

Keywords: *common goods; public property; public goods; res communes(omnium); object of public property; things in a general sense.*

⁵² Retired Professor of the University

UDK 340.142:347.4(497.11)(497.6PC)

doi 10.7251/PR7125289R

Pregledni naučni članak

ALMOST HALF A CENTURY OF APPLICATION OF THE LAW ON OBLIGATIONAL RELATIONS – CURRENT STATE AND PERSPECTIVES IN SERBIA AND THE REPUBLIC OF SRPSKA

Prof. dr Darko Radić¹

Abstract: *The period of 47 years since the implementation of the Law on Obligational Relations provides a solid time frame from which it is possible to assess the characteristics, values, quality, and significance of this landmark legislative and codification act. It also allows for an examination of the processes that have led or are leading toward the creation of national codifications in the states formed after the dissolution of the former SFR Yugoslavia. In this paper, the author analyzes the process of civil law codification in the Republic of Serbia, with special emphasis on the regulation of obligational relations and the perspectives of obligation law legislation in the Republic of Srpska. In this regard, a brief historical overview of the codification processes and works in Serbia is provided, with particular attention to the Draft Civil Code of Serbia, aiming to highlight the proposed regulation of obligational relations. On the other hand, the paper also points out the attempts to reform the law of obligations in Bosnia and Herzegovina, specifically in the Republic of Srpska.*

Keywords: *obligational relations, Law on Obligations, Draft Civil Code of Serbia.*

¹ Redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banjoj Luci (el. pošta: darko.radic@pf.unibl.org).
Sudija Ustavnog suda Republike Srpske.

1. Istorijat kodifikacije građanskog prava u Srbiji i SFRJ

Prva kodifikacija građanskog prava u istoriji Srbije je Srpski građanski zakonik iz 1844. godine (dalje: SGZ).² Riječ je o projektu uglednog pravnika Jovana Hadžića, u kojem se obrađivač teksta u velikoj mjeri oslanjao na Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine (dalje: AGZ).³ Na ovom projektu radilo se od 1828. do 1844. godine, sa izvjesnim prekidima. To je bio jedan od rijetkih građanskih zakonika u tadašnjoj Evropi, treći po redu – iza Francuskog građanskog zakonika (*Code Civil*) iz 1804. godine i AGZ (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*).⁴ SGZ je imao 950 paragrafa, što je u priličnoj mjeri manje od svog izvornika - koji je u to vrijeme sadržavao 1502 paragrafa. Ovaj zakonik se primjenjivao 102 godine, sve do 1946. Godine kada je donošenjem Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 1.04.1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije⁵ izvršena abrogacija cjelokupnog pravnog sistema na teritorijama koje su bile u sastavu tadašnje FNRJ.

Stvaranje Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca označilo je potrebu prevazilaženja pravnog partikularizma koji je vladao u oblasti građanskog prava (postojalo je šest različitih pravnih područja).⁶ Posao na izradi civilne kodifikacije bio je dosta usporen i na koncu ostao nedovršen - u formu Pred osnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (1934. godina). Postojanje više pravnih područja u oblasti građanskog prava, različita pravna tradicija, suprotstavljeni konceptijski pristupi, bili su samo neki od razloga koji su bitno otežavali rad na izradi građanske kodifikacije toga doba. Prema preovlađujućem shvatanju – čiji zastupnici su bili slovenački i hrvatski pravници, ali i neki srpski pravници, za osnovu je trebalo uzeti AGZ, dok su predstavnici drugačijeg mišljenja favorizovali Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1811. godine (dalje: OIZ).⁷

Nakon stvaranja SFRJ, idalje je egzistirala stara ideja – potreba kodifikacije građanskog prava u novostvorenoj državi. U prvoj dekadi postoja-

² Zvaničan naziv je *Zakonik građanskij za Knjaževstvo Srbsko*, ali se u domaćoj literaturi i pravnoj teoriji češće označava kao Srpski građanski zakonik, pa je to razlog što se i u ovom radu koristi upravo takva oznaka.

³ O. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 1996, 29 – 31.

⁴ S. Perović, “Prednacrt građanskog zakonika Srbije”, *Pravni život* br. 10/2016, 300.

⁵ *Službeni list FNRJ*, br. 85/1946.

⁶ D. Radić, *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2016, 50 – 60.

⁷ M. Orlić, “Istorijat nastojanja da se donese novi Srpski građanski zakonik”, *Pravni život* br. 10/2016, 318 – 319.

nja SFRJ uređeni su porodični odnosi (istina, kroz više zakona) i nasljedno pravni odnosi. Kao centralno pitanje ostalo je pitanje uređenja obligacionog odnosa. Izrada teksta pred nacrtu zakona kojim bi se uredili obligacije i ugovori povjerena je prof. Mihailu Konstantinoviću 1960. godine.⁸ Prihvatajući metod rada virtuoznog pravnika Valtazara Bogišića pri izradi OIZ, oslanjajući se na rezultate sudske prakse i stavove u pravnoj teoriji, te vodeći računa o rješenjima u uporednom pravu, prof. Konstantinović je sačinio Prednacrt zakonika o obligacijama i ugovorima, a koji će kasnije uz neznatne izmjene objaviti kao Skicu za Zakonik o obligacijama i ugovorima (dalje: Skica).⁹ Iako se u Skici mogu primjetiti uticaji francuskog i njemačkog prava, ipak se kao dominantan može prepoznati uticaj Švajcarskog građanskog zakonika (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch / Code civil Suisse*) iz 1907. godine, uz neponovljiv stil prof. Konstantinovića.¹⁰

Izrada zakona o obligacijama u SFRJ počela je 1969. godine, a Potkomisija za izradu Zakona o obligacijama i ugovorima pripremila je dvije varijante Nacrta ovog zakona i to 1973, odnosno 1974. godine. Nakon donošenja Ustava SFRJ 1974. godine, posebna potkomisija je 1976. godine pripremila tekst Nacrta zakona o obligacijama i ugovorima koji je iste godine usvojen kao nacrt u parlamentarnoj proceduri. Tekst Prijedloga zakona o obligacionim odnosima kompletiran je od strane Potkomisije 1977. godine, a isti je usvojen u parlamnetu 30.03.1978. godine. Stupio je na snagu 1.10.1978. godine.¹¹ Sa izvjesnim izmjenama i dopunama koje nisu većeg značaja, ovaj zakon se i danas primjenjuje u Srbiji.¹²

2. IZRADA NACRTA GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

2.1. Razlozi za kodifikaciju građanskog prava u Srbiji

Srbija, iako je bila među prvim evropskim zemljama koje su u XIX vijeku kodifikovale svoje građansko pravo, danas nema civilni kodeksi u tom smislu zaostaje za drugim zemljama članicama evropske pravne porodice.

⁸ B. Morait, *Obligacionopravo*, Komesgrafika, Banja Luka, 2010, 22.

⁹ Skica je prvi put publikovana 1969. godine. Vid. S. Perović, *Obligacionopravo – knjiga prva*, Savremena administracija, Beograd, 1980, 39.

¹⁰ M. Orlić, *Istorijat nastojanja da se donese novi Srpski građanski zakonik*, 330 -339.

¹¹ *Službeni list SFRJ*, br. 29/78.

¹² Zakon o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 38/85, 45/89 - odluka USJ; *Službeni list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja; i *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 18/20).

Pored toga, stanje pozitivnog zakonodavstva, stavovi sudske prakse i prihvaćeni stavovi u pravnoj teoriji predstavljaju povoljne uslove za obavljanje posla kodifikacije građanskog prava.¹³

Razumije se, izrada civilne kodifikacije ne svodi se na puku recepciju važećih zakona iz građanskopravne oblasti, već je riječi o njihovom preispitivanju, korekcijama i osavremenjavanju. Dakle, mnoštvo postojećih zakonskih rješenja fragmentiranih u različitim zakonskim propisima, potreba osavremenjavanja postojećih rješenja, dogradnja važećih pravila koja trpe opravdanu kritiku teorije i prakse, kao i harmonizacija odredaba sadržanim u različitim zakonima, samo su neki od faktora koji daju puni legitimitet procesu kodifikacije. Drugim riječima, neophodno je usaglašavanje postojećih rješenja sasavremenim shvatanjima pravne teorije i pravne prakse – domaće i međunarodne, kao i harmonizacija važećih zakonskih rješenja sa pravnom stečevinom Evropske unije i pravilima sadržanim u ratifikovanim međunarodnim ugovorima.¹⁴

Drugim riječima, pravna tradicija, pravna istorija i razvijena pravna teorija sa bogatom sudskom praksom predstavljaju - ne samo uslove – već i razloge koji obavezuju na kodifikaciju građanskog prava u Srbiji. To je – pored ostalog – akt koji će biti u funkciji uspostavljanja vladavine prava i stvaranja značajnog doprinosa pravnoj sigurnosti u savremenom pravnom saobraćaju.¹⁵

Posebno je važno napomenuti da posljednjih nekoliko decenija svjedočimo ubrzanom tehnološkom razvoju, koji danas omogućuje različite platforme i modele poslovanja, pa i uz primjenu vještačke inteligencije i da je nužno revidirati postojeća rješenja i razmišljati o pravnom uokvirivanju novih poslovnih praksi i odnosa. Prema tome, kodifikacija obligacionog prava bi trebalo da olakša i učini pravno sigurnim odvijanje privrednih aktivnosti, ali isto tako da ne sputava razvoja prava, posebno autonomnog prava privrednih subjekata.¹⁶

¹³ Obrazloženje uz “Radni tekst za javnu raspravu sa alternativnim prijedlozima *Građanski zakonik Republike Srbije*”, 682.

¹⁴ *Ibid.*, 682 – 683.

¹⁵ *Ibid.*, 683.

¹⁶ O razlozima donošenja Građanskog zakonika Srbije opš. B. Morait, “Građanski zakonik kao društveni imperativ”, *Pravni život* br. 10/2016, 341 – 355; B. Morait, “O kodifikacijama uopšte”, *Pravni život* br. 10/2010, 521 – 524.

2.2. O izradi Nacrta Građanskog zakonika Srbije

Vlada R. Srbije je 2006. godine formirala Komisiju za izradu Građanskog zakonika Srbije (dalje: Komisija).¹⁷ Komisija je održala 85 sjednica i sačinila Prednacrt Građanskog zakonika (dalje: Prednacrt). Prednacrt sadrži 2838 članova i oko 500 alternativnih prijedloga. Komisija je 29.05.2015. godine pripremila “Radni tekst za javnu raspravu sa alternativni prijedlozima *Građanski zakonik Republike Srbije*”, koji je na zvaničnoj internet stranici Ministarstva pravde R. Srbije objavljen kao Nacrt građanskog zakonika R. Srbije (dalje: Nacrt)¹⁸, a Odbor Vlade R. Srbije za pravni sistemi državne organe na sjednici održanoj 25.06.2019. godine donio je zaključak da se obavi javna rasprava o Nacrtu građanskog zakonika (koja je zaključena 1.07.2016. godine).¹⁹

Nacrt je podijeljen u pet cjelina: *Opštudio* (čl. 1. do čl. 107.), *Obligacioni odnosi* (čl. 108. do čl. 1693.), *Stvarno pravo* (čl. 1694. do čl. 2211.), *Porođični odnosi* (čl. 2212. do čl. 2594.) I *Nasljeđivanje* (čl. 2595. do čl. 2838.).

3. OBLIGACIONI ODNOSI U NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

Kako je Nacrt podijeljen u pet dijelova – poštujući pandektnu sistematiku, obligacioni odnosi uređeni su u njegovom drugom dijelu “Knjiga druga – obligacioni odnosi”, koji sadrži 1436 članova i brojne alternative za pojedina predložena rješenja.

U tom smislu, predstavljamo najznačajnije predložene novine u regulaciji obligaciono pravnih odnosa²⁰, koje su sadržane u Nacrtu²¹:

(i) Date su definicije najvažnijih obligaciono pravnih instituta, kao što su: obligacioni odnos, privredni ugovor, krivica, šteta, opasna stvar, opasna djelatnost, bitne povrede ugovora. U ovom dijelu izdvajamo uvođenje instituta “bitnih povreda ugovora” kojim se doprinosi kvalitetnijem definisanju

¹⁷ Odluka Vlade Republike Srbije (*Službeni glasnik*, br. 104/06 i 110/06).

¹⁸ <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>; (pristupljeno dana 2.09.2023. godine).

¹⁹ <https://www.mpravde.gov.rs/files/Zakljucak%20-%20Javna%20rasprava%20o%20Nacrtu%20Gradjanskog%20zakonika.pdf>; (pristupljeno dana 2.09.2023. godine).

²⁰ Opš. S. Perović, S. Perović, *Prednacrt građanskog zakonika Srbije*, 297 - 315; B. Morait, *O kodifikacijama uopšte*, 524 – 531.

²¹ Vid. Obrazloženje uz “Radni tekst za javnu raspravu sa alternativni prijedlozima *Građanski zakonik Republike Srbije*”, 686 - 689.

raskida ugovora zbog neispunjenja.²² Bitna povreda ugovora postoji kad neispunjenje ugovorne obaveze dužnika prouzrokuje takvu štetu povjeriocu koja ga suštinski lišava koristi koju je on od ugovora opravdano očekivao ili usljed koje se za povjerioca ne može ostvariti svrha ugovora. Definicija obligacije data je sa onim obilježjima koja predstavljaju zajednički imenitelj za sve izvore obligacija (ugovor, prouzrokavanje štete, nezvano vršenje tuđeg posla, neosnovano obogaćenje, jednostrana izjava volje). Krivica je definisana na način da se krivim smatra onaj koji se nije ponašao onako kako je trebalo da se ponaša u datim okolnostima – odstupanje od ponašanja razumnog i pažljivog čovjeka (čl. 171 st.1 Nacrta). Krivica se prosuđuje *in abstracto*, mjeri se spoljna manifestacija ponašanja štetnika i potpuno se apstrahuje njegov psihički odnos.²³ Za razliku od važećeg zakona, opasna stvar je definisana, i to kao stvar čiji položaj, upotreba, osobine ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost štete za okolinu. Privrednim su označeni oni ugovori koje međusobno zaključuju privredni subjekti.²⁴

(ii) Dopunjene su odredbe koje se odnose na: pregovore, predugovor, ponudu, zaključenje ugovora, zastupanje, tumačenje ugovora, opcioni ugovor. Posebno je naglašena vrijednost pravnog dejstva ugovora kao zakona za stranke (*pacta sunt servanda*), odnosno pojačana je ugovorna disciplina kod dvostranih ugovora u smislu poštovanja principa jednake vrijednosti uzajamnih davanja.²⁵

(iii) Izvršena je razrada odredaba koje govore o prokuri, kao najširem i specifičnom poslovnom punomoćju.

(iv) Utvrđene su različite varijante dejstva promijenjenih okolnosti (klauzula *rebus sic stantibus*).

(v) Definisane su odredbe o komutativnim i aleatornim obavezama.

(vi) Utvrđena su rješenja o ispunjenju obligacije (dejstvo dužničke doznje, prijem ispunjena od strane trećeg lica, uračunavanje i spunjenja, odbijanje zadocnjelog ispunjenja, i sl.).

(vii) Izvršena je dopuna odredaba koje se odnose na kompenzaciju (prenov).

(viii) Proširena su postojeća zakonska rješenja o odgovornosti za pro-

²² S. Perović, "Novi razvoj u oblasti građanskog prava u zemljama jugoistočne Evrope", u *Forum za građansko pravo jugoistočne Evrope*, Centar SEELS, Skoplje, 2012, 40, B. Morait, "Građanski zakonik kao društveni imperativ", *Pravni život* br. 10/2016, 353.

²³ B. Morait, *O kodifikacijama uopšte*, 527.

²⁴ S. Perović, *Prednacrt građanskog zakonika Srbije*, 312.

²⁵ B. Morait, *Građanski zakonik kao društveni imperativ*, 353.

uzrokovanu štetu (odgovornost privrednih subjekata, odgovornost države, odgovornost subjekata javnih ovlašćenja, odgovornost ljekara i medicinskog osoblja). Otklonjeni su nedostaci u vezi sa odgovornošću za štetu od životinja i građevina, a takođe su definisana rješenja o odgovornosti za štetu od motornih vozila, terorističkih akata, javnih demonstracija, sportskih i drugih manifestacija.²⁶ U pogledu nematerijalne štete dovoljna je povreda prava ličnosti (ustavom zagarantovanih prava, kao i prava zagarantovanih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i ratifikovanim međunarodnim konvencijama) bez kumulacije sa duševnim bolom ili strahom, a nematerijalnu štetu može da pretrpine samofizičko lice, već i pravno lice. Uvodi se pravo privrednih društava i drugih pravnih lica na naknadu štete zbog povrede poslovnog ugleda.²⁷ Takođe, novina je odgovornost organa pravnog lica za štetu prouzrokovanu trećem nezakonitim radom u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija. Odgovornost proizvođača stvari sa nedostatkom je objektivizirana, uvedeno je utvrđivanje naknade štete po pravičnosti kada se visina štete ne može utvrditi, itd.

(ix) Detaljnije je uređena oblast hartija od vrijednosti.

(x) Predloženi su ugovori koji u vazećem zakonu nisu definisani (poklon, posluga, ortakluk, prodaja sa pravom otkupa, ugovor o čuvanju sporne stvari/ugovorni sekvistar, ugovor o saradnji u poljoprivredi) - ukupno je oko 50 imenovanih ugovora.

(xi) Posebno izdvajamo da su kao imenovan i ugovori predviđeni oni koji spadaju u kategoriju privrednih ugovora: ugovor o franšizingu, ugovor o faktoringu, ugovor o forfeitingu, ugovor o distribuciji, izdavački ugovori ugovor o lizingu.²⁸

(xii) Dopunjena su postojeća zakonska rješenja koja se odnose na: ugovor o prodaji, ugovor o građenju, ugovor o prevozu, ugovor o licenci, ugovor o trgovinskom zastupanju, ugovor o organizovanju putovanja, ugovor o osiguranju, ugovor o reosiguranju, ugovor o jemstvu.²⁹

(xiii) U odnosu na važeća zakonska rješenja, razrađeni su dodatno bankarski ugovori i drugi bankarski poslovi.

²⁶ B. Morait, "Građanski zakonik kao društveni imperativ", 354.

²⁷ S. Perović, *Prednacrt građanskog zakonika Srbije*, 313.

²⁸ O potrebi zakonskog uređenja ugovora autonomnog trgovačkog prava vid. S. Perović, "Kodifikacije ugovornog prava u savremenim uslovima", *Pravni život* br. 11/2008, 16 – 25.

²⁹ S. Perović, *Novi razvoj u oblasti građanskog prava u zemljama jugoistočne Evrope*, 40.

4. STANJE OBLIGACIONO PRAVNOG ZAKONODAVSTVA U REPUBLICI SRPSKOJ

Budući da je BiH konstituisana kao složena država *sui generis*, nadležnost za uređenje obligacionih odnosa pripada Republici Srpskoj, Federaciji BiH i Brčko Distriktu³⁰, a u sva tri ova pravna sistema primjenjuje se gotovo identičan tekst ZOO preuzetog iz prethodne države. Dakle, sa neznatnim izmjenama i dopunama, koje se ne mogu okvalifikovati kao novele od većeg značaja, ovaj zakon se i danas primjenjuje na teritoriji Republike Srpske³¹, odnosno na teritoriji FBiH.³²

Nakon konstituisanja BiH sa sadašnjom ustavnopravnom strukturom, bilo je nekoliko pokušaja da se izvrši reforma obligacionog prava, koja bi nužno uključivala i reformu ugovor neodgovornosti, ali su oba bila bez uspjeha.

Prvi takav pokušaj dogodio se 2003. godine, kada se pristupilo paralelnoj izradi tekstova budućih zakona o obligacionim odnosima za Republiku Srpsku, odnosno za FBiH. Drugim riječima, cilj je bio da se sačine novi zakoni (jedan za svaki entitet), kojima bi se na isti način uredili obligacioni odnosi u oba entiteta u BiH. Ipak, nakon javne rasprave nacrti su povučeni, odnosno nisu upućeni u zakonodavnu procedure u entitetske parlamente.

Ista sudbina zadesila je i drugi pokušaj reforme obligacionog prava u BiH, koji se dogodio 2010. godine. Međutim, za razliku od prethodne situacije, ovaj put Prijedlog zakona o obligacionim odnosima bio je upućen Parlamentarnoj skupštini BiH (federalni nivo vlasti), sa intencijom da se za cijelu BiH donese jedan zakon. Međutim, ovaj prijedlog je povučen iz zakonodavne procedure, jer je bio sporan pravni osnov za donošenje ovog zakona, a sa staništa nadležnosti za njegovo donošenje.

³⁰ Čl. III st. 1 i 3 Ustava BiH, čl. 68 t. 6 Ustava RS, čl. 12 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS, čl. III ičl. IX t. 5 Ustava FBiH, čl. 76 Statuta BD BiH i para. 39 Konačne odluke Arbitražnog tribunala.

³¹ Zakon o obligacionim odnosima RS („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89 i „Službeni glasnik RS“, br. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 i 74/04).

³² Zakon o obligacionim odnosima FBiH („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Službene novine RBiH“, br. 2/92, 13/93 i 13/94, „Službene novine FBiH, br. 29/03 i 42/11).

5. ZAKLJUČAK

Nakon više od jednog i po vijeka, Srbija je u prilici da ponovo kodifikuje svoje građansko pravo i svrsta se u red evropskih zemalja koje imaju ovaj kodifikatorski akt. Po svemu sudeći, ogromne zasluge za to – nikako pri tome ne umanjujući značaj svih srpskih pravnika koji su decenijama ranije, u različitim epohama i državama ulagali velike napore i svoja najbolja znanja na pripremi i izradi kodifikacija u oblasti građanskog prava - pripadaju prof. Slobodanu Peroviću i *Kopaoničkoj školi prirodnog prava*, koji su istrajno i argumentovano insistirali na ovoj ideji još od 2002. godine. Nakon obrazovanja Komisije i pripreme teksta Prednacrt Građanskog zakonika 2015. godine, Vlada Republike Srbije je objavila tekst Nacrt Građanskog zakonika 2016. godine povodom kojeg je vođena javna rasprava tokom 2016. i 2017. godine. Iako je obavljen ogroman posao, nema sumnje da srpskog zakonodavca čekaju brojni izazovi i veliki radovi da se ovo kapitalno djelo srpske jurisprudencije kompletira, pogotovo imajući u vidu da pored predloženih rješenja Nacrt sadrži oko 500 alternativnih prijedloga u pogledu kojih tek treba da se odluči. I pored svega toga, razuman je umjereni optimizam da će Srbija u skorijem periodu ponovo dobiti veliki kodifikatorski akt – Građanski zakonik Srbije.

Važeći Zakon o obligacionim odnosima predstavljao je odličnu osnovu za izradu “Druge knjige – obligacioni odnosi” u Nacrtu Građanskog zakonika Srbije. Ispit vremena, ujednačena sudska praksa i gotovo nepodijeljeni stavovi u domaćoj pravnoj teoriji potvrdili su kvaliteti korektnost mnogobrojnih rješenja sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima. Sa druge strane, Komisija je uložila velike napore sa ciljem da se ponude valjane korekcije, dopune i pojašnjenja postojećih obligaciono pravnih instituta, ali je isto tako predložila i nove obligaciono pravne institute, koji su rezultat novog doba i potreba u savremenom pravnom saobraćaju, harmonizujući ih sa prilikama u domaćem društvu i vrijednostima nacionalne i evropske pravne tradicije.

Iako ne postoje naznake da će se u dogledno vrijeme pristupiti reformi obligacionog prava u Republici Srpskoj, nema sumnje da iskustva iz Srbije, a naročito definisana rješenja u Prednacrtu zajedno sa rezultatima javnih i stručnih rasprava mogu predstavljati solidnu osnovu za predstojeći posao.

POPIS LITERATURE

1. Morait, B., "Građanski zakonik kao društveni imperativ", *Pravni život* br. 10/2016, 341 - 355.
2. B. Morait, "O kodifikacijama uopšte", *Pravni život* br. 10/2010, 521 – 534.
3. Morait, B., *Obligaciono pravo*, Komesgrafika, Banja Luka, 2010.
4. Orlić, M., "Istorijat nastojanja da se donese novi Srpski građanski zakonik", *Pravni život* br. 10/2016, 317 -340.
5. Perović, S., "Prednacrt građanskog zakonika Srbije", *Pravni život* br. 10/2016, 297 - 315.
6. Perović, S., "Novi razvoj u oblasti građanskog prava u zemljama jugoistočne Evrope", u *Forum za građansko pravo jugoistočne Evrope*, Centar SEELS, Skoplje, 2012, 37 – 42.
7. S. Perović, "Kodifikacije ugovornog prava u savremenim uslovima", *Pravni život* br. 11/2008, 5 - 28.
8. Perović, S., *Obligaciono pravo – knjiga prva*, Savremena administracija, Beograd, 1980.
9. Radić, D., *Imovinski odnosi u braku*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2016.
10. Stanković, O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 1996.
11. Nacrt Građanskog zakonika Srbije (<https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>).
12. Zakon o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 1.04.1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (*Službeni list FNRJ*, br. 85/1946).
13. Zakon o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 38/85, 45/89 - odluka USJ; *Službeni list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja; i *Službeni glasnik R. Srbije*, br. 18/20).

Prof. dr Darko Radić³³

45 YEARS OF LAW ON OBLIGATION AND CODIFICATION OF SERBIAN OBLIGATION LAW

Abstract: *A period of 45 years since the enactment of the Law on Obligations represents a substantial temporal distance from which it is possible to assess the characteristics, values, quality and importance of this fundamental legal act. It also allows for an examination of the processes that have led to or are leading to the creation of national codifications in states formed after the dissolution of the former SFR Yugoslavia. In this work, the author discusses the codification process of civil law in the Republic of Serbia, with a special emphasis on the regulation of obligations. In this regard, a brief historical overview of codification processes and works in Serbia is provided, with a particular focus on the Draft Civil Code of Serbia, aimed at highlighting the proposed regulation of obligations. Decades of application of the provisions of the Law on Obligations, rich judicial practice regarding the application of this law, consideration of views in domestic and foreign legal theory and consultation of comparative solutions, along with values from domestic legal tradition, constitute a solid foundation for the drafting of the Draft Civil Code of Serbia. This draft should meet the imperatives of contemporary society and modern legal transactions. The Draft Civil Code of Serbia complements many positive legal solutions and introduces numerous innovations, while also highlighting alternative proposals for certain individual solutions. As such, it provides an excellent basis for the Serbian legislator to successfully complete this valuable codification work and reintegrate Serbia into the European family of law, whose members are countries with codified civil law.*

Key words: obligations, Law on Obligations, Draft of Civil Code of Serbia.

³³ Professor at Faculty of Law University in Banja Luka

**УГОВОР О ДЕОБИ ИМОВИНЕ ПУТЕМ ПОКЛОНА У
ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ И УГОВОР О УСТУПАЊУ И
РАСПОДЕЛИ ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА У СРПСКОМ ПРАВУ –
КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА¹**

Проф. др Наташа Стојановић²

***Анстракт:** Предмет пажње аутора јесу уговор о деоби имовине путем поклона у француском праву и уговор о уступању и расподели имовине за живота у српском праву, на простору Републике Србије и Републике Српске. Аутор рада, користећи се, у првом реду, упоредно-правним методом, али и правно-догматским, нормативно-правним и историјско-правним методом, осветљава суштину ових правних института и истиче сличности и разлике у њиховом нормирању. Аутор у раду предлаже, за домаће право, а по угледу на француско право, проширење круга субјеката – примаоца имовине, на све потенцијалне законске наследнике уступноца имовине и изједначавање правне позиције супружника уступноца имовине са његовом децом, када се овај правни посао закључује. Како би се постигао виши степен правне сигурности, али и једнако поступање судова у поступцима који се воде поводом раскида уговора о уступању и расподели имовине за живота, аутор у раду, такође, указује на потребу ближег одређења израза „груба неблагодарност”, као и третирања, на истоветан начин, неизвршења свих уговорених обавеза од стране примаоца имовине.*

¹ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-137/2025-03/200120 од 04.02.2025. године.

² Правни факултет Универзитета у Нишу, natasa@prafak.ni.ac.rs, ORCID ID: 0000-0002-6928-8298.

Кључне речи: француско право, српско право, уговор о деоби имовине путем поклона, уговор о уступању и расподела имовине за живота, компаративна анализа.

1. Уводне напомене

Тежња појединаца да свом потомству, још за живота, поделе стечена имовинска добра и да их на тај начин помогну и оспособе за самосталан живот, обезбеђујући тако мир унутар породице, али и њен економски просперитет, уочена је поодавно од стране законодаваца на европском правном простору. Тако се још у средњем веку, на југу Француске, спомиње, као често закључиван правни посао, уговор о деоби имовине путем поклона (*donation partage*), којим се најчешће вршио пренос пољопривредних газдинстава са претка на његове потомке.³ Такву улогу у српском праву има уговор о уступању и расподела имовине за живота који се на нашем подручју појављује, такође, у средњем веку.⁴

Како код уговора о деоби имовине путем поклона, тако и код уговора о уступању и расподела имовине за живота, поклонодавац, односно уступилац преносе одређена имовинска добра, која постоје у време закључења ових правних послова, по правилу, без надокнаде на своје претпостављене наследнике. Зато се у правној литератури овакви правни послови сматрају хибридним правним актима, мешавином која у себи обједињава даривање *inter vivos*, али и антиципирану поделу заоставштине (*successio anticipata*).⁵ Поједини аутори томе додају да је уговор о деоби имовине поклонима и породични споразум *par excellence* који „више него било који други акт показује тесну везу између права наслеђа и права на поклон”.^{6, 7}

³ Детаљно о коренима овог института у француском праву видети код: J. Maury, *Successions et libéralités*, LexisNexis Litec, Paris 2007, 185.

⁴ Опширније видети код: Борислав Благојевић, Оливер Антић, *Наследно право*, НОМОС, Београд 1991, 369. Такође, видети: Savez udruženja pravnika Jugoslavije, *Zakon o nasleđivanju sa objašnjenjima i napomenama*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Београд, 1955, 139.

⁵ Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, Lextenso édition, Paris, 2018, 616; V. Mikalef-Toudic, *Donation-partage: l'acceptation par un enfant rend l'acte opposable aux autres*, 2019, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/donation-partage-l-acceptation-par-un-enfant-rend-l-acte-opposable-aux-autres>, 12. децембар 2024. године; E. Finot, L. Molina, *La donation-partage transfrontalière*, La Revue no 2/2019, 28, <https://www.cheuvreux.fr>, 20. децембар 2024. године.

⁶ J. Maury, *Successions et libéralités*, 21.

⁷ Грималди (Grimaldi), када говори о уговору о деоби имовине путем поклона, исти-

Предмет наше пажње јесу, у првом реду, законска решења посвећена уговору о деоби имовине путем поклона у француском праву⁸,⁹ и уговору о уступању и расподели имовине за живота у праву Републике Србије¹⁰ и праву Републике Српске,¹¹ са циљем да се проникне у њихову суштину и да се сагледају сличности и разлике у њиховом нормирању,¹² те на основу тога предложи могуће измене и допуне постојећих правила, у правцу њиховог прилагођавања захтевима социјалног реалитета и правног промета.

2. Субјекти уговора о деоби имовине путем поклона уговора о уступању и расподели имовине за живота

Француски законодавац омогућава сваком пословном способном лицу¹³ или еманципованом малолетнику,¹⁴ да своја имовинска добра поклони и подели уговором о деоби имовине путем поклона потенцијалним наследницима који би по правилима редовног законског наслеђивања били позвани да га наследе на дан када се овај правни посао закључује.¹⁵ То, дакле, могу бити потомци, али могу бити и преци, као и

че да је реч о правном послу чија је законитост извесна, али је правна природа неизвесна. Оно што овај аутор искључује јесте изједначавање овог правног посла са уговором о наслеђивању, напосто због тога што се уговор о деоби имовине путем поклона односи на садашња имовинска добра, а уговор о наслеђивању на имовину на којој појединац задржава власништво до своје смрти. Видети: M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis SA, Paris 2017, 299–300.

⁸ Видети: Code civil – CC, Version en vigueur au 10 mars 2025, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/, 10. март 2025. године, чл. 1075–1078–10.

⁹ Француско право, поред деобе имовине путем поклона, регулише и деобу имовине завештањем. У односу на први наведени институт, друга споменута установа односи се на поделу целе или дела заоставштине и почиње да производи дејство тек смрћу завештаоца. Видети: CC, чл. 1079–1080.

¹⁰ Видети: Закон о наслеђивању Републике Србије – ЗНС, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015, чл. 182–193.

¹¹ Видети: Закон о наслеђивању Републике Српске – ЗНРС, *Службени гласник РС*, бр. 1/2009, 55/2009 – испр., 91/2016, 28/2019 – одлука УС и 82/2019, чл. 128–138.

¹² Решења садржана у наведеним законским текстовима за узор су имала одредбе Закона о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/1955; *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/1965 и 42/1965, чл. 111–121.

¹³ Француски нормотворац дословце каже да је за акт даривања потребна здрава памет. Видети: CC, чл. 901.

¹⁴ Видети: CC, чл. 904.

¹⁵ Видети: CC, чл. 1075, ст. 1.

побочни сродници, укључујући и супружника. Притом, поклонодавцу је дозвољено да овакав поклон дарује малолетнику или пунолетном лицу под старатељством, уз сагласност старатеља,¹⁶ осим ако му намеће неке обавезе или га, приликом поделе, ставља у неповољнији положај у односу на остале поклонопримце.¹⁷ Изузетно, у положају поклонопримца, код овог вида даровања, могу бити и трећа лица, само када се овај правни посао односи на индивидуални бизнис дародавца или компанију којом он управља.^{18, 19}

Српски законодавци на простору Републике Србије и Републике Српске уговорне стране код уговора о уступању и расподели имовине за живота одређују уже, прецизирајући да у положају уступиоца имовине може бити једино предак, а у позицији примаоца имовине искључиво његови потомци који ће бити позвани да га наследе.^{20, 21, 22}

Француски и српски нормотворци за пуноважност уговора о деоби имовине путем поклона и уговора о уступању и расподели имовине за живота захтевају сагласност свих потенцијалних наследника, односно потомака који би у конкретном случају требало да наследе поклонодавца, односно уступиоца имовине.²³ Дакле, и за уговор о деоби имовине путем поклона, као и уговор о уступању и расподели имовине за живота важи да поклонодавац, односно уступилац имовине, не могу закључити овај правни посао ако имају само једног потомка.²⁴

Француски законодавац, са новелама СС из 2006. године, предвиђа могућност да поклонодавац, уговором о деоби имовине поклонима, своју имовину дарује и расподели својим унуцима, праунуцима и оста-

¹⁶ Видети: СС, чл. 935, ст. 1.

¹⁷ Детаљније о томе видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 627.

¹⁸ Видети: СС, чл. 1075, ст. 2.

¹⁹ Опширније о кругу субјеката који могу бити у положају поклонопримца код овог правног посла видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 622–623.

²⁰ Видети: ЗНС, чл. 182 и ЗНРС, чл. 128.

²¹ До реформе СС из 2006. године, ово је било и решење француског законодавца. Опширније видети код: J. Maury, *Successions et libéralités*, 185.

²² Овако срочена законска формулација може бити протумачена тако да овим правним послом могу бити обухваћени практично сви потомци, без обзира на степен сродства са претком јер сви они и могу бити позвани на наслеђе, мада немају сви првенство у наслеђивању. Видети: Борислав Благојевић, Оливер Антић, *Наследно право*, 370.

²³ Видети: СС, чл. 1075, ст. 1, ЗНС, чл. 183, ст. 1 и ЗНРС, чл. 129, ст. 1.

²⁴ Опширније видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 628–629.

лим потомцима, чак и ако су деца жива.²⁵ Ради се о трансгенерацијском уговору о деоби имовине путем поклона,²⁶ који у исто време делује на састав заоставштине поклонодаваца и детета које припада међугенера-цији.²⁷ Да би овакво „прескакање” генерација, у стицању имовине прет-ка, било правно валидно, захтева се сагласност детета које се одриче свих или дела својих права и његових потомака који од тог његовог одрицања имају користи.²⁸,²⁹ Дозвољено је и да предак поклони и распо-дели своју имовину делом детету, а делом његовим потомцима или само његовим потомцима.³⁰ Када потомци учествују у подели поклоњених до-бара, онда се деоба врши по линијама.³¹ Притом, као уговорна страна, код овог правног посла, могу бити потомци различитог степена сродства из неких линија, али не из других линија,³² рецимо када неко од деце до-бија на основу уговора о деоби имовине путем поклона.³³ Дакле, могуће је више комбинација, све док се дарају најмање два потомка.³⁴ Уколико поклонодавац има више деце и унука, поклоњена добра може донирати и поделити свима, али и не мора. Став је теорије да је довољна саглас-ност за пријем поклона једног поклонопримца, па да подела поклона буде валидна и извршива у односу на друге потенцијалне наследнике.³⁵ Примена трансгенерацијског уговора о деоби имовине путем поклона могућа је и у ситуацији када поклонодавац има само једно дете. Тада се пренос и подела поклоњених добара могу остварити између тог детета и његових потомака или само између његових потомака.³⁶

²⁵ Видети: СС, чл. 1075-1 и чл. 1078-4.

²⁶ Француски законодавац употребљени термин не користи, за разлику од теорије и судске праксе. Детаљније о томе видети код: J. Maury, *Successions et libéralités*, 185.

²⁷ Видети: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris, 2006, 261.

²⁸ Видети: СС, чл. 1078-5, ст. 2.

²⁹ Опширније видети код: F. Lebeau, Qu’ est-ce que la donation-partage?, 2023, <https://gestiondepatrimoine.com/famille/transmission-du-patrimoine/donation-partage.html>, 24. децембар 2024. године; M. M. Bohuon, Les avantages de la donation-partage, 2024, <https://www.7jours.fr/actualites/les-avantages-de-la-donation-partage/>, 18. децембар 2024. године.

³⁰ Видети: СС, чл. 1078-5, ст. 1.

³¹ Видети: СС, чл. 1078-6, ст. 1.

³² Видети: СС, чл. 1078-6, ст. 2.

³³ A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités* 262–263.

³⁴ Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 633.

³⁵ V. Mikalef-Toudic, Donation-partage: l’acceptation par un enfant rend l’acte opposable aux autres

³⁶ Видети: СС, чл. 1078-5.

Сагласност детета да поклонодавац, уместо њему, поклон дарује његовим потомцима, не доводи у питање такав поступак поклонодавца, будући да дете више нема могућност позивања на повређен нужни део.³⁷

За разлику од уговора о деоби имовине путем поклона, код уговора о уступању и расподели имовине за живота омогућава се само потомцима који би по правилима редовног законског наслеђивања били позвани на наслеђе да буду страна уговорница код овог правног посла. Дакле, искључена је могућност да унук добије преткову имовину, уколико тај десцендент има живе родитеље или да унук, заједно са својим родитељима, подели преткову имовину. Такође, српски законодавац не дозвољава да се унуку пренесе голо власништво одређене ствари, а да сину или кћери буде обезбеђено право плодуживања на истим добрима. Осим тога, искључена је и могућност да у стицању права својине на појединим имовинским добрима претка учествују потомци различитих генерација, а да на другим имовинским добрима власници буду само првостепени потомци.³⁸ Све наведене могућности су примењливе у француском праву.

У односу на српског законодавца, француски нормотворац не регулише директно случај накнадног давања сагласности неког од потомка који није у време закључења овог правног посла сагласност дао,³⁹ али би тако нешто могло проистећи, полазећи од садржине чл. 932, ст. 2 СС.

И француски и српски законодавац исто решавају ситуацију када изостане сагласност макар и једног потенцијалног наследника за закључење уговора о деоби имовине путем поклона, односно потомка који би по правилима редовног законског наслеђивања био позван на наслеђе. Тада се уговор о деоби имовине путем поклона, односно уговор о уступању и расподели имовине за живота конвертују у обичан поклон.⁴⁰ Док се у српском праву ова конверзија односи на све потомке који би у конкретном случају били позвани на наслеђе, у француском праву конверзија се дешава само у односу на потенцијалног наследника који није дао сагласност, док за остале потенцијалне наследнике уговор о деоби

³⁷ Детаљније видети код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités* 261.

³⁸ Опширније за француско право видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 623; E. Fornaguera, *La donation partage transgénérationnelle: un outil optimal*, 2023, <https://chambre-gironde.notaires.fr/2023/03/24/la-donation-partage-transgenerationnelle-un-outil-optimal/>, 18. децембар 2024. године.

³⁹ Видети: ЗНС, чл. 183, ст. 2 и ЗНРС, чл. 129, ст. 3.

⁴⁰ Видети: СС, чл. 1078, ЗНС, чл. 187 и ЗНРС, чл. 132, ст. 1.

имовине путем поклона остаје у важности.⁴¹ Дакле, одбијање појединих поклонопримаца да прихвате поклон „није довољно да поткопа његову ваљаност”.⁴² То даље ствара правни простор да потенцијални наследник у француском праву, односно потомак који има првенство у наслеђивању у српском праву остварује своје право на нужни део.⁴³

Иста правила важе и када поклонодавац у француском праву, односно уступилац имовине у српском праву овим правним послом не обухвати неког од потенцијалних наследника,⁴⁴ односно потомка који би према правилима редовног законског наслеђивања био позван да га наследи и имао право на нужни део или га укључи као уговорну страну, али му поклони мање у односу на вредност његовог нужног дела.⁴⁵ Са овим случајевима, француски законодавац изједначава ситуацију када је потенцијални наследник зачет у време закључења уговора о деоби имовине путем поклона и има право на нужни део, али је изостављен, а у заоставштини нема довољно за намирење његовог нужног дела.⁴⁶ Међутим, ако потенцијални наследник није зачет у време закључења овог правног посла, он онда има право да тражи свој део *ab intestat*.^{48 49} Тако тужба за смањење добродичних располагања мења природу, постаје

⁴¹ Видети: C. Janat, Succession, donation: donner en même temps à ses enfants et à ses petit-enfants, 2017, <https://www.notretemps.com/droit-argent/succession-heritage-donation-donner-meme-temps-enfants-petits-enfants-sans-frais-13536>, 10. децембар 2024. године; Н. Blatry, How to use the donation-partage (or gift with distribution), 2017, <https://www.teeslaw-com-cdn.ampproject.org>, 24. децембар 2024. године; М. М. Bohuon.

⁴² Видети: V. Mikalef-Toudic. Donation-partage: l'acceptation par un enfant rend l'acte opposable aux autres

⁴³ Видети: СС, чл.1077-1, ЗНС, чл. 187 и ЗНРС, чл. 132, ст. 1.

⁴⁴ До измена и допуна СС из 1971. године, постојала је законодавна пракса да се у случају изостављања детета тражи поништај уговора о поклону са деобом. Детаљније о томе видети код: J. Maury, *Successions et libéralités*, 186–187.

⁴⁵ Опширније о томе видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 635. F. Gaudel, Donation-partage: donner ses biens de son vivant, 2025, <https://www.l-expert-comptable.com/a/534198-donation-partage-donner-ses-biens-de-son-vivant.html>, 24. јануар 2025. године.

⁴⁶ Видети: СС, чл.1077-1.

⁴⁷ Тада нужни наследник има право да подигне тужбу за смањење добродичних давања у року од пет година који почиње тећи од тренутка отварања наслеђа поклонодавца. У случају да уговор о деоби имовине путем поклона, у својству поклонодавца закључи брачни пар, онда ово правно средство може да се подигне тек након смрти преживелог супружника. Видети: СС, чл. 1077-2, ст. 2.

⁴⁸ Видети: СС, чл.1077-2, ст. 3.

⁴⁹ Детаљније видети код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 260; J. Maury, *Successions et libéralités*, 186–187.

ближа тужби за тражење наслеђа него ли тужби за намирење нужног дела.⁵⁰ Слобода поклонодавца да потпуно изостави неког од потенцијалних наследника који би имао право на нужни део може бити неокрњена једино у случају да је тај нужни наследник одустао од подизања тужбе за редуковање добротиних давања у погледу наслеђа које још није отворено.⁵¹ То његово одрицање од подизања тужбе за редуковање добротиних давања везује и њихово потомство.⁵²

Важећи ЗН у Републици Србији, ништа изричито не говори о утицају на пуноважност уговора о уступању и расподели имовине за живота чињенице накнадног рођења детета уступиоца или пак појављивања потомка који је проглашен умрлим.⁵³ Законодавац у Републици Српској остао је доследан решењу, садржаном у СЗН, те предвидео да у случају рођења претковог детета, после уступања и расподеле имовине, или појављивања потомка проглашеног умрлим, имовинска добра која су била предмет уговорне обавезе уступиоца третирају се као поклони.⁵⁴

У односу на француског законодавца, српски нормотворци регулишу и случај када потомак, без порода, који је имао првенство у наслеђивању претка, умре пре њега или је недостојан да га наследи или се одрекне наслеђа, а није дао сагласност за закључење уговора о уступању и расподели имовине за живота. Тада се, по слову закона, овај правни посао сматра пуноважним.^{55, 56}

⁵⁰ Видети: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 638.

⁵¹ Видети: СС, чл. 929, ст. 1.

⁵² Видети: F. Bordu, *Donation-partage: conditions et effets*, 2023, <https://www.capital.fr/votre-argent/la-donation-partage-une-solution-pour-eviter-les-litiges-entre-ses-enfants-1279739>, 18. јануар 2025. године.

⁵³ Према мишљењу појединих теоретичара, формулација чл. 187 ЗНС је тако конципирана да се под њено окриље могу подвести и наведени случајеви. Видети: Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, НОМОС, Београд 1996. 486–487.

⁵⁴ Видети: СЗН, чл. 115, ст. 2 и ЗНРС, чл. 132, ст. 2.

⁵⁵ Видети: ЗНС, чл. 183, ст. 2, ЗНРС, чл. 129, ст. 4.

⁵⁶ Већ је раније у теорији указано на мањкавост оваког решења законодавца у Републици Србији, будући да није споменуто искључење из наслеђа потомка као могући узрок који може анулирати дејство несаглашавања потомка са садржином уговора о уступању и расподели имовине за живота. Опширније о томе видети код: Наташа Стојановић, *Уговор о уступању и расподели имовине за живота*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), LI/2008, 28.

И док француски законодавац на идентичан начин третира супружника поклонодавца са осталим потенцијалним наследницима,⁵⁷ када се закључује уговор о деоби имовине путем поклона, српски законодавац и у Републици Србији и у Републици Српској супружнику додељује другачију правну позицију, будући да он може бити прималац имовине, али и не мора. У зависности од тога, уговор о уступању и расподели ће произвести пун правни ефекат или ће важити као уговор о уступању и расподели имовине за живота за потомке, а као уговор о поклону само за супружника.⁵⁸

Како у француском праву, тако и у српском праву, у улози поклонодавца, односно уступиоца имовине може бити и брачни пар.⁵⁹, ⁶⁰ Они могу путем овог правног посла располагати како добрима која чине посебну имовину, у корист своје деце, тако и стварима које улазе у заједничку имовину, у корист заједничке деце. У француском праву, пренос права својине на добрима из заједничке својине у корист детета само једног од супружника условљен је сагласношћу другог супружника, на темељу чл. 1422 СС.⁶¹ Притом, други супружник не може да буде поклонодавац на заједничким добрима у односу на дете коме је други супружник родитељ.⁶² Француска теорија и пракса дозвољавају, са циљем олакшавања преноса имовинских права, да се комбинују, у јединствену масу, имовинска добра која улазе у заоставштину умрлог супружника са имовинским добрима надживелог супружника која он поклања.⁶³ Оваквим поклоном који се састоји од преноса и поделе имовине брачног пара потомцима омогућава се да једним актом стекну сва имовинска добра родитеља, без прављења разлике на њихово порекло.⁶⁴

⁵⁷ О томе опширније видети код: J. Maury, *Successions et libéralités*, 185.

⁵⁸ Видети: ЗНС, чл. 189, ЗНРС, чл. 134.

⁵⁹ Српски законодавац овакву могућност изричито не предвиђа, али је и не забрањује. За француко право видети: СС, чл. 1076-1.

⁶⁰ У француском праву овакав вид даровања се назива коњуktivни уговор о деоби имовине путем поклона. Детаљније видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 625–626.

⁶¹ О томе детаљно видети код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 258; J. Maury, *Successions et libéralités*, 185.

⁶² Видети: СС, чл. 1076-1.

⁶³ Ради се о кумулативном поклону са деобом. О томе опширније видети код: N. Bordeaux, *La donation-partage ou comment maîtriser de son vivant la transmission de son patrimoine?*, 2023, <https://www.assoedc.com/la-donation-partage/>, 14. јануар 2025. године.

⁶⁴ Детаљније о томе видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 625; F. Bordu, *Donation-partage: conditions et effets*; A. Ambert,

3. Предмет уговора о деоби имовине путем поклона и уговора о уступању и расподели имовине за живота

У француском праву, поклонодавац, код уговора о деоби имовине поклонима, обавезује се да својим потенцијалним наследницима, по правилу, без накнаде, пренесе и подели сва или део имовинских права која постоји у тренутку закључења овог правног посла.⁶⁵ Начелно, исто важи и за предмет уговорне обавезе претка, код уговора о уступању и расподели имовине за живота, у српском праву.⁶⁶

Како поклонодавац, код уговора о деоби имовине путем поклона, тако и уступилац код уговора о уступању и расподели имовине за живота, слободни су да сами одреде коме ће и шта бити поклоњено. Оно што је извесно, уговор о деоби имовине поклонима ни на који начин не сме бити основ за стицање сусвојине поклонопримаца на имовини поклонодавца, како би се избегли дуготрајни поступци око расподеле, у случају њиховог неслагања.⁶⁷ Имовинска права која се поклањају не морају бити једнака, ни у натури, а ни по вредности,⁶⁸ будући да на томе изричито не инсистирају француски и српски законодавац. На поклонопримцима у француском праву, односно примаоцима имовине у српском праву је да такву неравнотежу у располагању имовином прихвате или одбију.⁶⁹ Уколико се одреде за одбијање, њима остаје могућност намирења нужног дела, али тек после отварања наслеђа поклонодавца, односно уступеоца имовине. Наравно, то онда подразумева да се једна од главних предности уговора о деоби имовине путем поклона, односно уговора о уступању и расподели имовине за живота, „замрзавање” вредности поклоњених добара на дан када је правни посао закључен, губи и да се, уместо тога, њихова вредност процењује у време отварања

La donation-partage: avantages et inconvénients, 2024, <https://www.finance-heros.fr/donation-partage-avantages-inconvenients/>, 8. децембар 2024. године.

⁶⁵ Видети: СС, чл. 1076, а у вези са чл. 1075.

⁶⁶ Видети: ЗНС, чл. 185, ст. 1 и ЗНРС, чл. 130, ст. 1.

⁶⁷ У том правцу видети одлуке Касационог суда Републике Француске: Cour de cassation civile, Chambre civile, 6 mars 2013, 11-21.892, Publié ou bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027153105/>; Cour de cassation civile, Chambre civile, 20 novembre 2013, 12-25.681, Publié ou bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028229624/>, 12. март 2025. године.

⁶⁸ A. Delfosse, J-F. Peniguel, La réforme des successions et des libéralités, 258; Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, Droit des successions et des libéralités, 629; F. Gaudel.

⁶⁹ Не могу да побијају таква располагања поклонодавца којим се привилегује неки други потенцијални наследник или треће лице. Више о томе видети код: J. Maury, Successions et libéralités 186–187.

наслеђа поклонодавца, односно уступиоца имовине, као и код обичних поклона.⁷⁰

За разлику од наследноправних прописа у Републици Србији и Републици Српској, француски нормотворац изричито дозвољава да се у уговор о деоби имовине путем поклона интегришу претходно дати обични поклони,⁷¹ како би се спречило да они буду саставни део заоставштине и да поклонопримац таквог поклона капиталну добит, која настане између чина даривања и тренутка отварања наслеђа поклонодавца, дели са осталим потенцијалним наследницима поклонодавца.⁷² Оваквим поступком, поклонопримци, чија је сагласност неопходна, задржавају поклоњена добра, а њихова вредност се ревалоризује на дан када се закључује уговор о деоби имовине путем поклона. Овај правни посао може да обухвати и само обичне поклоне који су поклонопримци некада примили.^{73, 74} Такође, уговором о деоби имовине поклонима уговорне стране се могу договорити да ће претходно учињени поклони за које је поклонодавац рекао да се неће урачунавати у њихов наследни део, ипак, укључе у уговор о деоби имовине путем поклона и из њих се намири нужни део нужног наследника.^{75, 76}

Француски законодавац омогућава да се садржина уговора о деоби имовине путем поклона прилагоди циљевима поклонодавца и потребама поклонопримаца, уношењем читавог низа клаузула. Тако, интегрални део овог правног посла може бити клаузула којом се поклонопримцу налаже да поклоњени новчани износ уложи у дуготрајну инвестицију, рецимо у куповину стамбеног простора. Потом, клаузулом о искључењу

⁷⁰ О томе детаљно за француско право видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 628–629; N. Bordeaux. *La donation-partage ou comment maîtriser de son vivant la transmission de son patrimoine?*

⁷¹ Видети: CC, чл. 1078-1.

⁷² Видети: M. M. Bohuon. *Les avantages de la donation-partage*

⁷³ Ово интегрисање раније учињених поклона са поклоном који укључује и расподелу поклоњених добара, не може се третирати као доброчино располагање између потенцијалних законских наследника, већ као деоба имовине коју је сам поклонодавац даровао. Видети: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 257.

⁷⁴ Опширније о томе видети код: N. Bordeaux. *La donation-partage ou comment maîtriser de son vivant la transmission de son patrimoine?*

⁷⁵ Видети: CC, чл. 1078-2.

⁷⁶ Детаљно о томе видети код: C. Rieubernet, *Exclusion du rapport successoral de la donation-partage incorporée*, 2018, <https://www.actu-juridique.fr/civil/exclusion-du-rapport-successoral-de-la-donation-partage-et-de-la-donation-incorporee/>, 8. децембар 2024. године.

заједнице спречава се да поклоњена ствар уђе у заједничку имовину брачног пара, посебно у случају развода брака. Затим, клаузула о неопућивости онемогућава поклонопримца да отуђи поклоњено добро или да га заложити тзв. клаузулом о враћању обезбеђује се да се поклоњено добро врати поклонодавцу, без плаћања пореза, за случај да поклонопримац или његови потомци умру пре њега.^{77, 78}

У односу на француског нормотворца који код уговора о деоби имовине путем поклона јасно предвиђа могућност поклонодавца да за себе задржи право плодоуживања у погледу поклоњеног добра^{79, 80} и начелну забрану уговарања исплате дугова поклонодавца, различитих од оних који су постојали у време даривања,⁸¹ српски законодавци на простору Републике Србије и Републике Српске, када је реч о уговору о уступању и расподели имовине за живота, формулишу детаљнија решења. Наиме, уступилац може да за себе или свог супружника или обоје или пак неко треће лице задржи право плодоуживања на свим или појединим имовинским добрима која се уступају, али такође може уговорити и доживотну ренту, у стварима или новцу, доживотно издржавање или неку другу надокнаду.⁸² Штавише, домаћи наследноправни прописи посебно регулишу ситуацију када су уживање или рента уговорени у корист уступеоца и његовог супружника, па један од њих умре. Тада, плодоуживање и рента, у пуном обиму, прелазе на преживелог супружника.^{83, 84}

4. Форма уговора о деоби имовине путем поклона и уговора о уступању и расподели имовине за живота

За настанак и пуноважност, како уговора о деоби имовине путем поклона, тако и уговора о уступању и расподели имовине за живота, не-

⁷⁷ То изричито прописује чл. 951 CC, прецизирајујући да оваква привилегија може бити уговорена искључиво у корист поклонодавца.

⁷⁸ Детаљно о томе више видети код: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 639; A Ambert; B. Benichou, *Donation-partage: 5 questions à se poser*, 2024, <https://conseilsdesnotaires.fr/donation-partage-5-questions-a-se-poser>, 14. децембар 2024. године.

⁷⁹ Видети: CC, чл. 949.

⁸⁰ О томе опширније видети код: E. Finot, L. Molina, *La donation-partage transfrontalière*, 36.

⁸¹ Видети: CC, чл. 945.

⁸² Видети: ЗНС, чл. 188, ст. 1 и ЗНРС, чл. 133, ст. 1.

⁸³ Видети: ЗНС, чл. 188, ст. 2 и ЗНРС, чл. 133, ст. 2.

⁸⁴ О предностима и недостацима овог решења детаљно видети код: Наташа Стојановић, *Уговор о уступању и расподели имовине за живота*, 32.

опходно је ангажовање јавног бележника који својим јавнобележничким актом потврђује сагласност поклонодавца и поклонопримца, односно уступиоца и примаоца имовине.^{85, 86}

Француски законодавац предвиђа могућност да се поклањање и расподела имовинских добара могу реализовати посебним актима, под условом да поклонодавац активно учествује у оба правна акта.⁸⁷ То даље значи да уколико се не може доказати да је подела поклона резултат воље поклонодавца, примерено је да се радња даривања која се односи на неподељена имовинска права рекласификује у обичан поклон и онда ће он бити саставни део заоставштине.⁸⁸

Према ставу француске судске праксе, поклањање имовинских права не може се остварити у више одвојених аката даривања, већ у једном аутентичном акту.⁸⁹

Уколико подела поклоњених добара није извршена за живота поклонодавца и уз његову сагласност, онда ће се такав поклон сматрати обичним поклоном.⁹⁰

Законодавци у Републици Србији и Републици Српској не предвиђају могућност уступања и расподеле имовинских добара уступиоца одвојеним правним актима.

5. Раскид уговора о деоби имовине путем поклона и уговора о уступању и расподели имовине за живота

Француски законодавац не прописује посебно разлоге за раскид уговора о деоби имовине путем поклона, већ упућује на примену одговарајућих законских решења која се односе на раскид „обичног” уговора о поклону.⁹¹ Отуда, овај правни посао може престати да производи дејство, иако је правно валидан, услед неизвршења обавеза које је поклонодавац поклонопримцу наложио. Затим, разлогом за раскид овог уговора сматра се и испољена незахвалност поклонопримца у односу на

⁸⁵ Видети: СС, чл. 1075, ст 2, у вези са чл. 931.

⁸⁶ Видети: ЗНС, чл. 184 и ЗНРС, чл. 129, ст. 2.

⁸⁷ Видети: СС, чл. 1076, ст. 2.

⁸⁸ Видети: V. Mikalef-Toudic. Donation-partage: l'acceptation par un enfant rend l'acte opposable aux autres

⁸⁹ Видети: Cass. 1ère civ., 6 fév. 2007. Наведено према: E. Finot, L. Molina, La donation-partage transfrontalière, 29.

⁹⁰ Видети: V. Mikalef-Toudic. Donation-partage: l'acceptation par un enfant rend l'acte opposable aux autres

⁹¹ Видети: СС, чл. 953.

поклонодавца која се може манифестовати кроз: покушај убиства поклонодавца или извршење неког другог кривичног дела усмереног према њему, затим тешке увреде или озбиљно злостављање поклонодавца, као и одбијање пружања му неопходне помоћи (финансијске и сваке друге), како би се заштитио његов живот.⁹² Такође, уговор о деоби имовине путем поклона може бити раскинут и због накнадног рођења детета, чак иако је оно зачето у време даровања.⁹³ Поклонодавац се права на раскид уговора, због рођења детета може, у било ком тренутку, одрећи.⁹⁴ Осим тога, уговорне стране код овог правног посла могу саме одредити да је он раскидив и из других разлога.⁹⁵

Законодавци у Републици Србији и Републици Српској регулишу разлоге који се искључиво односе на раскид уговора о уступању и расподелу имовине за живота. Ради се о испољеној грубој неблагодарности примаоца имовине у односу на уступиоца имовине и о неизвршавању уговорених обавеза.⁹⁶ У односу на француског легислатора, српски нормотворци употребљени израз „груба неблагодарност” ближе не одређују.⁹⁷ Такође, законодавци у Републици Србији и Републици Српској различито третирају неизвршавање уговорених обавеза, за разлику од француског нормотворца, који не прави ту разлику. У случају неизвршења уговореног издржавања према уступиоцу, његовом супружнику или трећем лицу или ненамирења уступичевих дугова, надлежни суд се не упушта у оцену целисходности раскида уговорног односа, већ само утврђује да ли дата обавеза није извршена. Ако се тврдња претка покаже тачном, уговор се раскида и онда потомак мора да врати све што му је предак пренео. Неизвршавање других уговорених обавеза, од стране потомка уступиоца, подлеже детаљној процени свих чињеница, да ли уговорни однос треба раскинути или га наставити, водећи нарочито рачуна о важности терета за претка и другим релевантним околностима случаја.⁹⁸

⁹² Видети: СС, чл. 955.

⁹³ Видети: СС, чл. 961.

⁹⁴ Видети: СС, чл. 965.

⁹⁵ Тако: Ph. Malaurie [L. Aynés], C. Brenner, Droit des successions et des libéralités, 631.

⁹⁶ Видети: ЗНС, чл. 192 и ЗНРС, чл. 137.

⁹⁷ У правној литератури има мишљења да се груба неблагодарност потомка према претку треба изједначити са разлозима за недостојност за наслеђивање или узроцима за искључење из наслеђа. Видети код: Борислав Благојевић, Оливер Антић, *Наследно право*, 380–381; Илија Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије*, Службени лист Србије и Црне Горе, Београд 2005, 290. Има и схватања да употребљени правно-технички израз покрива највиталније моралне интересе уступиоца имовине. Видети: Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању* 492.

⁹⁸ О неоправданости оваквог решења видети детаљно код: Наташа Стојановић, *Уговор*

Када се уговор о деоби имовине путем поклона раскине у односу на једног од потенцијалних наследника, тада се он, у односу на њега, третира као обичан поклон, а све у циљу намирања нужног дела.⁹⁹ За остале потенцијалне наследнике који су са поклонодавцем остали у уговорном односу, овај правни посао се не доводи у питање.¹⁰⁰ Важећи наследноправни прописи у Републици Србији и Републици Српској који регулишу наведену процесну ситуацију су тако формулисани да се могу протумачити или на тај начин да се уговор о уступању и расподели имовине за живота конвертује у уговор о поклону¹⁰¹ или да и даље важи као уговор о уступању и расподели имовине за живота за све који су остали у уговорном односу са претком, а само у односу на потомка који је због раскида уговорног односа вратио примљено, као уговор о поклону,¹⁰² ¹⁰³ што очигледно није исто.

6. Однос уговора о деоби имовине путем поклона и уговора о уступању и расподели имовине за живота са установом нужног дела

Премда је у француском праву уговор о деоби имовине поклони-ма, како смо већ указали, институт хибридног карактера у коме се преплићу елементи класичног поклона и антиципираног наслеђа, када је реч о његовом односу са установом нужног дела, стање је другачије. Наиме, француски законодавац недвосмислено изражава став да се на уговор о деоби имовине поклонима аналогно примењују прописи који важе за поклон међу живима, када је реч о урачунавању, израчунавању нужног дела и редуковању добротиних давања.¹⁰⁴ То подразумева, поред осталог, да је сва имовина коју је оставилац даровао,¹⁰⁵ предмет фиктивног спајања са заоставштином¹⁰⁶ и да се нужни наследник који је добио уговором о деоби имовине поклонима извесну вредност, она урачунава

о уступању и расподели имовине за живота, 34.

⁹⁹ Видети: СС, чл. 922.

¹⁰⁰ Детаљно видети код: F. Bordu, Donation-partage: conditions et effets

¹⁰¹ Као у случају наведеном у ЗНС, чл. 187, односно у ЗНРС, чл. 132, ст. 1.

¹⁰² Као у ситуацији наведеној у ЗНС, чл. 189, односно у ЗНРС, чл. 134, ст. 3.

¹⁰³ Тако и: Илија Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије*, 292.

¹⁰⁴ Видети: СС, чл. 1077-2, ст. 1.

¹⁰⁵ Није од значаја да ли је у питању обичан поклон, поклон са деобом или поклон дарован на темељу брачног уговора. Детаљније видети код: M. Grimaldi, *Droit des successions*, 628–629.

¹⁰⁶ Исто.

у његов нужни део, изузев ако поклонодавац није изричито другачије одредио.¹⁰⁷ То, такође, значи да нужни наследник који није обухваћен, као уговорна страна овог правног посла, или је истим добио мање од вредности нужног дела, има право да подизањем тужбе за смањење добротних располагања, оствари право на нужни део, уколико у заоставштини нема добара из којих би се нужни део намирио.^{108, 109}

Кад год је у питању уговор о деоби имовине путем поклона, процена вредности дарованих имовинских добара, зарад урачунавања у наследни део и израчунавања нужног дела, врши се на дан поделе поклоњених добара, под условом да су сви нужни наследници изричито прихватили поклон, да није било предвиђено задржавање права на плодоуживање у виду новчаног износа и да не постоји другачији договор између поклонодавца и поклонопримаца.¹¹⁰ На овај начин се обезбеђује „сигурност поклонопримца, без жртвовања интереса поклонопримаца који заједно са њим стичу”.¹¹¹ Након што свако од поклонопримаца прихвати свој део поклона, нико се од њих не може накнадно жалити на промене у вредности дарованог које су резултат капиталних губитака или добитака. Монетарна ерозија делује подједнако против свих.¹¹² Насупрот томе, ако се са садржином уговора о деоби имовине путем поклона нису сагласили сви нужни наследници или је предвиђено задржавање права плодоуживања у облику новчаног износа или је такав договор између уговорних страна, онда се вредност поклоњених добара цени према тренутку отварања наслеђа поклонодавца, на основу чл. 922 СС.¹¹³

Исто тако, код трансгенерацијског уговора о деоби имовине путем поклона, када предак поклонодавац умре, имовина стечена овим правним послом урачунава се у нужни део који припада деци или њиховим потомцима, а субсидијарно и у расположиви део.¹¹⁴ Притом, сви поклони који су дати потомцима који чине једну линију, без обзира на степен сродства са поклонодавцем оставиоцем, урачунавају се заједно.¹¹⁵ Код трансгенерацијског уговора о деоби имовине поклонима релеван-

¹⁰⁷ Видети: СС, чл. 1077.

¹⁰⁸ Видети: СС, чл. 1077-1.

¹⁰⁹ Опширније о томе видети код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 255–257.

¹¹⁰ Видети: СС, чл. 1078.

¹¹¹ M. Grimaldi, *Droit des successions*, 637.

¹¹² Исто.

¹¹³ Детаљније о томе видети код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 255–257.

¹¹⁴ Видети: СС, чл. 1078-8, ст. 1.

¹¹⁵ Видети: СС, чл. 1078-8, ст. 2.

тан тренутак за процену вредности дарованих имовинских права јесте дан када је спроведена трансгенерацијска деоба поклоњених добара, уз испуњење услова који се траже код уговора о деоби имовине путем поклона.^{116 117}

Како би заштитио сваког потомка и његов нужни део у оквиру једне линије, француски законодавац је јасно предвидео да се у случају смрти детета које се одрекло имовинских добара, у име својих потомака, код уговора о деоби имовине путем поклона, сматра да унуци ту имовину добијају директно од свог родитеља, а не од поклонодавца претка.¹¹⁸ И у овом случају, вредност имовинских добара, која се путем трансгенерацијског поклона дарују потомцима, процењује се на дан поделе ових добара. Ова правила, међутим, не важе у ситуацији када се дете, у корист својих потомака, одрекне дарованих имовинских добара, а затим, са њима настави да дели поклон у који су уграђена имовинска добра која су претходно примљена на име трансгенерацијског уговора о деоби имовине путем поклона. Тада се вредност поклоњене имовине процењује на дан нове трансгенерацијске поделе поклона.^{119 120}

7. Закључак

Компаративна анализа законских решења посвећених уговору о деоби имовине путем поклона у француском праву и уговору о уступању и расподели имовине за живота у српском праву, показала је да су то правни послови, по правилу без накнаде, који имају за циљ да спрече у будућности могуће сукобе између чланова породице, допринесу њиховом економском осамостаљивању у млађим годинама и обезбеде квалитетније управљање имовинским правима поклонодавца, односно уступиоца имовине у време када више неће бити способни за то. С друге стране, овим правним инструментима се директно задире у законске одредбе којима се уређују наследноправни односи и ограничава њихово дејство у пракси.

Премда за уговор о деоби имовине путем поклона и уговор о уступању и расподели имовине за живота слови да представљају врсту ан-

¹¹⁶ Видети: СС, чл. 1078-9, ст. 3.

¹¹⁷ Опширније о томе видети код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 264.

¹¹⁸ Видети: СС, чл. 1078-9, ст. 1.

¹¹⁹ Видети: СС, чл. 1078-10.

¹²⁰ Опширније код: A. Delfosse, J-F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, 265.

тиципираног наслеђивања, између ова два института постоји и крупна разлика. Док уговор о деоби имовине поклонима, као предујам наслеђа, служи за намирење нужног дела, имовинска добра, предмет уговорне обавезе уступиоца имовине, редовно не улазе у заоставштину и из њихове вредности не може се намирити нужни део нужног наследника, ако је он повређен.

Оно што би законодавци у Републици Србији и Републици Српској требало *de lege ferenda* да узму у обзир јесте могућност проширења круга субјеката – примаоца имовине, по угледу на француско право, на све потенцијалне законске наследнике уступиоца имовине. Тако би до пуног изражаја дошла аутономија воље појединаца да својом имовином располажу на начин који највише одговара њиховим интересима. Осим тога, има оправдања и да се супружник уступиоца имовине у потпуности изједначи са његовом децом, као уговорна страна, будући да је њихов наследноправни положај, барем када је реч о правилима редовног законског наслеђивања, истоветан.

Сигурност правног промета и једнако поступање судова у свим поступцима који се воде поводом раскида уговора о уступању и расподели имовине за живота налажу да се израз „груба неблагодарност” ближе појасни у закону, као и да се неизвршавање уговорених обавеза од стране потомака третира на истоветан начин.

Литература

1. Ambert Antoine, La donation-partage: avantages et inconvénients, 2024, <https://www.finance-heros.fr/donation-partage-avantages-inconvenients/>, 8. децембар 2024. године.
2. Антић Оливер, Балиновац Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању*, НОМОС, Београд 1996.
3. Бабић Илија, *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије*, Службени лист Србије и Црне Горе, Београд 2005.
4. Benichou Barbara, Donation-partage: 5 questions à se poser, 2024, <https://conseilsdesnotaires.fr/donation-partage-5-questions-a-se-poser>, 14. децембар 2024. године.
5. Благојевић Борислав, Антић Оливер, *Наследно право*, НОМОС, Београд 1991.
6. Blatry Hervé, How to use the donation-partage (or gift with distribution), 2017, <https://www-teeslaw-com-cdn.ampproject.org>, 24. децембар 2024. године.

7. Bordeaux Natacha, La donation-partage ou comment maîtriser de son vivant la transmission de son patrimoine?, 2023, <https://www.assoedc.com/la-donation-partage/>, 14. јануар 2025. године.
8. Bordu Fabien, Donation-partage: conditions et effets, 2023, <https://www.capital.fr/votre-argent/la-donation-partage-une-solution-pour-eviter-les-litiges-entre-ses-enfants-1279739>, 18. јануар 2025. године.
9. Bohuon Maître Mathieu, Les avantages de la donation-partage, 2024, <https://www.7jours.fr/actualites/les-avantages-de-la-donation-partage/>, 18. децембар 2024. године.
10. Gaudel Florent, Donation-partage: donner ses biens de son vivant, 2025, <https://www.l-expert-comptable.com/a/534198-donation-partage-donner-ses-biens-de-son-vivant.html>, 24. јануар 2025. године.
11. Grimaldi Michel, *Droit des successions*, LexisNexis SA, Paris 2017.
12. Delfosse Alain, Peniguel Jean-François, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris, 2006.
13. Janat Catherine, Succession, donation: donner en même temps à ses enfants et à ses petit-enfants, 2017, <https://www.notretemps.com/droit-argent/succession-heritage-donation-donner-meme-temps-enfants-petits-enfants-sans-frais-13536>, 10. децембар 2024. године.
14. Lebeau François, Qu' est-ce que la donation-partage?, 2023, <https://gestiondepatrioine.com/famille/transmission-du-patrimoine/donation-partage.html>, 24. децембар 2024. године.
15. Malaurie Philippe [Aynés Laurent], Brenner Claude, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, Lextenso édition, Paris, 2018.
16. Maury Jean, *Successions et libéralités*, LexisNexis Litec, Paris 2007.
17. Mikalef-Toudic Véronique, Donation-partage: l'acceptation par un enfant rend l'acte opposable aux autres, 2019, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/donation-partage-l-acceptation-par-un-enfant-rend-l-acte-opposable-aux-autres>, 12. децембар 2024. године.
18. Rieubernet Christelle, Exclusion du rapport successoral de la donation-partage incorporée, 2018, <https://www.actu-juridique.fr/civil/exclusion-du-rapport-successoral-de-la-donation-partage-et-de-la-donation-incorporee/>, 8. децембар 2024. године.
19. Savez udruženja pravnika Jugoslavije, *Zakon o nasleđivanju sa objašnjenima i napomenama*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1955.
20. Стојановић Наташа, Уговор о уступању и расподели имовине за живота, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Радмила Ковачевић-Куштримовић), LI/2008, 25–39.

21. Finot Emilie, Molina Laetitia, La donation-partage transfrontalière, La Revue no 2/2019, 28–36, <https://www.cheuvreux.fr>, 20. децембар 2024. године.
22. Fornaguera Estelle, La donation partage transgénérationnelle: un outil optimal, 2023, <https://chambre-gironde.notaires.fr/2023/03/24/la-donation-partage-transgenerationnelle-un-outil-optimal/>, 18. децембар 2024. године.

Правни извори

1. Закон о наслеђивању Републике Србије – ЗНРС, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.
2. Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 20/1955; *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/1965 и 42/1965.
3. Закон о наслеђивању Републике Српске – ЗНРС, *Службени гласник РС*, бр. 1/2009, 55/2009 – испр., 91/2016, 28/2019 – одлука УС и 82/2019.
4. Code civil – CC, Version en vigueur au 10 mars 2025, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/, 10. март 2025. године.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.¹²¹

**A CONTRACT ON THE DIVISION OF THE ESTATE BY THE GIFT
IN FRENCH LAW AND A CONTRACT ON THE ASSIGNMENT
AND DISTRIBUTION OF THE ESTATE INTER VIVOS IN SERBIAN
LAW – A COMPARATIVE ANALYSIS**

Summary: *The subject of the author's attention is a contract on the division of the estate by the gift in French law and a contract on the assignment and distribution of the estate in Serbian law in the territories of the Republic of Serbia and the Republic of Srpska. The author, primarily using the comparative law method, as well as the legal-dogmatic, normative-legal, and historical-legal methods, sheds light on the essence of these legal institutes and highlights the similarities and differences in the standardisation thereof. Although both legal affairs represent a type of anticipated inheritance, there is a major difference between them. While a contract on the division of the estate by the gift, as an inheritance advance, is used in the satisfaction of forced portion, the assets, being the subject of the donor's contractual obligation, are regularly not included in the estate and the forced heir's forced portion may not be satisfied, if it is violated. The author proposes, for the national law, and following the French law, an extension of the circle of entities – donees of the estate, to all the donor's potential legal successors and an equalisation of the legal position of the donor's spouse with that of their children, when such legal affair is concluded. In order to achieve a higher level of legal safety, as well as an equal acting of the courts in those proceedings conducted in response to the termination of a contract on the assignment and division of the estate inter vivos, the author also indicates the necessity of a closer definition of the term "gross ingratitude", as well as having an equal treatment of default of all the contractual obligations by the donee.*

Key words: *French law, Serbian law, contract on the division of the estate by the gift, contract on the assignment and distribution of the estate inter vivos, comparative analysis.*

¹²¹ Faculty of Law, University of Niš, natasa@prafak.ni.ac.rs, ORCID ID: 0000-0002-6928-8298.

UDK 347.426:[368:347.51

doi 10.7251/PR7125323S

Originalni naučni članak

PROUZROKOVANJE ŠTETE I DOPRINOS OŠTEĆENOG

Dr Slobodan Stanišić¹

Kratak sadržaj: *U radu se razmatra učešće i značaj komitivnih ili omisivnih postupaka oštećenog u šteti koja pogađa njegova materijalna i nematerijalna dobra, uz osvrt na shvatanja i zakonska rješenja koja su bila sadržana u starim građanskim kodifikacijama i važećem Zakonu o obligacionim odnosima. Pokušava se dati odgovor na pitanje da li na priznavanje i obim naknade koja se ima dosuditi oštećenom ima uticaja njegovo skrivljeno aktivno ili pasivno učešće u prouzrokovanju štete, tj. krivica oštećenog u nastanku štete. Polazeći od opšteg pravila građanskog prava da niko ne može odgovarati samom sebi, već samo drugom licu čije je imovinsko ili neimovinsko stanje štetnom radnjom negativno promijenjeno, učešće oštećenoga u vlastitoj šteti se, zbog toga, ne može vrednovati po subjektivnim, nego po objektivnim kriterijumima. Ocjenjuje se da li je ponašanje oštećenog u konkretnom slučaju bilo uzročno sa štetnom posljedicom u pogledu dijela štete koji potiče od njegove radnje. Štete koje su svojim radnjama prouzrokovali štetnik i oštećeni se međusobno prebijaju („compensatio damnum cum damno“). Prema tome, kada govorimo o tzv. “podijeljenoj odgovornosti” mislimo na srazmjerno smanjenje naknade oštećenom koji je svojim ponašanjem doprineo da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila.*

Ključne riječi: prouzrokovanje, šteta, oštećeni, doprinos

¹ Advokat i Profesor Emeritus Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta “Apeiron”, Banja Luka; e-mail: advokat@blic.net; profesor.stanisic@gmail.com

Opšta razmatranja

Šteta nije uvijek posljedica aktivnog ili pasivnog postupka koji se pripisuje štetniku, već u njenom nastupanju i samom obimu, pored ponašanja štetnika, može učestvovati, aktivno (*komisivno*²) ili pasivno (*omisivno*³) ponašanje (radnja) samog oštećenoga. Drugim riječima, radnja oštećenog može da *doprinese*⁴ nastanku štete, odnosno, da šteta bude veća nego što bi inače bila.

Ponašanje oštećenog u smislu aktivnog ili pasivnog učešća u nastanku i obimu nastale štete može se manifestovati i u postupku koji omogućava ili olakšava štetniku da prouzrokuje štetu ili u postupku koji se sastoji u nepreduzimanju mjera da se dejstvo već nastalih posljedica štete ograniči ili sasvim otkloni.⁵

Učešće oštećenog u nastanku štete podrazumijeva svaki postupak oštećenoga kojim on *doprinosi* nastupanje štete, kao, što je, na primjer, slučaj kada oštećeni učestvuje u tuči više lica, kada uprkos zabrani ulazi u opasnu prostoriju, kada neoprezno upravlja vozilom u saobraćaju, kada neopravdano odbije prijem isplate duga i slično.⁶

Učešće oštećenog u nastanku štete podrazumijeva i svaki aktivan ili pasivan postupak oštećenoga kojim se omogućava da se već nastala šteta poveća, što je, na primjer, slučaj kada postupajući nepažljivo zapusti liječenje povrede koju je dobio; kada ne preduzme mjere gašenja ili lokalizovanja požara, mjere zimskog održavanja puteva ili mjere za sprečavanje daljeg kvarjenja robe ili kada ne spriječi djelovanje tuđih štetnih radnji na način da sam nabavi robu, mašine, sirovine ili repromaterijal koji mu štetnik nije isporučio.⁷

Učešće oštećenog u nastanku štete podrazumijeva i slučaj propuštanja oštećenoga da upozori štetnika na „...opasnost da može nastupiti naročito teška šteta ili na naročito laku mogućnost da šteta nastupi, pa štetnik zbog toga

² *lat. committo, commisi, commissum* - počinuti, izvoditi, započinjati, skriviti

³ *lat. omitto, omisi, omissum* - puštati, ispuštati, prešutiti; *lat. omissus* - nemaran, nehajan

⁴ srpski. *doprinos* (od glagola „*doprinjati*“ i „*pridonijeti*“) - pomoći, učiniti neku pomoć, potpomoći, donijeti što kao svoj prilog čemu, svojim djelovanjem olakšati neko drugo djelovanje (Rečnik srpskohrvatskog jezika, Matica srpska, Novi Sad-Zagreb, 1967, knjiga prva, A-E, str. 740, odrednica – „doprineti“ i knjiga peta, P-S, str. 49, odrednica „pridoneti“ ili „pridonijeti“)

⁵ Toroman Marija.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I knjiga, Beograd, 1983, str. 711

⁶ Jakšić Stevan, „Obligaciono pravo“, Opšti dio, III izdanje, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1960, str. 316

⁷ Ibidem.

nije posvetio veću pažnju ili preduzeo naročite mjere;“, kao što je, na primjer, slučaj, „... kada oštećeni nije upozorio čuvara ili prevozioca da su u paketu, koji mu je predao, dragocjene ili lako upaljive stvari ili osjetljivi instrumenti“, odnosno kada nije upozorio „...ljekara, prevozioca ili druga...lica na neku svoju neobičnu tjelesnu ili psihičku slabost.“⁸

U svim navedenim slučajevima se prepoznaje postupak oštećenoga koji je on, po pravilu, skrivio, zbog čega se ističe da za smanjenje naknade koju je štetnik dužan da plati oštećenom nije dovoljna sama uzročnost između postupka oštećenog i nekog dijela nastale štete, nego se traži i „krivica oštećenog.“⁹ „Štetnik koji se u cilju smanjenja naknade poziva na učešće oštećenika u prouzrokovanju štete, dužan je da dokaže krivicu oštećenoga, jer se ona ne pretpostavlja.“¹⁰

Prema tome, u starijem jugoslovenskom pravu i sudskoj praksi između dva svjetska rata, ali i u novoj Jugoslaviji, do donošenja Zakona o obligacionim odnosima, pod uticajem rješenja koja su usvojena u starim građanskim kodifikacijama,¹¹ *krivica oštećenoga* je bila jedan od kriterija za umanjene potpune naknade koja bi oštećenom inače pripadala, da nije bilo njegovog *doprinosa* odnosno učešća u vlastitoj šteti.

Ali, ako je šteta učinjena namjernim krivičnim djelom, onda krivica oštećenoga, po pravilu, nije imala uticaja, odnosno pravilo o učešću krivice oštećenog u ukupnoj šteti se ne primijenjuje,¹² tako da će štetnik snositi svu štetu koja je iz takvog umišljajnog odnosno namjernog postupanja proizašla.

O krivici oštećenoga kao elementu koji je relevantan za odmjeravanje potpune ili umanjene naknade štete, sud će voditi računa i ako je šteta učinjena u prekoračenju nužne odbrane.¹³

⁸ Ibidem

⁹ Jakšić S., op. cit., str. 315-317

¹⁰ Jakšić S., op. cit., str. 317

¹¹ Vidi § 1304. Opšteg austrijskog građanskog zakonika (ABGB, OAGZ); §805. Srpskog građanskog zakonika (SGZ) i čl. 571. st. 2. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru (OIZ)

¹² Vidi presudu Vrhovnog suda Hrvatske Gž.25/57 od 06.03.1957, Zbirka sudskih odluka, Beograd, 1957, knjiga II, sveska 1, str. 177, odluka br. 105 – navedeno prema Toroman M.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I knjiga, Beograd, 1983, str. 712

¹³ Vidi presudu Vrhovnog suda BiH. Gž.166/56 od 12.03.1956, Zbirka sudskih odluka, Beograd, 1956, knjiga I, sveska 2, str. 126, odluka br. 369 – navedeno prema Toroman M.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I knjiga, Beograd, 1983, str. 712

Prema ovom - subjektivnom shvatanju koje je imalo svoje pristalice u stranom¹⁴ i domaćem¹⁵ odštetnom pravu, u obzir se uzima subjektivan odnos oštećenog prema vlastitom ponašanju, dakle, uzima se u obzir njegova krivica. U tom smislu, zanimljivo je gledište prof. Vukovića koji, između ostalog smatra da „...oštećeni, koji ne sprečava štetne posljedice, pa se time šteta poveća, nije povrijedio neku dužnost staranja, jer se takva dužnost prema sebi ne može povrijediti, već je on time nanio štetu štetniku. Opravdano je stoga govoriti o krivnji oštećenika.“¹⁶ U današnje vrijeme nisu rijetki slučajevi kada se dva ili više lica mogu istovremeno naći u položaju i štetnika i oštećenoga. Kao primjer, navodimo saobraćajne nezgode, odnosno, tzv. udese motornih vozila u pokretu. Prilikom udesa dolaze u kontakt dva ili više motornih vozila čiji imaooci mogu biti jedan prema drugome krivi za nastanak udesa i štete koja iz njega proistekne. U tom slučaju svaki od vozača se pojavljuje kao štetnik i oštećeni u odnosu na drugog vozača. Usljed protivpravne štetne radnje vozača ne nanosi se šteta samo drugome vozaču i trećim licima, već i svaki vozač prouzrokuje štetu samome sebi. Zbog toga je pitanje doprinosa oštećenoga vlastitoj šteti i samo odmjeraivanje smanjene naknade štete u ovakvim slučajevima naročito kompleksno. O krivici oštećenoga se, imajući u vidu razmišljanje prof. Vukovića, može govoriti samo u slučaju kada on vlastitim aktivnim ili pasivnim postupkom čini štetu drugome, a ne i u slučaju kada svojim ponašanjem učestvuje u sopstvenoj šteti. U takvoj situaciji oštećeni, pored toga što i sam sebi čini štetu, preuzima i ulogu štetnika jer istovremeno čini štetu i drugome.

Prilikom odmjeraivanja naknade štete, krivica štetnika se stavlja u odnos prema krivici oštećenog za nastanak štete i njen obim, pa se naknada koju treba priznati oštećenom dobija putem srazmjernog prebijanja štetnikove i oštećenikove krivice (*compensatio culpa*). Štetnikova krivica se kompenzira krivicom oštećenog, tako da se ukupno utvrđena novčana naknada štete smanjuje za iznos koji otpada na štetu prouzrokovanu krivicom oštećenog.

Ovom shvatanju su u novije vrijeme stavljeni ozbiljni prigovori koji se svode na tvrdnju da krivica oštećenog nije krivica u pravom smislu, jer

¹⁴ Wolff Karl., „Von dem Rechte des Schadenersatzes“ (Klang Heinrich, „Kommentar zum Allgemeinen bürgerliche Gesetzbuch“, Wien, 1951, sv.VI), str. 143; Agarkov-Bratus-Genkin-Serebrovski-Škundin., „Sovjetsko građansko pravo“, Knjiga I, prevod, Beograd, 1948, str. 451;

¹⁵ Vuković Mihajlo., „Obvezno pravo“, Knjiga I., Školska knjiga, Zagreb, 1956, str. 282-287; Jakšić S., op.cit, str. 315-317;

¹⁶ Vuković M., op. cit.str. 284

se može odgovarati samo za protivpravne radnje i njihove posljedice koje su učinjene drugome, a ne samom sebi. Po pravilima građanskog prava, niko ne može odgovarati samom sebi, već samo drugom licu čije je imovno stanje štetnom radnjom negativno izmijenjeno, odnosno smanjeno. Učešće oštećenoga u vlastitoj šteti se, zbog toga, ne može vrednovati po subjektivnim, nego po objektivnim kriterijima i to način da se odgovori na pitanje da li je i u kojem obimu konkretno ponašanje oštećenog u uzročnoj vezi sa nastankom određenog dijela njegove vlastite štete?¹⁷ Tom prilikom se ne uzima u obzir subjektivan odnos oštećenog prema vlastitom ponašanju, dakle, ne uzima se u obzir njegova krivica, nego se procijenjuje da li je ponašanje oštećenoga bilo drugačije od uobičajenog, standardnog ponašanja drugih lica u konkretnoj situaciji ili to nije slučaj. Drugim riječima, uzimaju se u obzir objektivne okolnosti, tj. da li je ponašanje oštećenog u konkretnom slučaju bilo uzročno sa štetnom posljedicom u pogledu dijela štete koji potiče od njegove radnje.¹⁸

Po ovom - objektivnom shvatanju ne ulazi se u ispitivanje subjektivnog odnosa oštećenog prema njegovom dijelu učešća u ukupnoj šteti, već samo u ispitivanje i utvrđenje da li je konkretna šteta stvarno prouzrokovana aktivnim ili pasivnim zajedničkim ponašanjem oštećenoga i štetnika, pa se potom odvaja onaj dio štete koji je prouzrokovao oštećeni i za njegov novčani iznos se umanjuje ukupan iznos procijenjene štete, dok se ostatak dosuđuje oštećenom.¹⁹

Očigledno je da se u ovom slučaju radi o prebijanju šteta koje su svojim radnjama prouzrokovali štetnik i oštećeni, dakle, o „*compensatio damnum cum damno*.“

Novije jugoslovensko odštetno pravo i sudska praksa upravo polazi od shvatanja da se „...teret štete uvek srazmerno deli između oštećenog i štetnika...“²⁰, ali bez izričitog priznavanja mogućnosti potpunog gašenja obaveze štetnika da štetu nadoknadi.

¹⁷ Vizner Boris., „Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima“, Knjiga 2., samostalno izdanje, Zagreb, 1978, str. 856

¹⁸ Ibidem str. 856-857

¹⁹ Vizner B., „Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima“, Knjiga 2., samostalno izdanje, Zagreb, 1978, str. 857

²⁰ Toroman M.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I knjiga, Beograd, 1983, str. 712, Vidi i Načelni stav br. 2/80 usvojen na XIV Zajedničkoj sjednici Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26.03.1980. godine, Zbirka sudskih odluka, Beograd, 1980, Knjiga V, sveska 1, str. 13, prema kome: *u situaciji kada je nastanku štete doprineo oštećeni, odgovorno lice je dužno da oštećenom nadoknadi štetu u srazmjeri sa podjelenom odgovornošću.*

Naime, Zakon o obligacionim odnosima, slično Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, propisuje srazmjernu podjelu tereta štete između oštećenog i štetnika,²¹ dok u slučaju „kad je nemoguće utvrditi koji dio štete potiče od oštećenikove radnje“... određuje da će sud „...dosuditi naknadu vodeći računa o okolnostima konkretnog slučaja.“²² Drugim riječima, „... ZOO predviđa samo mogućnost smanjenja naknade, s obzirom na to da krivica oštećenog koja bi mogla biti osnov za isključenje odgovornosti štetnika i nije krivica u pravom smislu reči, pa nije zakonom ni sankcionisana.“²³

Kada u nastanku štete ili njenom povećanju, pored radnje štetnika učestvuje (doprinosi) i radnja oštećenoga, u pravnoj teoriji i legislativi se najčešće upotrebljava naziv „podijeljena odgovornost.“²⁴ Šteta je u tom slučaju rezultat postupaka i štetnika i oštećenog, dakle, njihovog obostranog učešća u nastanku štete i njenoj visini. Međutim, pravilno smatraju neki naši pravni pisci, da u ovom slučaju, kada oštećeni svojim ponašanjem čini štetu samome sebi, a ne nekome drugom, ne može biti riječi o podijeljenoj odgovornosti i to iz razloga što „...odgovarati znači polagati računa drugome, a ne samom sebi. Onaj ko je „odgovoran“ može biti tužen i prinuđen na naknadu štete, dok oštećenog niko ne može tužbom terati da sebi štetu nadoknađuje, budući da je on ovlašten da svojim dobrima raspolaže po svom nahođenju.“²⁵

Sintagma „podeljena odgovornost“ *ne znači diobu odgovornosti* između štetnika i oštećenog, nego je upotrebljena je u ZOO u smislu podjele snošenja štetnih posljedica između štetnika i oštećenog. „Odgovornost odgovornog lica se umanjuje za izvestan iznos u poređenju sa iznosom prouzrokovane štete. Za štetu čije se prouzrokovanje pripiše oštećenom licu, oštećeno lice ne odgovara, nego snosi tu štetu u smislu da nema pravo na naknadu.“²⁶ Srazmjerno smanjena naknada se dosuđuje prema prethodno utvrđenom iznosu cjelok-

²¹ „Oštećenik koji je doprineo da šteta nastane ili bude veća nego što bi inače bila, ima pravo na srazmerno smanjenu naknadu.“ (čl. 192. st. 1. ZOO)

²² „Kad je nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje, sud će dosuditi naknadu prema okolnostima konkretnog slučaja.“ (čl. 192. st. 2. ZOO)

²³ Toroman M.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I knjiga, Beograd, 1983, str. 711

²⁴ Loza Bogdan., „Obligaciono pravo“, Opšti dio, I izdanje, Dom štampe, Zenica, Sarajevo, 1978, str. 222-223; Kaladić I., „Podijeljena odgovornost za štetu“, Inžinjerski biro, Zagreb, 2004, str. 108-133; Babić I., „Građansko pravo“, Knjiga 4..., str. 400;

²⁵ Radišić Jakov., „Imovinska odgovornost i njen doseg“, Institut društvenih nauka, Beograd, 1979, str. 138-139

²⁶ Đorđević Živomir.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 446

upne štete odnosno potpune naknade, na način da se ukupna naknada koja bi pripala oštećenom da nije bilo njegovog učešća u šteti, umanjuje za onoliko koliko je oštećeni, vlastitom radnjom prouzrokovao štetu samome sebi. Dakle, kao mjerilo za utvrđivanje iznosa srazmjernog smanjenja naknade štete uzima se stepen učešća oštećenog u sopstvenoj šteti. Ne vrši se srazmjerno prebijanje krivica štetnika i oštećenog (*compensatio culpa*), već srazmjerno prebijanje šteta počinjenih od strane štetnika i oštećenog (*compensatio damno cum damno*).²⁷ Odgovornost štetnika se ne smanjuje, niti se „dijeli“ odgovornošću oštećenog, već se ukupna šteta svodi odnosno smanjuje samo na onaj dio koji potiče od štetnikove radnje.²⁸

Ne radi se, prema tome, o diobi krivice štetnika i oštećenog, već se zapravo radi „o oštećenikovom gubitku prava zahtjeva za naknadu štete u određenom dijelu.“²⁹

Podijeljena odgovornost prema zakonu o obligacionim odnosima

I. Izvori i područje primjene

Zakonsko rješenje o tzv. „podijeljenoj odgovornosti“ ili bolje rečeno o srazmjernom smanjenju naknade oštećenom koji je svojim ponašanjem doprinio da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, predstavlja jedno od odstupanja od načela „*potpune naknade*“ prema kojem se naknada štete dosuđuje u iznosu koji odgovora prouzrokovanoj šteti, odnosno u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja odgovornog lica (štetnika).

Neka od takvih izuzetaka uređuje Zakon o obligacionim odnosima, kao što su, na primjer, „*određivanje visine naknade štete prema vrijednosti koju je stvar imala za oštećenika, a uništena je ili oštećena krivičnim djelom (afekciona vrijednost, afekciona cijena, pretium affectionis)*“³⁰ i „*sniženju naknade.*“³¹

²⁷ Vizner B., „Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, samostalno izdanje, Zagreb, Knjiga 2. 1978, str. 859

²⁸ Upoređi, Gorenc V. „Zakon o obveznim odnosima s komentarom“, RRiF Plus, Zagreb, 1998, str. 274-275

²⁹ Palandt Otto., „Bürgerliches Gesetzbuch“, 55. izdanje, München, 1996, komentar par.254. BGB i dalje, te tamo u navedenu sudsku praksu – navedno prema Gorenc V. „Zakon o obveznim odnosima s komentarom“, RRiF Plus, Zagreb, 1998, str. 275

³⁰ Vidi čl. 189. st. 4. ZOO

³¹ Vidi čl. 191. ZOO

U predstojećim izlaganjima ćemo se fokusirati na situacije kada je uz štetnika i sam oštećeni doprinio da šteta nastane ili bude veća nego što bi inače bila. U takvoj situaciji, Zakon o obligacionim odnosima, propisuje dva moguća rješenja i to: **prvo**—, „kad je moguće utvrditi u kojoj mjeri je oštećeni svojim postupkom doprineo da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila“, i **drugo** - „kad je nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje.“

Prvo rješenje podrazumijeva slučaj kada je moguće utvrditi udjele štetnikove i oštećenikove radnje u prouzrokovanju štete odnosno u ukupnoj šteti i oni se, po pravilu, mogu izraziti u dijelovima odnosno razlomcima (na primjer, 1/2:1/2, 1/3:2/3 itd.). Oštećeni neće imati pravo na naknadu onoga dijela ukupne štete koji potiče od njegove radnje, što znači da mu sud neće priznati potpunu naknadu, nego naknadu koja je smanjena srazmjerno iznosu njegovog udjela u prouzrokovanju štete. Shodno tome ZOO propisuje: „Oštećeni koji je doprineo da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazmjerno smanjenu naknadu.“³² Drugim riječima, oštećeni ima pravo samo na naknadu onog dijela štete koja potiče od štetnikove radnje, a ne i na naknadu štete koju je sam sebi pričinio.

Drugo rješenje se odnosi na slučaj kada je „...nemoguće utvrditi koji dio štete potiče od oštećenikove radnje...“ odnosno u kojoj mjeri je doprinio prouzrokovanju štete.

Za ovaj slučaj ZOO propisuje pravilo: „Kad je ne nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje, sud će dosuditi naknadu vodeći računa o okolnostima slučaja.“³³

Prema jednom shvatanju iznesenom u pravnoj nauci naknada koju sud dosuđuje „vodeći računa o okolnostima slučaja“ „...mora po iznosu biti manja nego što iznosi prouzrokovana šteta“..., jer iz samog zakonskog teksta proizilazi „...da je i oštećenik doprineo nastanku štete.“³⁴

Kada je nemoguće utvrditi koji dio štete potiče od oštećenikove radnje, o visini srazmjerno smanjene naknade sud odlučuje tzv. **slobodnom ocjenom** i to „...slobodnom utoliko što nešto utvrđuje približno stvarnom stanju, kad se to stvarno stanje ne da izraziti sasvim preciznim merilima, ali vezano za sve okolnosti koje upućuju na rešenje koje je najpribližnije stvarnom stanju.“³⁵

³² Vidi čl. 192. st. 1. ZOO

³³ Vidi čl. 192. st. 2. ZOO

³⁴ Đorđević Ž.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 446

³⁵ Vidi odluke Vrhovnog suda Jugoslavije Rev.349/69 od 17.12.1969. godine i Rev.21/70 od 11.03.1970. godine objavljenu u Zbirci sudskih odluka, knjiga XV, sveska.2, br.

Pored navedenih zakonskih odredaba kojima se uređuje obim naknade materijalne štete u domenu deliktne odgovornosti, ZOO sadrži i odredbe o obimu naknade štete materijalne štete u domenu odgovornosti za štetu zbog neispunjenja ili zakašnjenja u ispunjenju obaveze iz ugovora, kao i za štetu zbog neispunjenja obaveza koje nisu nastale iz ugovora, ukoliko za pojedine od njih nije zakonom nešto drugo predviđeno.³⁶

Tako, u slučaju povrede ugovora ZOO propisuje: „Strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je preduzeti sve razumne mere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtijevati smanjenje naknade.“³⁷

Osim toga ZOO propisuje i situaciju kada skrivljeno ponašanje povjerioca u ugovoru učestvuje u nastanku štete ili njenom obimu ili doprinosi otežanju položaja dužnika. Posljedica ovakvog skrivljenog ponašanja povjerioca se ogleda u smanjivanju naknade koja se ima dosuditi povjeriocu. „Kad za nastalu štetu ili njenu veličinu ili za otežanje dužnikovog položaja ima krivice do povjerioca ili do lica za koje on odgovara, naknada se smanjuje srazmerno.“³⁸

Obe citirane zakonske odredbe uređuju mogućnost smanjenja naknade štete, s tim što se prva odnosi na ponašanje povjerioca nakon što je dužnik povredio ugovor, a druga, na ponašanje povjerioca kojim je doprinio povredi ugovora od strane dužnika.³⁹

Tako je u jugoslovenskoj sudskoj praksi zauzet stav da je povjerilac doprinio nastanku štete zbog povrede ugovora od strane dužnika u situaciji kada je građenje vlastite kuće povjerio licu za koje je znao da nije dovoljno stručno ili je to mogao znati da je upotrebio uobičajenu pažnju⁴⁰ ili u situaciji kada je robu utovarao na željeznički vagon sa greškom koju je mogao uočiti već prilikom površnog pregleda vagona.⁴¹

odluke 145 – navedeno prema Radišić J., „Imovinska odgovornost i njen doseg“, Institut društvenih nauka, Beograd, 1979, str. 144-145

³⁶ Vidi čl. 266. st. 4. i 5. ZOO

³⁷ Vidi čl. 266. st. 4. ZOO

³⁸ Vidi čl. 267. ZOO

³⁹ Jankovec Ivica. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 618

⁴⁰ Pregled sudske prakse – Prilog časopisu Naša zakonitost br. 15/79, Zagreb, 1979, str. 37. – navedeno prema Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 622

⁴¹ Zbirka sudskih odluka, Knjiga III, sveska 1., Beograd, odluka br. 92– navedeno prema Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 622

Odredbe čl. 266. st. 4. i čl. 267. ZOO su odraz shvatanja naše pravne teorije da ispunjenje ugovorne obaveze nije samo stvar dužnika, već i povjerioca, s obzirom da ugovorne strane moraju da „*saraduju*“ prilikom ispunjenja ugovorne obaveze.⁴²

Obaveza preduzimanja „svih razumnih mjera“ podrazumijeva upravo takvo ponašanje povjerioca (oštećenoga) koje olakšava i pomaže dužniku da izvrši svoju ugovornu obavezu na način što će, na primjer, u slučaju nemogućnosti izvršenja obaveze montaže opreme od strane dužnika zbog nedostatka određenih dijelova, povjerilac sam nabaviti na tržištu potrebne dijelove za završetak radova, uz uslov da to može učiniti bez naročitih teškoća.⁴³ Preduzimanje razumnih mjera je, u stvari, svojevrstan pravni standard ponašanja u zasnivanju i izvršavanju prava i obaveza u pravnom prometa, prema kojem se povjerilac treba ravnati. Razumne mjere koje on treba da preduzme nisu nikakve vanredne i neuobičajene mjere koje ga izlažu velikim naporima i troškovima, već uobičajene i redovne mjere kakve bi u sličnoj situaciji preduzeo svaki dobar privrednik, dobar domaćin ili dobar stručnjak. Zbog toga se u pravnoj nauci opravdano ističe da ovaj pravni standard preduzimanja razumnih mjera ne smije da bude naročito strog.⁴⁴ U tom smislu se ne može tražiti od povjerioca da radi smanjenja štete preduzima radnje kojima može dovesti u pitanje svoj poslovni ugled, niti da se eventualno, u cilju smanjenja štete, izlaže enormnim troškovima.⁴⁵

Obaveza preduzimanja radnji odnosno „razumnih mjera“ u cilju smanjenja štete nastaje onoga trenutka kada je povreda ugovora izvršena. Iz navedenog bi slijedilo da oštećeni nije u obavezi da ove mjere preduzima prije nego što je povreda ugovora izvršena.⁴⁶

⁴² Ibidem; Inače, prof Jankovec ukazuje da su odredbe čl. 266. st. 4. ZOO i čl. 267. ZOO preuzete iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Mihaila Konstantinovića, jer je on smatrao da izvršenje obaveze iz ugovora nije samo stvar dužnika, nego obeju ugovornih strana. U tom smislu vidi: Konstantinović Mihailo, „Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima“, Beograd, 1969, čl. 211. st. 4. i čl. 212 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima

⁴³ Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 618-619

⁴⁴ Mc Gregor, „On Damages“, London, 1980. str. 168., No 223 i str. 170, No 236 – navedeno prema Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 619

⁴⁵ Treitel, G.H., „The Law of Contract“, London, 1970, str. 736. – navedeno prema Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 619

⁴⁶ Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 620

Međutim, imajući u vidu pravo povjerioca da raskine ugovor i traži naknadu štete i prije nego što je istekao rok za ispunjenje dužnikove obaveze ako je očigledno da dužnik svoju ugovornu obavezu neće ispuniti,⁴⁷ nije teško zaključiti da će povjerilac, ako se koristio navedenim zakonskim ovlašćenjem, od trenutka raskida ugovora (dakle, prije roka za ispunjenje odnosno dospelosti), biti dužan preduzeti mjere za smanjenje štete odnosno da se šteta ne poveća.⁴⁸

„Strana koja se poziva na povredu ugovora“ jeste, u stvari, strana koja je povredom ugovora oštećena, dakle, strana koja je pretrpila štetu zbog povrede ugovora. Propuštanje preduzimanje „razumnih mjera“ od strane oštećenoga, daje pravo štetniku, kao drugoj ugovornoj strani, da zahtijeva da se njegova obaveza naknade štete koju je prouzrokovao - smanji. Uslov za uspjeh ovakvog zahtjeva štetnika je postojanja negativne činjenice na strani oštećenoga – tj. da oštećeni, kao druga strana u ugovoru, nije „...preduzeo sve razumne mere da bi se smanjila šteta.“

Da bi ocijenio da li je oštećena strana u ugovoru preduzela „razumne mere“ u cilju smanjenja štete, sud je u obavezi da ponašanje oštećene strane u ugovoru uporedi sa odgovarajućim standardima pažnje koja se u pravnom prometu zahtijeva u ugovornim odnosima, misleći pri tome na „pažnju dobrog privrednika“, „pažnju dobrog domaćina“, odnosno „pažnju dobrog stručnjaka.“⁴⁹

Teret dokazivanja navedene negativne činjenice je na štetniku – strani koja je povrijedila ugovor i na taj način drugoj strani prouzrokovala štetu.⁵⁰

Odredbe o obimu naknade štete u slučaju povrede ugovora⁵¹ (neispunjenje ugovorne obaveze), a među njima i ona koja se odnosi na smanjenje naknade štete u slučaju da dužnik dokaže da povjerilac nije preduzeo „sve razumne mjere“ da bi se smanjila šteta⁵², „...shodno se primenjuju i na neispunjenje obaveza koje nisu nastale iz ugovora, ukoliko za pojedine od njih

⁴⁷ Vidi čl. 128. ZOO

⁴⁸ Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 620

⁴⁹ Tako i Mitrović D. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, II izdanje, Beograd, 1983, str. 941

⁵⁰ „Benjamin, s Sale of Goods“, general editor A.G. Guest, London, 1981, str. 659, No 1312 – navedeno prema Jankovec I. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995, str. 622

⁵¹ Vidi čl. 266. st. 1.-4. ZOO

⁵² Vidi čl. 266. st. 4. ZOO

nije ovim zakonom nešto drugo predviđeno.⁵³ Pod sintagmom „obaveze koje nisu nastale iz ugovora“ treba razumjeti obaveze koje su nastale iz drugih izvora obligacija kao što su „prouzrokovanje štete“, „sticanje bez osnova“, „poslovođstvo bez naloga“, „jednostrana izjava volje“ i „druge zakonom utvrđene činjenice“. To znači, da će se odredbe o obimu naknade odnosno o njenom smanjenju propisane u čl. 266. st. 1, 2, 3. i 4. ZOO, primijeniti i na slučajeve neispunjenja obaveza nastalih iz navedenih vanugovornih izvora pod uslovom da za pojedine od njih Zakonom o obligacionim odnosima nije nešto drugo predviđeno.

Iako se odredbe o srazmjernom smanjenju naknade u slučaju doprinosa oštećenoga odnose na deliktnu (vanugovornu) odgovornost za štetu odnosno obaveze nastale prouzrokovanja štete, u pravnoj nauci se opravdano ukazuje da primjena čl. 192. ZOO „...nije isključena za ugovornu odgovornost, jer prema odredbi čl. 269. ZOO, ako odredbama odsjeka o pravima na naknadu ugovorne štete nije drukčije propisano, za naknadu ugovorne štete odgovarajuće (*shodno*-primj. autora) se primjenjuju odredbe o naknadi izvanugovorne štete.“⁵⁴

II. Pretpostavke za primjenu pravila o „podijeljenoj odgovornosti“ odnosno srazmjernom smanjenju naknade u slučaju doprinosa oštećenog nastanku štete i njenom uvećanom obimu

Uslovi za primjenu pravila o podijeljenoj odgovornosti odnosno srazmjernom smanjenju naknade koja bi pripala oštećenome da nije bilo njegovog doprinosa u prouzrokovanju štete su:

1. *građanska odgovornosti štetnika za nastalu štetu,*
2. *doprinos oštećenog da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila i*
3. *ponašanje oštećenog koje nije u funkciji zaštite njegovih pravnih dobara i interesa.*

1. Građanska odgovornost štetnika za nastalu štetu

Podjela štetnih posljedica ponašanja štetnika i oštećenoga je moguća samo kada postoji građanska odgovornost štetnika za nastalu štetu, što podrazumijeva postojanja štetne aktivne ili pasivne radnje štetnika kao subjekta te odgovornosti, štete, uzročne veze između štetne radnje i nastale štete i protivpravnosti.

⁵³ Vidi čl. 266. st. 5. ZOO

⁵⁴ Kaladić Ivo., „Podijeljena odgovornost...“, str. 109

Ako ne postoji postupak štetnika koji je pored postupka oštećenoga prouzrokovao štetu, nema ni podjele odgovornosti između štetnika i oštećenoga, što znači da će cjelokupna šteta pasti na teret oštećenoga.⁵⁵

2. Doprinos oštećenog da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila

Drugi uslov koji se traži da bi došlo do diobe štetnih posljedica između štetnika i oštećenog jedoprinos oštećenog u prouzrokovanju nastale štete. Drugim riječima, oštećeni se uz štetnika pojavljuje kao saprouzrokovatelj vlastite štete. Oštećeni može preduzeti štetan postupak u isto vrijeme kada i sam štetnik, ali i prije i nakon postupka štetnika. Da bi mu se mogao pripisati doprinos u vlastitoj šteti, postupak oštećenog mora biti u uzročnoj vezi sa štetom i zajedno sa postupkom štetnika predstavljati *condicio sine qua non* za nastanak štete. Uzročna veza između ponašanja oštećenoga i nastale štetne posljedice koja ga je pogodila se prosuđuje po istim pravilima kao i uzročnost između štetnikovog ponašanja i štete. Prilikom utvrđivanja uzročne veze između postupka oštećenog i štete koja je pogodila njegova pravna dobra ispituje se „... je li oštećenikovo ponašanje, uzevši u obzir pravila životnog iskustva, adekvatno kao uzrok nastaloj šteti ili njenom povećanju.“⁵⁶ Ako je vjerovatnoća postojanja uzročne veze između radnje oštećenog i nastale štete ili njenog povećanja neznatna, onda se takav neznatan doprinos oštećenoga ne bi trebao uzeti u obzir⁵⁷, a to znači da do podjele štete između štetnika i oštećenoga neće doći i da će cjelokupna šteta odnosno obaveza njenog snošenja pasti na štetnika.

3. Ponašanje oštećenog koje nije u funkciji zaštite njegovih pravnih dobara i interesa.

Ako ponašanje odnosno konkretan postupak oštećenoga šteti njegovim pravnim dobrima ili interesima, tada kažemo da ponašanje oštećenoga nije u funkciji zaštite njegovih pravnih dobara i interesa. Da li je postupak oštećenoga u funkciji zaštite njegovih pravnih dobara i interesa, sud treba ocijenjivati u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir propise kojima je uređen

⁵⁵ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 110

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost“, Zbornik radova „Odgovornost za štetu“, Inžinjerijski biro, Zagreb, 2004, str. 61

određeni obavezujući način ponašanja oštećenog (na primjer, ponašanje oštećenoga kao učesnika u javnom saobraćaju), ali i životno iskustvo i standarde koji važe u prometu, ako propisom, takav obavezujući način ponašanja oštećenog nije uređen.⁵⁸

Prema tome, sa aspekta pravila o diobi štete između štetnika i oštećenog, pravno je relevantno samo takvo ponašanje oštećenoga u konkretnoj situaciji prouzrokovanja štete i njenog eventualnog uvećanja koje bude ocijenjeno kao neadekvatno, neprimjereno i neprihvatljivo sa aspekta zaštite njegovih njegovih pravnih dobara i interesa. Ali kada govorimo o neprihvatljivom, odnosno neadekvatnom ponašanju oštećenoga, mislimo na ponašanje oštećenoga koje ugrožava i neposredno šteti pravnim dobrima i pravom zaštićenim interesima oštećenoga, dakle, ponašanje koje učestvuje u nastanku štete ili čini da šteta bude veća nego što bi inače bila. Ono može imati i sve elemente pogreške. Međutim, pogreška kojom se čini šteta nekom drugome, nije isto što i neadekvatan, pogrešan postupak, kojim se čini šteta samome sebi. Pogreška kojom se čini šteta drugome, uz postojanje ostalih uslova za nastanak odgovornosti za štetu, rezultira skrivljenom odgovornošću štetnika za prouzrokovanu štetu. S druge strane, neadekvatan postupak oštećenoga kojim on doprinosi vlastitoj šteti, bio on skrivljen ili ne, odnosno učinjen namjerno ili nepažnjom, ne rezultira njegovom odgovornošću za štetu, jer oštećeni ne može odgovarati samom sebi za štetu koju je sam sebi učinio. Zbog toga, je i pogrešna sintagma „podjeljena odgovornost“ koja je upotrebljena u ZOO za označavanje uređenja pitanja raspodjele tereta nastale štete između štetnika i oštećenog. Tu opšte nije riječ o kompenzaciji „odgovornosti“ između štetnika i oštećenoga kao saprouzrokovaca štete, nego o međusobnom obračunavanju pojedinih dijelova štete i to onih koji potiču od radnje štetnika sa onima koji potiču od radnje oštećenoga. Radi se, dakle, o „*compensatio damnum cum damno*“. Iz toga razloga, u tekstu zakonske odredbe kojom se uređuje dioba štete između štetnika i oštećenoga, za označavanje ponašanja oštećenoga nisu upotrebljene riječi „odgovornost“ i „krivica oštećenog“, nego riječi „radnja oštećenog“ i „doprinos oštećenog“, u odgovarajućem padežu.

Ponašanje oštećenoga u prouzrokovanju vlastite štete ne može biti kvalifikovano kao krivica i zbog toga što krivicu kao ključnu pravnorelevantnu činjenicu za zasnivanje subjektivne odgovornosti za štetu bitno određuju subjektivni elementi na strani štetnika i to: *sposobnost da shvati značaj vlastitog ponašanja i posljedica koje iz takvog ponašanja proističu* (sposobnost za ra-

⁵⁸ Kaladić I., op. cit.str. 62

suđivanje), kao i *volja* (namjera ili nepažnja) da se određena radnja preduzme u cilju postizanja određenog štetnog rezultata.

Za primjenu zakonskih pravila o raspodjeli tereta štetnih posljedica između štetnika i oštećenoga „...ne zahtijeva se oštećenikova sposobnost za rasuđivanje, a to znači, ni njegova deliktna sposobnost, već je dovoljan oštećenikov doprinos vlastitoj šteti.“⁵⁹

Zbog toga radnja deliktno nesposobnog oštećenog lica nema uticaja na raspodjelu posljedica štete između štetnika i oštećenoga. Relevantan je samo njegov uzročni doprinos nastaloj šteti. Tako je još prije donošenja ZOO, na radnom sastanku sudija Građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije od 25.04.1965. godine zauzet stav prema kojem vozač motornog vozila ne odgovara za štetu prouzrokovanu ponašanjem oštećenoga „...samo ako to ponašanje ima za njega karakter više sile.“ Vozač kao imalac opasne stvari bi prema ovome shvatanju bio oslobođen od odgovornosti za štetu, ako je šteta prouzrokovana ponašanjem oštećenoga koje on (štetnik, vozač) nije mogao predvidjeti, izbjeći odnosno spriječiti.⁶⁰ „Iznenadno istrčavanje od strane šestogodišnjeg djeteta pred autobus, 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 svojevrsan oblik više sile usljed koje vlasnik autobusa nije odgovoran za štetu pričinjenu usljed smrti djeteta.“⁶¹ Iz apstrakta pomenute sudske odluke proističe da je izjednačavanjem postupka deliktno nesposobnog lica sa višom silom – proširen postojeći pojam više sile i na ljudske radnje, tako da su neki naši sudovi pod višom silom podrazumijevali svaki događaj koji dolazi izvana (spolja), bilo prirodnim uticajem (zemljotres, poplava), bilo pod ljudskim uticajem, ali pod uslovom da je nepredvidljiv ili neotklonjiv.⁶²

⁵⁹ Grbin Ivo., „Neka pitanja naknade imovinske štete“, Zbornik radova – Naknada štete, Zagreb, 1986, str. 1315; Crnić J., „Odgovornost više osoba za istu štetu i podijeljena odgovornost“, Zbornik radova – Odgovornost za štetu, Zagreb, 1987, str. 1050

⁶⁰ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 111-112

⁶¹ Vidi odluku Vrhovnog suda Makedonije Gž. 559/66 od 26.10.1966, Pregled sudske prakse Vrhovnog suda Hrvatske u građanskim predmetima u 1966. i 1967. godini, 24. Vidi i izvode iz odluke Vrhovnog suda Slovenije br. Pž.435/72 od 13.07.1972, Zbirka sudskih odluka, knjiga XIII, sveska 3, br. 324 i odluke Vrhovnog suda Srbije Gž.3346/68 od 27.01.1968. godine navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost“..., str. 112

⁶² Vidi neobjavlenu odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž 86/53 - navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 112

Postupak oštećenog kojim samom sebi nanosi štetu, ni sudska praksa, a ni pravna teorija nisu posmatrali sa aspekta građanske odgovornosti, nego samo sa aspekta mogućnosti smanjenja naknade koja pada na štetnika. U tom smislu, ni teorija ne shvata učešće oštećenoga u vlastitoj šteti sa aspekta zasnivanja građanske odgovornosti za štetu, nego sa aspekta raspodjele snošenja posljedica navedene odgovornosti. U tom smislu prof Mihajlo Vuković u objašnjenju paragrafa 1304. Opšteg austrijskog građanskog zakonika (ABGB) kojim bila uređena raspodjela štete između štetnika i oštećenoga, pored ostalog navodi: „Ovdje se ne smije govoriti o „podjeli odgovornosti“, jer krivnja oštećenoga ne služi za osnivanje neke odgovornosti, već samo zato da se smanji naknada koju će platiti štetnik.“⁶³

Imajući u vidu izloženo o prirodi i kvalifikaciji ponašanja oštećenoga u saprouzrokovanju štete (doprinošenju oštećenoga nastanku štete i njenom obimu) sa aspekta zaštite njegovih pravnih dobara i interesa, možemo zaključiti da sud ima obavezu da u svakom konkretnom slučaju pronade formulu za podjelu tereta štete između štetnika i oštećenog. U tom smislu, u pravnoj nauci je izneseno mišljenje, da će sud će u svakom konkretnom slučaju saprouzrokovanja štete od strane štetnika i oštećenoga izvršiti upoređivanje značaja i težine doprinosa oštećenoga nastanku ili povećanju vlastite štete sa značajem i težinom okolnosti koja predstavlja osnov odgovornosti štetnika za prouzrokovanu štetu. „Odgovara li štetnik na temelju krivnje, uspoređuje se značenje oštećenikova doprinosa nastanku ili povećanju štete i stupanj štetnikove krivnje (obična nepažnja, gruba nepažnja, namjera). Veći stupanj štetnikove krivnje imat će napokon za posljedicu snošenje većeg dijela štete na štetnikovoj strani.“⁶⁴

U slučaju kada štetnik odgovora po pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu sud će uporediti značaj doprinosa oštećenoga nastaloj šteti i značaj opasnosti stvari ili djelatnosti od koje potiče šteta povodom kojih štetnik kao njihov imalac ili vršilac odgovara za štetu.⁶⁵ Ako na strani oštećenog nema značajnijeg doprinosa tako nastaloj šteti, njegov se doprinos tretira uobičajenim, tj. doprinosu oštećenoga će se dati manji značaj nego doprinosu štetnika, tako da naknada koja se ima dosuditi oštećenom neće biti značajnije umanjena.⁶⁶ Ako je doprinos oštećenoga nastaloj vlastitoj šteti značajniji,

⁶³ Vuković M., „Pravila građanskih zakona“, IP Školska knjiga, Zagreb, 1961, str. 1017

⁶⁴ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 65

⁶⁵ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 67

⁶⁶ Ibidem

štetu između štetnika i oštećenog bi trebalo podijeliti na jednake dijelove. U slučaju naročito značajnog doprinosa oštećenoga vlastitoj šteti, oštećenom bi trebalo dosuditi srazmjerno manji dio naknade štete.⁶⁷ Ako bi pored odgovornosti po objektivnom principu, na strani štetnika postojala i krivica u određenom stepenu, sud je ne bi mogao zanemariti, nego je obavezan da je uzme u obzir, jer krivica štetnika koja postoji pored njegove objektivne odgovornosti, u zavisnosti o njenoj težini (namjera, nepažnja), smanjuje značaj doprinosa oštećenoga prilikom određivanja formule za raspodjelu štete.⁶⁸

4. Obaveza oštećenoga da spriječi ili smanji vlastitu štetu

U slučajevima kada postoji lice koje je odgovorno za štetu koju je prouzrokovalo na pravnim dobrima i interesima oštećenoga prema kojem oštećeni može da istakne zahtjev za naknadu štete, oštećeni ima obavezu da preduzme mjere za sprečavanje nastanka štete ili mjere za njeno smanjenje.

Ova obaveza oštećenog nije eksplicitno spomenuta u tekstu odredbe ZOO kojom je uređena tzv. "podijeljena odgovornost" odnosno podjela štete između štetnika i oštećenoga, ali iz smisla upotrebljenih riječi i izraza koji su u njoj sadržani proističe da zakon sankcioniše svako ponašanje oštećenoga koje doprinosi da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila.⁶⁹ Oštećeni može doprinijeti da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, kako aktivnim tako i pasivnim ponašanjem – dakle, propuštanjem da preduzme neophodne i adekvatne mjere za sprečavanje nastanka odnosno mjere smanjenja štete. Ako, dakle, oštećeni doprinese vlastitoj šteti nepreduzimanjem mjera sprečavanja nastanka odnosno smanjenja štete, zakon propisuje specifičnu sankciju za oštećenoga koja se ogleda u sužavanju njegovog prava na naknadu pričinjene mu štete. U slučaju doprinosa vlastitoj šteti koji se može ogledati i u propuštanju preduzimanja mjera sprečavanja nastanka štete ili mjera za njeno smanjenje, oštećeni prema štetniku neće moći ostvariti potpunu naknadu štete, nego će imati pravo samo na srazmjerno smanjenu naknadu.

Obaveza sprečavanja nastanka štete odnosno obaveza njenog smanjenja se može dovesti i u vezu sa nekim opštim načelima obligacionog prava koja proklamuje ZOO, pri čemu se misli na *načelo autonomije volje*, *načelo zabrane zloupotrebe prava* i *načelo savjesnosti i poštenja*.⁷⁰

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Vidi čl. 192. st. 1. ZOO

⁷⁰ Više o tome vidi kod: Crnić J., „Odgovornost više osoba..“, str. 1047

Naime, iako učesnici u obligacionom odnosu slobodno i po svojoj volji uređuju svoje odnose, oni te odnose ne mogu uređivati van granica prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.⁷¹

Osim toga, u našem obligacionom pravu je proklamovano i načelo zabrane zloupotrebe prava prema kojem je zabranjeno vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog koga je ono ustanovljeno ili priznato.⁷²

Imajući u vidu navedena načela i dovodeći ih u vezu sa obavezom oštećenoga da preduzme mjere sprečavanja nastanka odnosno smanjenja štete, možemo zaključiti da ne postupa u skladu sa javnim poretkom i dobrim običajima onaj oštećeni koji ne preduzima ništa da spriječi nastanak ili da smanji već nastalu štetu, iako takva mogućnost postoji. Ne može se oštećeni u potpunosti koristiti svojim pravom na naknadu štete, ako je doprinio nastanku štete na način što nije preduzeo ništa da njen nastanak i obim spriječi ili smanji. Ovakvo vršenje prava bi zaista bilo protivno cilju zbog kojeg je pravo oštećenoga na naknadu štete Zakonom o obligacionim odnosima ustanovljeno odnosno priznato.

Konačno, propuštanje oštećenoga da preduzima mjere sprečavanja nastanka štete odnosno mjere za njeno smanjenje, potrebno je dovesti i u vezu sa načelom savjesnosti i poštenja kojega su učesnici u obligacionom odnosu, (a time i oštećeni u pravnom odnosu nastalom iz prouzrokovanja štete), u zasnivanju i ostvarivanju prava iz obligacionih odnosa dužni da se pridržavaju.⁷³

Oštećeni koji samo očekuje da će se štetniku nametnuti obaveza naknade štete ili povećati njen obim, ne preduzimajući pri tome ništa da spriječi nastanak štete, odnosno da nastalu štetu smanji, u stvari, omogućava i pospješuje da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila. Jasno je da takvo postupanje oštećenoga nije u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja.

O povredi obaveze sprečavanja odnosno smanjenja štete sud vodi računa *ex officio*. To znači da sud prilikom odlučivanja o zahtjevu za naknadu štete mora uzeti u obzir propuštanje oštećenoga da preduzme mjere sprečavanja ili smanjenja štete ako takva činjenica bude u postupku utvrđena, čak i onda kada odgovorno lice (štetnik) kao suprotstavljena strana u sporu ne ukazuje na takvo ponašanje oštećenoga.⁷⁴

⁷¹ Vidi čl. 10. ZOO

⁷² Vidi čl. 13 ZOO

⁷³ Vidi čl. 12 ZOO

⁷⁴ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...”, str. 116

Obaveza oštećenog da spriječi nastanak ili smanji štetu je izričito propisana zakonom u domenu ugovorne odgovornosti:

„Strana koja se poziva na povredu ugovora dužna je preduzeti sve razumne mere da bi se smanjila šteta izazvana tom povredom, inače druga strana može zahtevati smanjene naknade.“⁷⁵

5. Posebni slučajevi podjele posljedica štete između štetnika i oštećenog

U posebne slučajeve podjele tereta štete između štetnika i oštećenog koja dovodi do smanjenja naknade štete koja bi inače pripala oštećenom spadaju: 1.krivica lica za kojeg oštećeni odgovara, 2.pristanak oštećenoga na štetu, 3.pristanak oštećenog na rizik nastupanja štete i 4.davanje povoda da nastane šteta.

5.1. Krivica lica za koje oštećeni odgovara

Ovdje je riječ o slučaju kada je lice za koje oštećeni odgovara po nekom osnovu, krivo za nastanak štete na strani oštećenoga. Lica za koja oštećeni odgovara su prvenstveno lica koja rade u ime i za račun oštećenoga, kao što je, na primjer, slučaj sa radnicima koje oštećeni zapošljava, organima oštećenog (direktor), punomoćnicima oštećenoga ali i sa zakonskim zastupnicima deliktно nesposobnih lica kada pri zastupanju, u okviru ugovornog odnosa, svojom krivicom zajedno sa štetnikom oštećenom saprouzrokuju štetu.⁷⁶ Ako je za štetu krivo lice za koje oštećeni odgovara, takav neadekvatan postupak lica za koje on odgovara će se pripisati oštećenome, što će imati za posledicu smanjenje prava oštećenoga na naknadu štete odnosno smanjenje obaveze štetnika u srazmjeri sa značajem krivice lica za koje oštećeni odgovara. Prema nekim našim autorima štetnik (dužnik naknade štete) bi se mogao potpuno osloboditi obaveze naknade ako bi krivica lica za koje oštećeni odgovara bila pretežna za nastanak ili povećanje štete.⁷⁷

Sa ovakvim rezonovanjem se ne bi mogli složiti jer iz zakonske odredbe kojom se uređuje smanjenje naknade u slučaju „krivice poverioca“ nedvosmisleno proističe da se radi krivici poverioca u smislu doprinošenja za nastanak ili povećanje štete, što podrazumijeva postojanje i uticaja štet-

⁷⁵ Vidi čl. 266. st. 4. ZOO

⁷⁶ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost ...“, str. 117

⁷⁷ Ibidem

nikovog postupka na nastanak štete ili njeno povećanje. Ova odredba isključivo govori o tome da će se u slučaju učešća krivice povjerioca u samoj šteti, njenoj veličini ili u otežanju dužnikovog položaja, naknada štete smanjiti srazmjerno, ali ne i o „dužnikovom potpunom oslobođenju od odgovornosti“ za štetu. Prema tome, navedenom odredbom se ne reguliše oslobođenje štetnika od odgovornosti za štetu, već raspodjela tereta naknade štete između štetnika i oštećenoga. Dužnik se može osloboditi odgovornosti za štetu, a time i obaveze naknade štete samo ako dokaže da nije kriv ili da ne postoji neka od ostalih pretpostavki za zasnivanje subjektivne odgovornosti za štetu. Pretežan uticaj krivice lica za koje oštećeni odgovara u nastanku i povećanju štete nije zakonom predviđen razlog za potpuno oslobođenje štetnika od subjektivne odgovornosti za štetu, već samo za njegovo djelimično oslobođenje od odgovornosti, a time i razlog za djelimično smanjenje njegove obaveze naknade.

O oslobođenju štetnika od subjektivne odgovornosti, a time i oslobođenju od obaveze naknade štete bi se moglo govoriti samo u slučaju ako je krivica lica za koje oštećeni odgovara stoprocentno uticala na nastanak štete ili njeno povećanje, jer bi se u tom slučaju ispostavilo da štetnik uopšte nije kriv za nastalu štetu ili njeno povećanje, već da je šteta nastala ili se uvećala isključivo zbog krivice lica za koje oštećeni odgovara. Ovakav zaključak proističe i iz opšte odredbe o osnovima odgovornosti kojom je propisano: „Ko drugome pričini štetu, dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“⁷⁸

Prema tome, ako bi štetnik dokazao da je šteta nastala bez njegove krivice, odnosno da je nastala isključivo krivicom lica za koje štetnik odgovara, onda uslova za podjelu štete između štetnika i oštećenoga ne bi ni bilo, već bi ukupna šteta pala na oštećenoga.

5.2. Pristanak oštećenoga na štetu

U ovom slučaju ćemo se fokusirati na pristanak oštećenoga sa aspekta eventualne podjele štete između štetnika i oštećenoga, odnosno pokušati odgovoriti na pitanje *u kojem slučaju bi pristanak oštećenoga da mu se pričini šteta imao uticaja na eventualno smanjenje naknade štete*. Kada je u pitanju pristanak oštećenoga da mu se pričini šteta, zakon predviđa dvije različite pravne situacije.

⁷⁸ Vidi čl. 154. st. 1. ZOO

Prva se odnosi na ***pristanak oštećenoga da mu se pričini šteta radnjom koja nije zabranjena***, a druga na njegov ***pristanak da mu se pričini šteta radnjom koja je zakonom zabranjena***.

U prvoj situaciji, oštećeni koji na svoju štetu dozvoli drugome preduzimanje neke radnje, nema pravo da od štetnika traži naknadu štete prouzrokovane tom radnjom.⁷⁹ On to pravo nema iz razloga što u takvoj situaciji nema protivpravnosti štetne radnje niti protivpravnosti same štete.⁸⁰

U drugoj situaciji, oštećeni daje izjavu odnosno pristaje da mu se pričini šteta radnjom koja je zakonom zabranjena, u kom slučaju, zakon izričito propisuje da je takva izjava ništava.⁸¹ Međutim, bez obzira što zakon propisuje da je takva izjava oštećenoga ništava, ista se može smatrati i kao doprinos oštećenoga nastaloj šteti, u kom slučaju dolazi do primjene pravila ZOO kojima je uređena raspodjela posljedica štete između štetnika i oštećenog srazmjerno učešću oštećenog u nastanku štete ili njenom povećanju.⁸²

U literaturi⁸³ se kao jedan od osnova za dosuđivanje oštećenome smanjene naknade pominje i slučaj mogućnosti sudskog snižavanja naknade ako je štetnik prouzrokovao štetu „radeći nešto radi koristi oštećenika.“⁸⁴ Pri tome se polazi od pretpostavke da je sam oštećeni, radi neke vlastite koristi dopustio da mu se pričini šteta.⁸⁵

5.3. Pristanak oštećenoga na rizik nastupanja štete

O pristanku oštećenoga na rizik nastupanja štete govorimo onda kada oštećeni ne želi nastupanje štetnih posljedica, „...ali su mu poznate ili su mu morale biti poznate izvjesne okolnosti koje upućuju na opasnost nastupanja štetnog događaja.“⁸⁶

Pristanak oštećenoga na rizik nastupanja štete postoji, na primjer, u slučaju pristanka oštećenoga na vožnju sa vozačem koji je nesposoban za vožnju zbog neobučenosti, premorenosti, alkoholisanosti, dejstva narkotika i nekih lijekova. U navedenim situacijama oštećeni nije nekom aktivnom ili

⁷⁹ Vidi čl. 163. st. 1. ZOO

⁸⁰ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 117

⁸¹ Vidi čl. 163. st. 2. ZOO

⁸² Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 117; Crnić J. op. cit. str. 1051

⁸³ Vizner B., „Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, samostalno izdanje, Zagreb, 1978, str. 697; Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 117

⁸⁴ Vidi čl. 191. st. 2. ZOO

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 118.

pasivnom radnjom doprinio nastanku štete, što znači da podjela štete između štetnika i oštećenoga, formalno gledano, ne bi bila moguća. Međutim, naši sudovi ipak i ovakve situacije podvode (supsumiraju) pod pravila o podjeli tereta štete između štetnika i oštećenoga dosuđujući oštećenom srazmjerno smanjenu naknadu, mada oštećeni faktički nije doprinio nastupanju štetnog događaja do kojeg bi došlo i bez njegovog prisustva u motornom vozilu. Da je odustao od vožnje sa vozačem koji je nesposoban za vožnju oštećeni je mogao izbjeći štetne posljedice, pa kako tako nije postupio i *sam je djelimično preuzeo rizik opasnosti nastupanja štete* jer se nadao da do štete neće doći.⁸⁷ U prilog navedenom rezonovanju je i jedna odluka Vrhovnog suda Hrvatske iz perioda prije donošenja ZOO čiji apstrakt u relevantnom dijelu glasi: „... osoba koja pristane da se besplatno vozi automobilom znajući da vozač nema položen vozački ispit i da je pijan, i sama djelimično preuzima rizik za štetu koju pretrpi u prometnoj nesreći.“⁸⁸

5.4. Davanje povoda nastupanju štete

Oštećeni koji je svojim postupkom dao povoda da mu šteta bude pričinjena nema pravo na naknadu štete od lica koje inače odgovara za štetnika. Takav slučaj, postoji, kada neko pretrpi štetu od lica koje je nesposobno za rasuđivanje. Ako je, naime, oštećeni takvu osobu izazvao ili naljutio nekim svojim postupkom, pa ga ona napadne i nanese mu štetu, neće imati pravo na naknadu štete od lica koje za takvu neuračunljivu osobu odgovara. Slična će situacija biti u slučaju kada oštećeni razdraži životinju koja ga napadne i povrijedi. U takvoj situaciji, oštećeni neće moći dobiti naknadu štete od vlasnika životinje, jer je svojim ponašanjem dao povoda da do štete dođe.

Međutim ako su: lice koje odgovara za postupke neuračunljivog ili lice koje odgovara kao vlasnik životinje mogli preduzeti mjere sprečavanja štete, ali to nisu učinili, u takvim slučajevima će se šteta ipak podijeliti između oštećenog i lica koje odgovara za neuračunljivog štetnika odnosno između oštećenog i vlasnika životinje.⁸⁹

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž.2320/68 od 05.12.1968, Zbirka sudskih odluka, Beograd, 1971, knjiga XVI, sveska 1., br. 36; Vidi i odluku Vrhovnog suda Hrvatske Gž.2856/72 od 05.09.1973, Pregled sudske prakse, Prilog Našoj zakonitosti 4, br. 5 – navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 118.

⁸⁹ Kaladić I., „Podijeljena odgovornost.“, str. 118

III. Teret dokazivanja da ponašanje oštećenoga nije u funkciji zaštite njegovih pravnih dobara i interesa, te postojanja doprinosa oštećenog vlastitoj šteti

Dok se krivica štetnika, zahvaljujući oborivoj pretpostavci krivice sadržanoj u čl.154 ZOO, ne mora dokazivati, jer je teret dokazivanja prenesen sa oštećenog na štetnika, *neadekvatnost ponašanja oštećenoga* prema vlastitim dobrima (odnosno tzv. „*krivica oštećenoga*“) se ne pretpostavlja, već *se mora dokazati*. Takođe se *mora dokazati postojanje doprinosa oštećenoga vlastitoj šteti*. Teret dokazivanja da postupanje oštećenog prema vlastitim dobrima nije u funkciji zaštite njegovih pravnih dobara i interesa, kao i da postoji njegov doprinos nastanku štete ili njenom povećanju je na **štetniku**. Prema tome, štetnik je dužan da dokaže neadekvatnost ponašanja oštećenoga odnosno tzv. „*krivicu oštećenoga*“ kao i postojanje uzročne veze između takvog ponašanja oštećenoga i nastale štete. Po pitanju tereta dokazivanja neadekvatnosti ponašanja oštećenoga odnosno njegove „krivice“ i uzročnosti između takvog ponašanja i nastale štete jugoslovenska pravna nauka⁹⁰ i sudska praksa su jedinstveni.⁹¹ Zanimljiv je stav jugoslovenske sudske prakse da u slučaju nedostatka dokaza o „krivici oštećenog“ i štetnika, sud može da odluči o stepenu odgovornosti štetnika i oštećenog po slobodnoj ocjeni.⁹²

IV. Prenos potraživanja oštećenoga na treće lice

U slučaju kada oštećeni ustupi svoje potraživanje naknade štete koje ima prema odgovornom licu - nekom trećem (cesija potraživanja naknade štete), tada odgovorno lice više ne duguje naknadu oštećenome (starom povjeriocu), nego trećem licu kao novom povjeriocu. Odgovorno lice (dužnik) zbog prenosa potraživanja ne može dospjeti u teži položaj od onoga u kojem je bio u odnosu na oštećenog kao starog povjerioca. U tom smislu, odgovorno lice (štetnik) može isticati prigovor „podijeljene odgovornosti“ prema trećem licu na koje je potraživanje preneseno (novom povjeriocu), a isto tako i prema svim kasnijim odnosno narednim povjeriocima. Ako bi kojim slučajem novi

⁹⁰ Jakšić S., op. cit.str. 281; Kaladić I., Podijeljena odgovornost..“, str. 119

⁹¹ Vidi odluku Vrhovnog suda Jugoslavije Rev.1667/65 od 17.12.1965, Zbirka sudskih odluka, Knjiga X, sveska 3, Beograd, 1969, br. 300 – navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 119

⁹² Vidi odluku Vrhovnog suda Jugoslavije Rev.21/70 od 11.03.1970, Zbirka sudskih odluka, Knjiga XV, sveska 2, Beograd, 1970, br. 145 – navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 119

povjerilac bio saodgovoran za štetni događaj, stari povjerilac kao ustupilac može na njega prenijeti svoje potraživanje naknade štete samo u obimu u kojem mu je štetnik odgovarao za štetu.⁹³ Ako pravo iz socijalnog osiguranja koje pripada oštećenome – ustupiocu potraživanja, pokriva štetu u cijelosti, odgovorno lice (dužnik) neće biti dužno oštećenom socijalnom osiguraniku, nego zajednici socijalnog osiguranja, koja nakon isplate naknade iz osiguranja, prema njemu ima pravo regresa. Naime, odgovorno lice u tom slučaju može s uspjehom prigovoriti oštećenom osiguraniku (starom povjeriocu), ali i trećem licu na koje je stari povjerilac (oštećeni) svoje potraživanje naknade štete prenio, da je potraživanje naknade štete namireno u cijelosti isplatom od strane zajednice socijalnog osiguranja. Prema tome, oštećeni koji je ujedno i socijalni osiguranik mogao bi prenijeti na treće lice samo dio potraživanja naknade štete koji nije pokriven naknadom iz socijalnog osiguranja.⁹⁴

V. Podjela štetnikovog i oštećenikovog udjela u šteti i naturalna restitucija

U načelu, pravila o podijeljenoj odgovornosti za štetu se primjenjuju samo u slučaju kada se nastala šteta nadoknađuje u novcu ili predajom generičkih stvari jer se naknada u novcu ili stvarima određenim po rodu koja pada na teret štetnika nakon što se utvrdi njegov udio u šteti izražen u procentu ili razlomku može jednostavno izračunati.

Sasvim je drugačija situacija, ako se umjesto naknade u novcu, šteta namiruje uspostavljanjem stanja u imovini oštećenoga koje je postojalo prije nastupanja štete (naturalna restitucija). U tom slučaju, teško bi se moglo prihvatiti da se u slučaju podjele tereta snošenja štete između štetnika i oštećenoga, dakle u slučaju postojanja doprinosa oštećenoga, ranije stanje u imovini uspostavlja djelimično. Na primjer, usljed postupaka štetnika i oštećenoga došlo je do požara i potpunog uništenja kuće oštećenoga, zbog čega je nužno istu ponovno izgraditi. U takvoj situaciji ne bi bilo moguće pa ni djelotvorno obavezati štetnika na djelimičnu uspostavu prijašnjeg stanja u imovini oštećenoga s obzirom na stepen njegovog učešća u nastaloj šteti. Takve zahtjeve su naši sudovi su odbijali, dok bi oštećeni, u takvoj situaciji mogao tražiti jedino naknadu štete u novcu. Drugim riječima, u slučaju tzv. “podijeljene odgovornosti”, po pravilu, nema naturalne restitucije, naročito u situaciju kada se

⁹³ Kaladić I., Podijeljena odgovornost za štetu..“, str. 119

⁹⁴ Detaljnije o tome kao i primjere vidi kod Kaladić I., „Podijeljena odgovornost ..“, str. 119-120

naturalnom restitucijom šteta u popravljiva cjelini.⁹⁵ Međutim, ako se dio štete uklanja naturalnom restitucijom, a dio u novcu, naturalnom restitucijom je moguće popraviti makar onaj dio štete koji pada na štetnika, dok bi se dio koji pada na oštećenoga uzeo u obzir prilikom određivanja novčanog dijela naknade štete.⁹⁶

VI. Podjela štetnikovog i oštećenikovog udjela u šteti i zahtjev posredno oštećenoga za naknadu štete

Lica čija pravna dobra i interesi nisu neposredni objekt šetnog postupka, već štetu trpe povodom nekog šetnog događaja koji se ostvario na ličnosti ili u imovini nekog drugog lica koje je sa njima na neki način povezano (na primjer, srodstvo, bračna i vanbračna zajednica) nazivaju se posredno oštećenim licima. U tom slučaju, lice koje je odgovorno za štetu (štetnik) može prema posredno oštećenom isto kao i prema neposredno oštećenom, isticati prigovor tzv. "podijeljene odgovornosti" odnosno njegovog doprinosa nastaloj šteti. Posredno oštećeni će imati prema štetniku samo pravo na srazmjerno smanjenu naknadu, ako štetnik dokaže, da je neposredno oštećeni učestvovao odnosno doprinio nastaloj šteti. Odgovornost štetnika se, u takvom slučaju, anulira u dijelu u koji odgovara učešću (doprinošenju) neposredno oštećenog u prouzrokovanju štete. Pristanak na vožnju u automobilu kojim upravlja vozač u alkoholiziranom stanju, kojom prilikom oštećeni bude povrijeđen, sudska praksa je verifikovala kao doprinos neposrednog oštećenog (putnika u automobilu) nastupanju šetne posljedice.⁹⁷

Čak i posredno oštećeni može doprinijeti nastanku štete, pa se stoga i njegov doprinos nastaloj šteti može uzeti u obzir pored već postojećeg doprinosa neposredno oštećenoga. U literaturi se, kao primjer za ovakvu situaciju, navodi stradanje mlađeg djeteta prilikom prelaska kolovoza, uz uslov da pos-

⁹⁵ U tom smislu je i odluka bivšeg Vrhovnog privrednog suda Sl. 448/65 od 11.06.1965, Zbirka sudskih odluka, Knjiga X, sveska 2., Beograd, 1965, br. 139 – navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 120

⁹⁶ Gičić Z., „Naturalna restitucija kao oblik naknade štete“, Naša Zakonitost br. 10/79, str. 66; Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 120

⁹⁷ „Šteti je doprinijela i sada pokojna kći tužitelja. Iako je maloljetna (16 g.), njeno je životno iskustvo bilo dovoljno da iz okolnosti slučaja može zaključiti da pristaje na vožnju u automobilu kojim upravlja alkoholizirana osoba. Doprinos kćerke oštećenika pravilno je utvrđen sa 30%.“ (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske br.Rev.1540/86 od 11.1.1.1986 godine) objavljena u časopisu Sudska praksa br.4/1987, s.41 – navedeno prema Kaladić I., „Podijeljena odgovornost...“, str. 121, bilj. br.696

toji i odgovornost vozača koji je automobilom naletio na djete-pješaka, kao i odgovornost roditelja zbog propuštanja nadzora nad djetetom.⁹⁸

Jednako kao neposredno oštećenog, i posredno oštećenog tereti obaveza sprečavanja odnosno smanjenja štete. U tom smislu je u jugoslovenskoj sudskoj praksi izražen stav „...da supružniku koji nakon smrti bračnog druga bez opravdanog razloga odbije ponuđeno zaposlenje ne pripada pravo na naknadu štete zbog izgubljenog izdržavanja usljed smrti bračnog druga, jer se smatra da je sam skrivio štetu koju time trpi.“⁹⁹

Zaključak:

Zakonsko rješenje o tzv. *“podijeljenoj odgovornosti”* odnosno o *„srazmjernom smanjenju naknade oštećenom koji je svojim ponašanjem doprinio da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila“*, predstavlja jedno od značajnijih odstupanja od načela *„potpune naknade“* prema kojem se naknada štete dosuđuje u iznosu koji odgovara prouzrokovanoj šteti, odnosno u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja odgovornog lica (štetnika).

Sintagma *„podeljena odgovornost“* ne znači diobu odgovornosti između štetnika i oštećenog, nego je upotrebljena je u ZOO u smislu podjele snošenja štetnih posljedica između subjekata prozrokovanja štete -*štetnika i oštećenog*. Za dio štete čije mu se prouzrokovanje pripiše, oštećeno lice ne odgovara, nego snosi tu štetu u smislu da *nema pravo na potpunu, već srazmjerno smanjenu naknadu štete*. Srazmjerno smanjena naknada se dosuđuje prema prethodno utvrđenom iznosu cjelokupne štete odnosno potpune naknade, na način da se ukupna naknada koja bi pripala oštećenom, da nije bilo njegovog učešća u prouzrokovanju štete, umanjuje za onoliko koliko je oštećeni, vlastitom radnjom prouzrokovao štetu samome sebi. Dakle, kao mjerilo za utvrđivanje iznosa srazmjernog smanjenja naknade štete uzima se *stepen učešća oštećenog u sopstvenoj šteti*. Ne vrši se srazmjerno prebijanje krivica štetnika i oštećenog (*compensatio culpa*), već srazmjerno prebijanje šteta počinjenih od strane štetnika i oštećenog (*compensatio damno cum*

⁹⁸ Kaladić I., „Podjeljena odgovornost...“, str. 121

⁹⁹ Vidi odluku Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine Gž. 1053/73 od 15.11.1973, Zbirka sudskih odluka, Knjiga I, sveska 1., Beograd, 1976, br. 48 – navedeno prema Kaladić I., „Podjeljena odgovornost...“, str. 121

damno). Odgovornost štetnika se ne smanjuje, niti se „dijeli“ odgovornošću oštećenog, već se ukupna šteta svodi odnosno smanjuje samo na onaj dio koji potiče od štetnikove radnje.

LITERATURA:

1. Agarkov-Bratus-Genkin-Serebrovski-Škundin., „Sovjetsko građansko pravo“, Knjiga I, prevod, Beograd, 1948.
2. Babić Ilija., „Građansko pravo“, Knjiga 4 - Obligaciono pravo – Ugovori građanskog prava, III izmenjeno i dopunjeno izdanje, JP Službeni glasnik, Berograd, 2017.
3. „Benjamin,s Sale of Goods“, general editor A.G. Guest, London, 1981.
4. Crnić Jadranko., „Odgovornost više osoba za istu štetu i podijeljena odgovornost“, Zbornik radova – Odgovornost za štetu, Zagreb, 1987.
5. Gičić Z., „Naturalna restitucija kao oblik naknade štete“, Naša Zakonitost br. 10/79, Zagreb, 1979.
6. Gorenc Vilim., „Zakon o obveznim odnosima s komentarom“, RRiF Plus, Zagreb, 1998.
7. Grbin Ivo., „Neka pitanja naknade imovinske štete“, Zbornik radova – Naknada štete, Zagreb, 1986.
8. Đorđević Živomir. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995.
9. Jakšić Stevan., „Obligaciono pravo“, Opšti dio, III izdanje, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1960.
10. Jankovec Ivica. u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, Beograd, 1995.
11. Kaladić Ivo., „Podijeljena odgovornost“, Zbornik radova „Odgovornost za štetu“, Inženjerski biro, Zagreb, 2004.
12. Konstantinović Mihailo, „Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima“, Beograd, 1969.
13. Loza Bogdan., „Obligaciono pravo“, Opšti dio, I izdanje, Dom štampe, Zenica, Sarajevo, 1978.
14. Mitrović Dobrosav.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I Knjiga, II izdanje, Beograd, 1983.
15. Mc Gregor, „On Damages“, London, 1980.
16. Palandt Otto., „Burgerliches Gesetzbuch“, 55. izdanje, Munchen, 1996, komentar paragrafa 254. BGB

17. Radišić Jakov., „Imovinska odgovornost i njen doseg”, Institut društvenih nauka, Beograd, 1979.
18. Toroman Marija.u: „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, I knjiga, Beograd, 1983.
19. Treitel, G.H., „The Law of Contract“, London, 1970.
20. Vizner Boris., „Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima”, samostalno izdanje, Zagreb, Knjiga 2. 1978.
21. Vuković Mihajlo., „Obvezno pravo“, Knjiga I., Školska knjiga, Zagreb, 1956.
22. Vuković Mihajlo., „Pravila građanskih zakona“, IP Školska knjiga, Zagreb, 1961
23. Wolff Karl., „Von dem Rechte des Schadenersatzes“ (Klang Heinrich, „Kommentar zum Allgemeinen bürgerliche Gesetzbuch”, Wien 1951.

Slobodan Stanišić, PhD

CAUSATION OF DAMAGE AND CONTRIBUTION OF THE DAMAGED

Summary: *The paper examines the participation and importance of co-mitative or omission proceedings of the injured party in damage affecting his tangible and intangible assets, with reference to the understandings and legal solutions contained in the old civil codifications and the current Law on Obligations. An attempt is made to answer the question whether the recognition and scope of the compensation to be awarded to the injured party is affected by his hidden active or passive participation in causing the damage, i.e. the fault of the injured party in causing the damage. Starting from the general rule of civil law that no one can answer to himself, but only to another person whose property or non-property situation has been negatively changed by a harmful act, the participation of the injured party in his own damage cannot, therefore, be evaluated according to subjective, but according to objective criteria. It is assessed whether the behavior of the injured party in the specific case was causal with a harmful consequence in terms of the part of the damage that originates from his action. The damage caused by the actions of the harming party and the injured party are offset against each other (“compensatio damnum cum damno”) Therefore, when we talk about the so-called “shared responsibility” we mean a proportional reduction in compensation to the injured party whose behavior contributed to the damage occurring or to being higher than it would normally be.*

Key words: *causing, damage, damaged, contribution*

УДК 347.952:347.447.84

doi 10.7251/PR7125353P

Оригинални научни чланак

СУДСКИ ПЕНАЛИ У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

др Стојана Петровић¹

Анстракт: У раду је анализиран правни институт судских пена-ла. Ради се о институту амбивалентне правне природе – материјално-правне и процесноправне.

Анализом домаћег законског оквира регулисања овог института, те анализом процесне доктрине, отворена су нека занимљива питања у вези са судским пенима, о којима се законодавац изричито не изјашња-ва, а која се у пракси могу појавити као недоумице.

Кључне ријечи: судски пенали, неновчана обавеза, партициони рок.

1. УВОД

Судски пенали нису непосредно средство извршења на неновча-ним потраживањима тражиоца извршења, већ су они посредно средство принуде,² односно притиска на дужника неког неновчаног облигационо-правног потраживања, а које је утврђено правноснажном одлуком суда.³ Судски пенали су одређени новчани износ који је извршеник дужан пла-тити тражиоцу извршења, а по судском одређењу.

¹ Доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, контакт: stojana.petrovic@pf.unibl.org

² Ранка Рачић, *Извршно процесно право* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2021), 212.

³ Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, (Београд: Службени гласник, 2021), 664.

Судске пенале треба разликовати од института као што су накнада штете, уговорна казна и новчана казна.

Наиме, захтјев за накнаду штете може се поставити под условом да је конкретно лице претрпјело штету. Судски пенали се, као посредно средство принуде на извршеника да испуни своју неновчану обавезу изричу без обзира на штету која је настала његовим пропуштањем.

Уговорна казна је институт облигационог права који уговарају повјерилац и дужник и који се састоји у одређеној количини новца или другој материјалној користи ако дужник у року не испуни своју обавезу.⁴ Сличност са судским пеналима је у томе што се у оба случаја исплаћује новчана сума због закашењења са испуњењем неновчане чинидбе. Уговорна казна, међутим, за разлику од судских пенала мора претходно бити уговорена, док судске пенале изриче суд.⁵

Судски пенали се разликују и од новчане казне. Иако и новчану казну и судске пенале изриче суд, новчана казна изриче се у корист државе због извршења одређених неновчаних обавеза.⁶

2. СУДСКИ ПЕНАЛИ

Судски пенали су новчана санкција која се плаћа у корист повјериоца, законом прописана, а предвиђена за дужника који у року није измирио своју неновчану обавезу.

⁴ Чл. 270 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03, 74/04, даље у тексту: ЗОО РС.

⁵ И у домену наслединог права, уколико у наслединоправном уговору нека од уговорних страна не би у року испунила своју уговорну обавезу, то не би могао бити основ за изрицање судских пенала, већ новчане казне, под условом да је она уговорена. (детаљније упор. Ђорђе Раковић, Димитрије Вртић, „Поништење и раскид уговора о доживотном издржавању“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 45 (2023): 75).

⁶ Законом је изричито прописано да се новчана казна може изрећи извршенику ради испуњења обавезе трпљења или пропуштања (чл. 210 Закона о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 58/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18, даље у тексту: ЗИП РС), ради предаје дјетета (чл. 227 ЗИП РС), ради враћања запосленог на рад или у службу (чл. 216 ЗИП РС), ради извршења незамјенљиве радње (чл. 209 ЗИП РС), те према извршенику и одговорним лицима у правном лицу у случају да одбију дати податке о имовини извршеника, као и када својим радњама и поступцима противно налогу суда скривају, оштећују, или уништавају имовину извршеника или ометају суд у провођењу извршних радњи. (чл. 17 ст. 10. ЗИП РС).

1. Правна природа судских пенала

Правна природа судских пенала је двојака. Они су и процесноправни институт извршног права, али и материјалноправни институт облигационог права.

Наиме, ЗОО РС прописује да суд може, на тражење повјериоца, одредити дужнику, који у року не изврши неку своју неновчану обавезу утврђену правноснажном одлуком, накнадни примјерен рок и изрећи, у циљу утицаја на дужника и независно од сваке штете, да ће дужник, ако не изврши своју обавезу у том року, бити дужан исплатити повјериоцу извијесну своту новца за сваки дан закашњења или за коју другу јединицу времена, почев од истека тог рока.⁷

Посматрани као материјалноправни институт, судски пенали се сматрају посебним правом повјериоца, предвиђеним одредбом ЗОО, које му припада због неизвршења неновчане обавезе, одређене правноснажном пресудом.⁸

На идентичан начин је овај институт је регулисан и процесном одредбом, само уз употребу процесних техничких термина.⁹

Судски пенали у извршном поступку нису средство извршења, већ посредно средство извршења ради наплате неновчаног потраживања. Наиме, захтјев за одређивање извршења ради испуњења неновчаног потраживања тражиоца извршења и његов захтјев за одређивање судских пенала међусобно се искључују. Стога тражилац извршења може тражити изрицање судских пенала¹⁰ све док на основу извршне исправе није поставио суду захтјев за одређивање извршења неновчане обавезе на основу те извршне исправе.¹¹ Законодавац, додатно појашњава, да право на судске пенале тражиоцу извршења престаје даном подношења приједлога за одређивање извршења ради остварења неновчане обавезе из извршне исправе.¹²

⁷ Чл. 294 ст. 1. ЗОО РС.

⁸ Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, (Београд: ИП Јустинијан, 2004), 695.

⁹ В. чл. 194 ст. 1. ЗИП РС.

Имајући у виду амбивалентну правну природу института судских пенала, а како се он анализира са процесноправног аспекта, у раду ће се користити процесноправна терминологија.

¹⁰ Законодавац умјесто одређивање судских пенала, користи термин *плаћање судских пенала*.

¹¹ Чл. 194 ст. 5. ЗИП РС.

¹² Чл. 194 ст. 6. ЗИП РС.

Ако би тражилац извршења захтијевао одређивање извршења ради остварења неновчане обавезе извршеника, па извршни суд обустави извршење, тражилац извршења поново стиче право да постави захтјев за одређивање судских пенала поводом те тражбине.¹³

2. Услови за одређивање судских пенала

Да би суд одредио судске пенале, потребно је да постоји неновчана обавеза, извршна исправа којом је та обавеза утврђена, да извршеник није у року извршио своју неновчану обавезу, те да тражилац извршења предложи одређивање судских пенала.

У погледу постојања извршне исправе којом је утврђено неновчано потраживање тражиоца извршења, у процесној теорији се разматрало да ли је „извршна исправа“ или је „правноснажна судска одлука“ којом се утврђује неновчано потраживање услов за одређивање судских пенала.¹⁴

Домаћи законски модел у погледу постојања исправе којом је утврђено постојање неновчаног потраживања, као услова за одређивање судских пенала недосљедан је када се упореди материјалноправно и процесноправно регулисање питања судских пенала.

Наиме, ЗОО предвиђа да је *правноснажном одлуком* суда утврђено неновчано потраживање¹⁵ услов да би суд могао одредити судске пенале дужнику. Са друге стране, ЗИП РС прописује да је потребно да је *извршном исправом* утврђена неновчана обавеза извршеника.¹⁶ Иако правноснажне одлуке суда могу бити извршне исправе, то нису два идентична појма. Осим судских одлука, правноснажне су и друге исправе, односно одлуке, а које су као такве изричито предвиђене Законом.¹⁷

Поставља се онда питање, могу ли се судски пенали одредити на основу сваке од извршних исправа којом је одређено постојање неновчаног потраживања повјериоца (судско поравнање, одлука управног органа и управно поравнање, арбитражна одлука и сл.), или то потраживање може бити утврђено искључиво судском одлуком. У процесној те-

¹³ Чл. 194 ст. 7. ЗИП РС. Законодавац регулише да тиме *оживљава право* тражиоца извршења на судске пенале.

¹⁴ Ранко Кеча, Боровоје Старовић, *Грађанско процесно право*, (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2004), 655.

¹⁵ Чл. 294 ЗОО РС.

¹⁶ Чл. 194 ст. 1. ЗИП РС.

¹⁷ Упор. чл. 23 ЗИП РС.

орији узима се да основ за одређивање судских пенала може бити свака извршна исправа.¹⁸

Будући да се извршном исправом захтијева да је утврђено неновчано потраживање, те да је протекао парациони рок остављен дужнику том исправом, потребно је и да тај рок буде одређен. Питање је да ли би се судски пенали могли одредити уколико је надлежни орган пропустио да исправом остави дужнику парациони рок. У процесној теорији се сматра да то није препрека одређивању судских пенала на основу такве исправе.¹⁹ Ово схватање, међутим, темељи се на законској одредби, а према којој је као услов за одређивање судских пенала предвиђено постојање *правноснажне пресуде*, односно *судске одлуке*,²⁰ за коју се не инсистира на њеној извршности. Како домаћи законодавац захтијева да неновчано потраживање буде утврђено *извршном исправом*, то се разумијева да је парациони рок био одређен и да је он безуспјешно протекао.²¹

Осим ових позитивних, потребно је да се испуни и један негативни услов – да тражилац извршења није захтијевао принудно извршење неновчане обавезе у извршном поступку.

3. Изрицање судских пенала у извршном поступку

Судске пенале изриче суд који би био надлежан да одреди извршење на неновчаном потраживању које извршеник није у року измирио.²² Они се одређују у извршном поступку, а поводом потраживања утврђеног извршном исправом.

Суд ће судске пенале рјешењем одредити по начелу диспозиције, на приједлог тражиоца извршења.²³

Рјешење о одређивању судских пенала заправо је извршна исправа коју доноси извршни суд.²⁴ Извршни суд ће рјешење о одређивању суд-

¹⁸ Габријела Михелчић, „Оврха“ ради изрицања и наплате (досуђених) пенала – о дужности државе „асистирати“ оврховодитељу у извршењу одлуке“, *Хрватски часопис за осигурање*, 11 (2024): 121.

¹⁹ Кеча, Старовић, *Грађанско процесно право*, 656.

²⁰ Кеча, Старовић, *Грађанско процесно право*, 654.

²¹ В. чл. 25 ст. 1. ЗИП РС.

²² Чл. 194 ст. 1. ЗИП РС.

²³ *Ibid.*

²⁴ Тако и Кеча, Кнежевић, *Грађанско процесно право*, 664.

ских пенала донијети када утврди да су испуњене све претпоставке за њихово одређивање, те када утврди да нису испуњене негативне претпоставке, а које предвиђа Закон.

На основу ње и након њене правноснажности ће исти суд по захтјеву тражиоца извршења рјешењем одредити извршење њиховом принудном наплатом.

Рјешењем о одређивању судских пенала суд ће извршенику прво одредити накнадни примјерени рок за испуњење неновчане обавезе. Накнадно одређени примјерени рок почиње тећи од достављања извршенику првостепеног рјешења којим је он одређен, а изјављивање жалбе не утиче на ток тог рока.²⁵

Законодавац користи правни стандард „накнадни примјерени рок“. Накнадни је, јер се ради о новом париционом року који дужнику, односно извршенику одређује извршни суд, након што је безуспјешно протекао парициони рок из извршне исправе. Законодавац, међутим, не даје оријентир суду како процијенити дужину тог накнадног рока који оставља извршенику, да би он био примјерен за њега. За претпоставити је да ће суд, узимајући у обзир природу неновчане обавезе, одредити рок, који може бити и дужи од 30 дана, колико обично износи парициони рок, будући да се ради о неновчаној обавези.²⁶

Истовремено ће суд рјешењем изрећи да, уколико извршеник своју обавезу не испуни у том року, биће дужан да исплати тражиоцу извршења одређени износ новца за сваки дан закашњења, или за неку другу јединицу времена, а у складу са правилима облигационог права, почев од истека датог му рока.²⁷

Против рјешења којим је суд одредио судске пенале изричито је прописано да се у року од осам дана може изјавити жалба, која не одлаже извршење.²⁸ Приговором није допуштено оспоравати рјешење о одређивању судских пенала.

²⁵ Чл. 194 ст. 3. ЗИП РС.

²⁶ В. чл. 179 ст. 2. Закона о парничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13, 109/21, 27/24, даље у тексту: ЗПП РС.

²⁷ Чл. 194 ст. 1. ЗИП РС.

²⁸ Чл. 194 ст. 2. ЗИП РС.

4. Одређивање и провођење извршење ради наплате судских пенала

Након што извршни суд рјешењем одреди извршенику накнадни примјерени рок, те му запријети плаћањем судских пенала, те након што тај накнадни рок безуспјешно протекне, на основу правноснажног рјешења о плаћању судских пенала, који представља извршну исправу, суд ће у истом извршном поступку у којем је донио то рјешење, на приједлог тражиоца извршења донијети рјешење о извршењу ради принудне наплате досуђених пенала.²⁹

Да би суд рјешењем о извршењу одредио принудну наплату досуђених пенала и спровео то рјешење, потребно је, дакле, да тражилац извршења то предложи.

Против рјешења о извршењу судских пенала извршеник је овлашћен изјавити приговор. Он може у приговору тврдити да је своју обавезу испунио. Суд је у извршном поступку у погледу утврђивања чињеница ограничен начелом формалног легалитета. Изричито је прописано да ће суд приговор извршеника усвојити као основан у извршном поступку, уколико он своје наводе поткрепљује на прописани начин – јавном или приватном исправом која има значај јавне исправе.³⁰

3. СМАЊЕЊЕ ВИСИНЕ ИЗНОСА (МОДЕРАЦИЈА) СУДСКИХ ПЕНАЛА

Ако извршеник, најкасније у року од 15 дана након правноснажности извршне исправе – рјешења, којим је извршни суд изрекао судске пенале, испуни своју обавезу, суд може, у истом извршном поступку смањити износ досуђених пенала.³¹ У процесној теорији се узима да би се и код дјелимичног извршења неновчане обавезе од стране извршеника требало удовољити захтјеву извршеника да смањење висине износа судских пенала.³²

Смањење износа досуђених пенала мора предложити извршеник. Рок за подношење овог приједлога је осам дана од дана испуњења обавезе.³³

²⁹ Чл. 195 ст. 1. ЗИП РС.

³⁰ Чл. 195 ст. 2. ЗИП РС.

³¹ Чл. 194 ст. 4. ЗИП РС.

³² Кеча, Старовић, *Грађанско процесно право*, 658.

³³ Чл. 194 ст. 4. ЗИП РС.

Приликом разматрања основаности овог приједлога извршеника, суд ће узети у обзир сврху због које је одредио плаћање судских пенала.³⁴

Захтјев за смањење висине износа судских пенала нема суспензивно дејство, па када извршеник поднесе овај приједлог, то не утиче на поступак одређивања извршења рјешењем о наплати судских пенала и на поступак провођења извршења по том рјешењу.³⁵

Како плаћање судских пенала има такав значај да дужници који нису испунили своју неновчану обавезу морају рачунати да могу бити накнадно санкционисани плаћањем судских пенала, суд ће код дозвољавања модерације процјењивати како би она утицала на евентуалне извршенике.³⁶

4. ЗАКЉУЧАК

Циљ извршног поступка је да се потраживање повјериоца из извршне, односно из вјеродостојне исправе намири у потпуности. Са друге стране, поступак одређивања судских пенала првенствено има за циљ да утиче на дужника да он испуни своју неновчану обавезу, утврђену извршном (али не и вјеродостојном) исправом, знајући да повјериоцу стоји на располагању и могућност предлагања да он плаћа судске пенале.

Иако истовремено и материјалноправни и процесноправни институт, начин регулисања судских пенала у домаћем праву није досљедно спроведен. То у пракси може изазвати недоумице које је тек тумачењем потребно отклонити.

ЛИТЕРАТУРА

1. Рачић, Ранка. *Извршно процесно право*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2021.
2. Кеча, Ранко, Кнежевић, Марко. *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник, 2021.
3. Станковић, Гордана. *Грађанско процесно право*. Београд: ИП Јустинијан, 2004.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Рачић, *Извршно процесно право*, 215.

4. Кеча, Ранко, Старовић, Боровоје. *Грађанско процесно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2004.
5. Михелчић, Габријела. „Оврха“ ради изрицања и наплате (досуђених) пенала – о дужности државе „асистирати“ оврховодитељу у извршењу одлуке“, *Хрватски часопис за осигурање*, 11 (2024).
6. Ђорђе Раковић, Димитрије Вртић, „Поништење и раскид уговора о доживотном издржавању“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 45 (2023).

Прописи

1. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03, 74/04.
2. Закон о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 58/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18.
3. Закон о парничном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13, 109/21, 27/24.

Stojana Petrović, PhD³⁷

COURT PENALTIES IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

Abstract: *The paper analyzes the legal institute of court penalties. It is an institute of ambivalent legal nature – substantive and procedural.*

By analyzing the domestic legal framework regulating this institute, and by analyzing the procedural doctrine, some interesting questions have been opened that the legislator does not explicitly state, and which may arise as doubts in practice.

Keywords: *court penalties, non-monetary obligation, payment period.*

³⁷ Assistant profesor, Faculty of Law of University of Banja Luka, contact e-mail: stojana.petrovic@pf.unibl.org

ОСНОВНИ И ПРИДРУЖЕНИ ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА^{1*}

Др Санда Ћорац²

Анстракт: Специфичности посебног парничног поступка у парницама за вршење родитељског права регулише Породични закон Републике Србије који, уз то, предвиђа и примену правила опште парничне процедуре из Закона о парничном поступку Републике Србије за све поступке из породичноправних односа па, дакле, и у случају одлучивања о вршењу родитељског права. Овај поступак се може водити као основни или придружени. У основном поступку, који покреће странка из круга активно легитимисаних лица одређених Породичним законом Републике Србије, може се захтевати од суда да одлучи само о вршењу родитељског права, када родитељи не воде заједнички живот. У придруженом поступку, који се интерполира у пендентни поступак, такође се одлучује о вршењу родитељског права, а овај поступак који суд покреће *ex offio* представља једну врсту специфичности, односно одступања од правила опште парничне процедуре.

Кључне речи: поступак у парницама за вршење родитељског права, основни поступак, придружени поступак, Породични закон Републике Србије, Закон о парничном поступку Републике Србије.

¹ Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2025. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

² Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, Република Србија, ORCID 0000-0003-1902-7628

1. Увод

Закон о парничном поступку Републике Србије усвојен је 2011. године и уз измене које су у међувремену наступиле на снази је и данас.³ Одредбом члана 1. прописано је да се овим законом уређују правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује у парницама за решавање спорова насталих поводом повреде права личности и спорова из породичних, радних, привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка.

Парнични поступак је општи, основни и редовни пут правне заштите повређених, угрожених или оспорених грађанских субјективних права и представља потпуно регулисану процедуру. Ипак, у процесној литератури је изнет став да су правила општег парничног поступка формулисана према стандардном моделу спора у имовинскоправним односима, а овај типични модел процедуре не задовољава све потребе решавања спорова.⁴ Конкретно у парницама за вршење родитељског права које су регулисане Породичним законом Републике Србије,⁵ о којима се у раду говори, у највећој мери није одговарајући. Односно, правила општег парничног поступка нису прикладан инструмент за пружање правне заштите у споровима који се због својих специфичних својстава битно разликују од стандардних.⁶ Због тога постоји потреба утврђивања посебних процесних правила за спорове у којима је, ради адекватног остваривања посебних процесних циљева, потребно одступити од општих метода за њихово решавање.⁷ Тако, с обзиром да прописана правила Закона о парничном поступку Републике Србије нису

³ Закон о парничном поступку Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон) – у напоменама ЗПП (2011). Више о доношењу и ступању на снагу Закона о парничном поступку из 2011. године, мотивима и припремама за доношење закона, Закону о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2014. године видети Г. Станковић, *Закон о парничном поступку*, Четрнаесто издање, Према стању законодавства од 11. марта 2020. године, Објашњења тумачење и стварни регистар, 2020, стр. 7 – 14.

⁴ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2015, стр. 527.

⁵ Породични закон Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015) – у напоменама ПЗ РС (2005).

⁶ S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, str. 755.

⁷ *Ibid.*

адекватна у потпуности за решавање у парницама за вршење родитељског права, прихваћени су и примењују се специфични процесни инструменти који одговарају врсти права које се штити у овој врсти породичноправног спора.

Правила свих парничних поступака у вези са породичним односима садржи Десети део Породичног закона Републике Србије (одредбе чл. 201 – 289). Одредбе свих посебних поступака из Породичног закона Републике Србије уважавају специфичности породичноправних односа и усвајају правила која су у највећој могућој мери прикладна решавању спорова који настају у овим односима, односно у вези њих. Посебно регулисани поступци су: поступак у парници за развод брака (одредбе чл. 209 – 246); поступак у парници о материнству и очинству (одредбе чл. 247 – 260); поступак у парници за заштиту права детета⁸ и у парници за вршење односно лишење родитељског права (одредбе чл. 261 – 273); поступак у парници за поништење усвојења (одредбе чл. 274 – 276); поступак у парници за издржавање (одредбе чл. 277 – 282); поступак у парници за заштиту од насиља у породици (одредбе чл. 283 – 289). Од момента доношења ПЗ РС (2005) има о њему и критичких ставова, чак и о терминологији. Према ставу изнетом у литератури, у одредбама Породичног закона Републике Србије, којима се уређују посебни парнични поступци у породичним стварима, изостала је пажљива стручна редакција законског текста. У многим маргиналним насловима и у самим одредбама, уместо коректног техничког термина „парница“, употребљава се погрешан технички термин „спор“, иако је општепознато да ови термини нису синоними.⁹

Сваки од посебних поступака у вези са породичним односима регулисан је самостално, изузев поступка у парници за заштиту права детета и поступка у парници за вршење односно поступка у парници за лишење родитељског права, који су регулисани заједно. Поред специфичности процесног инструментаријума који се примењује у парницама за вршење родитељског права у односу на стандардну судску парничну

⁸ У ПЗ РС (2005) је први пут у законодавству Републике Србије посебно нормативно уређен скуп свих права детета (одредбе чл. 59 – 66), као и посебан парнични поступак који пружа процесне гаранције да се та права могу остваривати, односно штитити и када нису предмет заштите у другим нормираним поступцима (одредбе чл. 261 – 273).

⁹ Г. Станковић, *Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима*, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 483.

процедуру,¹⁰ овај поступак је посебан и стога што се може водити као основни или придружени (адхезиони) уз још неки поступак за решавање породичноправног спора.¹¹

Вршење родитељског права, о којем се одлучује у (основном или придруженом) судском поступку, у теорији се преовлађујуће дефинише као скуп овлашћења, права и дужности према деци која се законом додељују родитељима или трећим лицима.¹² Према одредби члана 67. Породичног закона Републике Србије, родитељско право изведено је из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета. Из овога би се, према ставу из теорије, могао извести закључак да је родитељско право по свом карактеру право функција.¹³ Права и дужности су им поверени јер се сматра да ће они као творци детета, то чинити на најбољи начин, у корист детета.¹⁴

2. Поступак у парницама за вршење родитељског права као основни поступак

Поступак у парницама за вршење родитељског права се, као и остали, покреће тужбом – „интродуктивним процесним актом, у којем се истиче и одређени захтев поводом кога суд треба да одлучи“.¹⁵ Право на подношење тужбе за вршење родитељског права имају дете, родитељи детета и орган старатељства.¹⁶ У основном поступку, који покреће странка из наведеног круга активно легитимисаних лица одређених Породичним законом Републике Србије, може се захтевати од суда да одлучи само о вршењу родитељског права – када родитељи не воде заједнички живот. Тужбени захтев у тужби за вршење родитељског права, као и у

¹⁰ У том смислу Д. Палачковић, *Поступак у спору за заштиту права детета*, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 532.

¹¹ Више о овом поступку видети, на пример, С. Торац, *Поступак у парницама за вршење родитељског права*, Крагујевац, 2024.

¹² З. Поњавић, В. Влашковић, *Породично право*, Београд, 2022, стр. 264 према J.Ferrer – Riba, *Parental responsibility in European perspective*, European Family Law: Family Law in a European Perspective, Vol. III, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2016, стр. 284.

¹³ З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 237.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ М. Дика, *Право на тужбу*, Загреб, 1987, стр. 7.

¹⁶ ПЗ РС (2005), одредба члана 264. став 1.

тужби иначе, може бити једноставан и сложен. Тужбени захтев је једноставан када тужилац захтева да суд одлучи само о једној главној ствари, у конкретном случају да одлучи само о вршењу родитељског права. Осим тога, може бити и сложен, када је једном тужбом у формалном смислу истакнуто више самосталних главних захтева.¹⁷ У овом другом случају, када је захтев за вршење родитељског права истакнут уз неки други захтев, реч је спајању тужбених захтева. Спајање тужбених захтева представља радњу тужиоца којом он предлаже суду да води један парнични поступак о већем броју тужбених захтева.¹⁸ Дакле, није реч о спајању парница, већ тужилац у једној тужби коју је поднео против туженог истиче више захтева.¹⁹

Генерално, према времену спајања, односно тренутку у којем оно настаје, спајање може бити иницијално, када тужилац истиче тужбене захтеве у самој тужби или накнадно када је заправо реч о преиначењу тужбе (додавањем новог или нових захтева уз већ постављени) које је према одредби члана 199. став 1. Закона о парничном поступку Републике Србије могуће до закључења главне расправе. Наведена процесна решења с обзиром на супсидијарну примену Закона о парничном поступку,²⁰ примењују се стога што Породични закон Републике Србије у посебним одредбама којима регулише поступак у парницама за вршење родитељског права не предвиђа специфична решења. Стога, на пример,

¹⁷ Г. Станковић, *Модалитети тужбеног захтева*, Зборник радова Правног факултета у Нишу: редовни и тематски број Уставне промене у СР Србији, Правни факултет у Нишу, бр. 28, 1988, стр. 67.

¹⁸ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, стр. 316.

¹⁹ О разлици између спајања парница и истицања више захтева једном тужбом видети, на пример, Б. Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама, Београд, 2009, стр. 436 – 445, 723 – 725.

²⁰ Одредбом члана 202. Породичног закона Републике Србије прописано је да се на поступак суда који је у вези са породичним односима примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак, ако овим законом није другачије одређено. У процесној литератури се наводи да је супсидијарна примена општих правила парничног поступка карактеристична за однос општег парничног поступка и посебних парничних поступака. Посебни поступци нису потпуни поступци јер су правилима посебне парничне процедуре регулисана само одступања од општег парничног поступка који се супсидијарно примењује. Они представљају *lex specialis* и за одређене врсте парница имају карактер примарног извора права. Г. Станковић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2024, стр. 1393.

у парници за развод брака странка може иницијално поставити захтев да суд уз развод брака одлучи и о вршењу родитељског права, али може и током поступка истаћи овај захтев као нови. Тужбени захтев је у том случају сложен, а у погледу модалитета тужбеног захтева у питању је обична објективна кумулација.²¹ Она постоји када тужилац у једној тужби коју је подигао против истог туженог кумулира више главних тужбених захтева. Објективна кумулација допуштена је под условима који су предвиђени одредбом члана 197. став 1. Закона о парничном поступку Републике Србије, који прописује да у једној тужби тужилац може да истакне више захтева против истог туженог, ако су сви захтеви повезани истим чињеничним и правним основом. Ако захтеви нису повезани истим чињеничним и правним основом, у општем парничном поступку дозвољено је у истој тужби кумулирати захтеве само ако је исти суд стварно надлежан за сваки од истакнутих захтева и ако је за одлучивање о свим захтевима прописана иста врста поступка. Међутим, у породичноправним стварима допуштена је, по самом закону, из разлога целисходности, објективна кумулација захтева за које није прописана ни иста стварна надлежност суда, ни иста врста поступка, што представља одступање од правила општег парничног поступка.²² Наведене посебности породич-

²¹ Више о институту обичне објективне кумулације и његовој различитости од спајања поступка одлуком суда видети: Г. Станковић, *Модалитети тужбеног захтева...*, стр. 68.

²² У том смислу Г. Станковић, *Заштита права на издржавање у Породичном закону Републике Србије*, Новине у породичном законодавству, 2006, стр. 202.

Према ставу изнетом у процесној литератури објективна кумулација је допуштена у интересу процесне економије, јер омогућава да се уместо више тужби подигне формално једна тужба и уместо више парница води једна парница и доноси једна пресуда о свим захтевима (Н. Петрушић, *Грађанско процесно право*, Књига прва, Парнично процесно право, Ниш, 2024, стр. 288.) Објективна кумулација тужбених захтева, као спајање више тужбених захтева у једној тужби против истог туженог, постоји да би се остварили принципи економичности, ефикасности, рационалности, концентрације, једнообразности суђења и правне сигурности (Г. Станковић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2024, стр. 642). Представља једно од овлашћења тужиоца у парници, којим се реализује начело диспозиције, јер истом тужбом истиче више тужбених захтева против истог туженог. Уместо да против туженог подноси више, чак неограничен број тужби ради остварења различитих тужбених захтева, тужилац, дакле, може оптирати да више захтева обухвати једном тужбом (у формалном смислу) или да то учини накнадно, додавањем новог (нових) захтева уз постојећи. Разлоге усвајања оваквих решења теорија и законодавства препознају у потреби постизања, како је наведено, процесне економије,

ноправних спорова које условљавају примену горњих могућности устављене су пре свега у интересу деце.

Идентичне циљеве осим кумулацијом захтева од стране тужиоца може постићи и суд својом одлуком о спајању парница, о чему ће у наставку бити речи. У оба случаја водиће се један парнични поступак, у коме се заснива и реализује више процесноправних односа, односно више парница.

3. Поступак у парницама за вршење родитељског права као придружени поступак

Према Породичном закону Републике Србије о вршењу родитељског права суд у неким ситуацијама има дужност да одлучи, а у неким другим може одлучивати – остављено је суду дискреционо овлашћење да одлучи да ли ће по службеној дужности покренути придружени поступак, уз још неки други поступак. Реч је о спајању поступка у парници за вршење родитељског права са другим посебним поступком за решавање породичноправног спора, односно о спајању парница.²³ Спајање парница не изазива објективну кумулацију тужбених захтева и последица је одлуке суда, независно од воље тужиоца. Претходни услов који мора бити испуњен јесте да је странка која је на то овлашћена покренула неки други посебан поступак предвиђен одредбама Десетог дела Породичног закона Републике Србије: поступак у брачној парници, поступак у матернитетској и патернитетској парници, поступак у парници за заштиту права детета, поступак у парници за потпуно или делимично лишење родитељског права, поступак у парници за заштиту од насиља у породици. Конкретно, суд има дужност да одлучи и о вршењу родитељског права у брачним парницама, матернитетским и патернитетским парницама, односно може одлучити и о вршењу родитељског права у парницама за заштиту права детета, у парницама за потпуно или делимично лишење родитељског права, у парницама за заштиту од насиља у породици.

концентрације поступка, рационализације процесних активности (радњи) странака, разлозима целисходног поступања, правне сигурности и уједначене примене закона (S. Triva, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, стр. 420).

²³ ЗПП (2011) допушта под извесним условима да се споји више парница у циљу заједничког расправљања и смањења трошкова поступка. Д. Палачковић, *Парнично процесно право*, Крагујевац, 2004, стр. 199.

Породичним законом Републике Србије је предвиђено да се уз поступак у брачној парници као придружени води и поступак за вршење родитељског права, када супружници имају заједничко малолетно дете (децу).²⁴ У брачним парницама суд одлучује о постојању или непостојању брака, поништењу брака или о разводу брака,²⁵ али постоји и његова дужност да одлучи о вршењу родитељског права, остваривању личних односа детета са родитељем са којим не живи, као и о издржавању детета. Циљ овог начина уређења поступка у брачним парницама је одлучивање о свим питањима која се односе на дете, јер интерес детета изискује и промене у погледу вршења родитељског права.²⁶ У таквом случају придружени поступак се одвија од момента када је суд у том смислу *ex officio* предузео прву парничну радњу. Суд је при одлучивању условљен редоследом услед тога што су захтеви тужбе и одлучивање о вршењу родитељског права у директој непосредној вези преко чињеница конкретне ствари. Одлуку о вршењу родитељског права суд доноси тек када својом одлуком утврди да брак не постоји, када одбије захтев за утврђење да брак не постоји, када својом одлуком поништи брак или када својом одлуком брак разведе. Уколико суд не усвоји захтев за престанак брака,²⁷ по логици ствари неће донети ни одлуку о вршењу родитељског права. Одлука у брачној парници је од прејудицијалног значаја за одлучивање о вршењу родитељског права. Могуће је и да међу родитељима не постоји спор, на пример, у погледу развода брака, али да постоји спор о томе коме треба поверити вршење родитељског права. У таквој ситуацији су захтеви супружника супротне садржине, о којима свакако суд мора донети одлуку.

Поступак у парницама за вршење родитељског права суд је дужан да води као придружени и уз поступак у матернитетским и патернитетским парницама.²⁸ Пресудом о основаности захтева за утврђивање очин-

²⁴ ПЗ РС (2005), одредба члана 226. став 1.

²⁵ ПЗ РС (2005), одредба члана 210. став 1.

²⁶ С. Ћорац, *Поступак у парницама за...*, стр. 110.

²⁷ При томе се мисли само на захтев о постојању или непостојању брака, и о поништењу брака, јер захтев за развод брака ће суд усвојити (не може натерати супружнике да остану у браку) сходно одредби члана 41. ПЗ РС (2005) која прописује да сваки супружник има право на развод брака ако су брачни односи озбиљно и трајно поремећени или ако се објективно не може остваривати заједница живота супружника.

²⁸ ПЗ РС (2005), одредба члана 260. став 1.

ства или материнства суд истовремено одлучује и о вршењу родитељског права. У наведеном случају постоји супротност са одредбом члана 197. став 1. Закона о парничном поступку Републике Србије која гласи: „У једној тужби тужилац може да истакне више захтева против истог туженог, ако су сви захтеви повезани истим чињеничним и правним основом. Ако захтеви нису повезани истим чињеничним и правним основом, они могу да се истакну у једној тужби против истог туженог само кад је исти суд стварно надлежан за сваки од ових захтева и кад је за све захтеве одређена иста врста поступка.“ Наиме, у матернитетским и патернитетским парницама је у првом степену стварно надлежан виши суд,²⁹ а у поступку за вршење родитељског права основни.³⁰ Међутим, из разлога целисходности, процесне економије и најбољег интереса детета, примењује се правило о атракцији надлежности, па је виши суд у обавези да уз овај други породични спор, у матернитетским и патернитетским парницама, донесе и одлуку о вршењу родитељског права.

Суд је овлашћен и да ради заштите деце и њихових интереса води и остале придружене поступке (у парницама за заштиту права детета, за потпуно или делимично лишење родитељског права, за заштиту од насиља у породици). Наведено дискреционо овлашћење суда заправо значи факултативно поступање, без дужности да ове поступке покрене и да донесе одређене одлуке.³¹ Суду је тако препуштено да у сваком конкретном случају утврди постојање потребе за покретање придруженог поступка и доношење одлуке о вршењу родитељског права уз неки од поменутих поступака.

Тако се поступак у парници за вршење родитељског права може водити као придружен уз поступак у парници за заштиту права детета.³² У том случају, као и у другим придруженим поступцима, суд одређује обим, садржину и облик правне заштите.³⁴ Осим тога, уз покренути по-

²⁹ Закон о уређењу судова Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 10/2023), одредба члана 25. став 1. тач. 7.

³⁰ Закон о уређењу судова Републике Србије, одредба члана 24. став 2.

³¹ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, стр. 553.

³² ПЗ РС (2005), одредба члана 273. став 1.

³³ Детаљније о овом поступку видети, на пример, код Д. Палачковић, *Поступак у спору за заштиту...*, стр. 531 – 548; С. Ђорац, *Права детета у Републици Србији и специфичности поступка њихове заштите*, Анали Правног факултета у Београду, бр.1/2010, стр. 400 – 416.

³⁴ Поступак у парници за заштиту права детета обухвата сва права која су детету

ступак у парници за потпуно или делимично лишење родитељског права, може се иницијално или накнадно покренути и поступак за вршење родитељског права.³⁵ Могућност вођења поступка као придруженог проилази из чињенице да одузимање или ограничење родитељског права мења правни однос између родитеља и детета, односно родитељ губи сва или нека права према детету.

Поступак у парници за вршење родитељског права може се водити и уз поступак у парници за заштиту од насиља у породици,³⁶ када постоји потреба да се овај вид правне заштите пружи.³⁷ Породичним законом Републике Србије, општом одредбом члана 10. став 1., установљена је забрана насиља у породици, док је ставом 2. прописано да свако има, у складу са законом, право на заштиту од насиља у породици. Породични закон Републике Србије, такође, наводи таксативно ко се сматра чланом породице и тиме одређује и ко може чинити акт насиља у породици и према коме се тај акт може вршити.³⁸ Заштита коју пружа парнични суд састоји се у изрицању неке од мера заштите од насиља у породици, привременој забрани или ограничавању одржавања личних односа члану породице који је извршио насиље у породици према члану породице према коме је насиље извршено, продужењу трајања изречене

гарантована Породичним законом Републике Србије, а која нису обухваћена неким другим поступком. Овим законом гарантована су следећа права детета: право детета да зна ко су му родитељи (одредба члана 59); право детета да живи са родитељима (одредба члана 60); право детета на личне односе са родитељем са којим не живи (одредба члана 61); право детета на правилан и потпун развој (одредба члана 62); право детета на образовање (одредба члана 63); право детета да предузима правне послове – пословна способност детета (одредба члана 64); право детета на слободно изражавање мишљења (одредба члана 65).

³⁵ ПЗ РС (2005), одредба члана 273. став 2.

³⁶ ПЗ РС (2005), одредба члана 273. став 3.

³⁷ Више о овом поступку видети, на пример, С. Ћорац, *Family legal protection against domestic violence: protective measures and some processual aspects of the procedure*, Право: теорија и пракса, 2021, бр. 4, стр. 128 – 141.

³⁸ Члановима породице сматрају се супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство; лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству; ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери; лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству. ПЗ РС (2005), одредба члана 197. став 3.

мере после истека времена на које је мера одређена и престанку изречене мере заштите од насиља у породици.³⁹

У оба случаја, и када има дужност и кад има дискреционо овлашћење, води се јединствен поступак иако се те парнице међусобно разликују пре свега по тужбеним захтевима, односно по садржини захтева које тужилац истиче тужбом. Овај јединствени поступак одликују посебне процесне норме које се разликују од правила опште парничне процедуре и то у мери у којој је потребно да буду прилагођене специфичној садржини ових парница. Суд у овом јединственом поступку одређује предмет тужбеног захтева и може одредити обим судског одлучивања. Односно, странке не могу увек да одреде границе одлучивања и суд није везан за захтеве парничара,⁴⁰ односно може судити и *extra petitum*.

У овом јединственом поступку суд води комбиновано више поступака и примењује различита процесна правила у којима решава различите правне ствари, па се зато овај поступак може назвати и „хибридним“.⁴¹ Код спајања парница у општем парничном поступку суд у форми решења доноси одлуку, јер је реч о судској парничној радњи управљања парницом.⁴² Но, када су питању парнице у поступцима у вези са породичним односима, реч је о спајању на које је суд овлашћен *ex lege*, одредбама Породичног закона Републике Србије, па се у овој ситуацији поставља питање да ли је потребно да суд о спајању парница донесе посебно решење. Чини се да доношење решења у ситуацији када суд има дужност да о вршењу родитељског права одлучи није погодно, док би се у оним ситуацијама када је одлучивање о томе његово дискреционо овлашћење обавеза доношења решења о спајању парница могла проблематизовати, с обзиром на то да његовим доношењем суд заправо манифестује свој став, своју одлуку да о овом питању ипак одлучује у придруженом поступку.

³⁹ Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2023, стр. 597.

⁴⁰ У том смислу Г. Станковић, *Основна начела посебних парничних поступака...*, стр. 488.

⁴¹ С. Ђорац, *Поступак у парницама за...*, стр. 107.

⁴² У литератури се наводи да о спајању парница из општег парничног поступка без обзира да ли је до тога дошло по службеној дужности или на предлог странке суд доноси посебно решење. Законом није прописано да се против тог решења не може поднети посебна жалба, али се у пракси искључивање права на изјављивање посебне жалбе оправдава тиме што се ради о решењу којим се управља парницом, односно о решењу којим се руководи главном расправом. Н. Бодирога, *Парнично процесно право*, Београд, 2022, стр. 324. Видети и одредбу члана 326. став 4. ЗПП (2011).

Иако се спајање парница из породичних односа не уклапа у законско одређење услова за спајање из Закона о парничном поступку Републике Србије, на наведено спајање парница суд је овлашћен одредбама Породичног закона Републике Србије, што свакако представља једну врсту специфичности парница за вршење родитељског права и одступање од правила опште парниче процедуре.⁴³ Мотив законодавца да предвиди спајање ових парница свакако се може наћи у повезаности захтева из тужбе и потребом да се одлучи и о вршењу родитељског права, тј. пасивности примарних странака, пре свега тужиоца да такав захтев изнесе. Осим тога, овакво законско решење за поступање суда *ex offio* мотивисано је и настојањем да се заштити дете и његов најбољи интерес, с обзиром да суд о вршењу родитељског права одлучује водећи се овим принципом. У основним одредбама Породичног закона Републике Србије принцип најбољег интереса детета прокламован је изричито ставом да је „свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета“.⁴⁴ И одредба члана 266. став 1. Породичног закона Републике Србије прописује дужност суда да се у парницама за вршење родитељског права (али и у парницама за заштиту права детета и лишење родитељског права) руководи најбољим интересом детета, а помиње се и у другим одредбама. Ова дужност суда је и у корелацији са истражним начелом, које је доминантно у парницама за вршење родитељског права, с обзиром да је у парницама из родитељскоправних односа суд дужан да утврђује и чињенице које парничне странке нису изнеле. У процесној литератури се наводи да су овлашћења суда у овом посебном поступку далеко шира у погледу извођења доказа и да уколико сматра да је извођење одређених доказа од значаја за одлучивање суд ће доказе изводити, иако се ради о неспорним чињеницама и без обзира што их странке нису предложили.⁴⁵ Доследна примена истражног начела у парницама за вршење родитељског права упућује на иницијативу,

⁴³ Видети ЗПП (2011), одредбу члана 328. став 1., која прописује: Ако пред истим судом тече више парница између истих лица или више парница у којима је исто лице противник разних тужилаца или разних тужених, све ове парнице могу да се решењем суда споје ради заједничког расправљања, ако би се тиме убрзало расправљање или смањили трошкови. За све спојене парнице суд може да донесе заједничку пресуду.

⁴⁴ ПЗ РС (2005), одредба члана 6. став 1.

⁴⁵ У том смислу Г. Станковић, Р. Рачић, *Парнично процесно право*, Бања Лука, 2010, стр. 201.

односно обавезу суда да независно од навода странака утврђује чињенице са циљем утврђења најбољег интереса детета.⁴⁶ Како се у теорији наводи „држава интеревнише да би заштитила најбољи интерес детета, обезбеђујући судовима широк маневарски простор кроз употребу овог неодређеног стандарда.“⁴⁷ Одлучивање у најбољем интересу детета налаже да суд целовито уреди спорни породичноправни однос у циљу заштите детета и остваривања његових права.⁴⁸

4. Закључак

Поступак у парницама за вршење родитељског права Породични закон Републике Србије регулише процесним правилима садржаним у Десетом делу у одредбама чл. 261 – 273. У овом посебном поступку примењују се посебна правила која се разликују од правила опште процедуре, а прилагођена су специфичним карактеристикама породичних односа, а посебно заштити интереса детета. О вршењу родитељског права суд одлучује у основном или придруженом поступку. У основном поступку,

⁴⁶ Више о томе видети, на пример, Д. Палачковић, *Најбољи интерес детета – „изјава тежње“ или дужност?*, Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, Крагујевац, 2013, стр. 263 – 279; Д. Палачковић, *Истражно начело у породичним споровима као израз најбољег интереса детета*, Зборник радова са другог међународног научног скупа „Дани породичног права – Најбољи интерес дјетета у законодавству и у пракси“, Правни факултет Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, 2014, стр. 143 – 156; В. Влашкивић, *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*, докторска дисертација, Крагујевац, 2014.

Дужност је и родитеља да се руководе овим принципом, па се наводи да је „родитељско право не само лично право родитеља већ и функција коју родитељи треба да врше у интересу детета“. У том смислу З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2005, стр. 181.

⁴⁷ З. Поњавић, *Ново породично законодавство – процес приватизације породичног права*, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 16.

Тако се појам најбољег интереса детета означава као „велика кутија коју судови требају да испуне“. Marie-Claire Rivier, *Éléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant*, In Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, LGDJ, 1996, p. 80, наведено према З. Поњавић, *Ново породично законодавство...*, стр. 16.

У том смислу Г. Станковић, *Основна начела посебних парничних поступака...*, стр. 488.

⁴⁸ С. Ђорац, *Поступак у парницама за...*, стр. 109.

који покреће странка из круга активно легитимисаних лица одређених Породичним законом Републике Србије (родитељ/и, дете или орган старатељства), може захтевати од суда да одлучи само о вршењу родитељског права, када родитељи не воде заједнички живот. Суд, као орган који је дужан да осигура интересе детета, може, по службеној дужности, одлучивати о вршењу родитељског права и у контексту других породичних поступака, чиме се осигурава потпуна заштита права детета и његовог најбољег интереса. Наиме, због природе права које се у поступку штити одредбе Породичног закона Републике Србије налажу суду, односно овлашћују суд да води придружени поступак за вршење родитељског права уз пендентни парнични поступак. Тако, суд има дужност која произлази из законске норме да иницира придружени поступак за вршење родитељског права уз брачне и матернитетске и патернитетске парнице, уколико странка такав поступак није покренула. У овом случају суд је везан законском нормом, односно дужан је да уз поменуте поступке иницира и придружени поступак и одлучи о вршењу родитељског права. Специфичност се овде односи на одступање од законом дефинисаног правила за спајање парница „ако би се по оцени суда спајањем поступка убрзало расправљање или смањили трошкови поступка“, јер се у поменутој ситуацији не ради о спајању по одлуци суда, већ је суд дужан да донесе одлуку о вршењу родитељског права, тако да спајање парница није факултативног карактера. Осим тога, поступак за вршење родитељског права суд може одлучити да води симултано уз неке друге породичноправне поступке: уз поступак у парници за заштиту права детета, уз поступак у парници за потпуно или делимично лишење родитељског права, уз поступак у парници за заштиту од насиља у породици. Свакако је реч о једној врсти специфичности, с обзиром да суд придружени поступак за вршење родитељског права, када процени да је неопходно, покреће и води *ex officio*. Јединствени поступак који се води, спроводи се по хибриданом моделу, јер суд води комбиновано више поступака и примењује различита процесна правила у којима решава различите правне ствари. На тај начин, суд, осим што осигурава заштиту родитељских права, штити интересе детета и даје им приоритет.

Литература

1. FERRER-RIBA, Josep, "Parental responsibility in European perspective", European Family Law: Family Law in a European Perspective, Vol. III, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2016.
2. RIVIER Marie-Claire, Éléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant, In Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Défossez, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, LGDJ, 1996.
3. TRIVA Siniša, DIKA Mihajlo, Грађанско парнично процесно право, Zagreb, 2004.
4. БОДИРОГА Никола, *Парнично процесно право*, Београд, 2022.
5. ВЛАШКОВИЋ, Вељко, Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Крагујевац, 2014.
6. ДИКА Михајло, *Право на тужбу*, Загреб, 1987.
7. ПАЛАЧКОВИЋ Душица, Истражно начело у породичним споровима као израз најбољег интереса детета, Зборник радова са другог међународног научног скупа „Дани породичног права - Најбољи интерес дјетета у законодавству и у пракси“, Правни факултет Универзитета „Цемал Биједић“ у Мостару, 2014.
8. ПАЛАЧКОВИЋ Душица, *Најбољи интерес детета – „изјава тежње“ или дужност?*, Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, Крагујевац, 2013.
9. ПАЛАЧКОВИЋ Душица, *Парнично процесно право*, Крагујевац, 2004.
10. ПАЛАЧКОВИЋ, Душица, Поступак у спору за заштиту права детета, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006.
11. ПЕТРУШИЋ Невена, Грађанско процесно право, Књига прва, Парнично процесно право, Ниш, 2024.
12. ПОЗНИЋ Боривоје, Коментар Закона о парничном поступку, Према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама, Београд, 2009.
13. ПОЗНИЋ Боривоје, РАКИЋ ВОДИНЕЛИЋ Весна, Грађанско процесно право, Београд, 2015.
14. ПОЊАВИЋ Зоран, ВЛАШКОВИЋ Вељко, *Породично право*, Београд, 2022.

15. ПОЊАВИЋ Зоран, Ново породично законодавство – процес приватизације породичног шрава, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006.
16. ПОЊАВИЋ Зоран, Породично право, Крагујевац, 2005.
17. ПОЊАВИЋ Зоран, Уговорно вршење родитељског права, Правни живот, бр. 10/2008.
18. СТАНКОВИЋ Гордана, БОРАНИЈАШЕВИЋ Владимир, Грађанско процесно право, Београд, 2023.
19. СТАНКОВИЋ Гордана, Закон о парничном поступку, Четрнаесто издање, Према стању законодавства од 11. марта 2020. године, Објашњења тумачење и стварни регистар, 2020.
20. СТАНКОВИЋ Гордана, Заштита права на издржавање у Породичном закону Републике Србије, Новине у породичном законодавству, 2006.
21. СТАНКОВИЋ Гордана, Коментар Закона о парничном поступку, Београд, 2024.
22. СТАНКОВИЋ Гордана, Модалитети тужбеног захтева, Зборник радова Правног факултета у Нишу: редовни и тематски број Уставне промене у СР Србији, Правни факултет у Нишу, бр. 28, 1988.
23. СТАНКОВИЋ Гордана, Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима, Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006.
24. СТАНКОВИЋ Гордана, РАЧИЋ Ранка, Парнично процесно право, Бања Лука, 2010.
25. ЋОРАЦ Санда, Family legal protection against domestic violence: protective measures and some processual aspects of the procedure, Право: теорија и пракса, 2021, бр. 4.
26. ЋОРАЦ Санда, Поступак у парницама за вршење родитељског права, Крагујевац, 2024.
27. ЋОРАЦ Санда, Права детета у Републици Србији и специфичности поступка њихове заштите, Анали Правног факултета у Београду, бр.1/2010.

Правни прописи

1. Закон о парничном поступку Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон.
2. Закон о уређењу судова Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 10/2023.
3. Породични закон Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Sanda Ćorac, PhD⁴⁹

MAIN AND ADHESION PROCEDURE IN LITIGATIONS FOR EXERCISING A PARENTAL RIGHT

Summary: *The specific features of the special civil procedure in litigations for exercising a parental right are regulated by the Family Law of the Republic of Serbia, which also provides for the application of the general civil procedure rules from the Civil Procedure Law of the Republic of Serbia to all proceedings arising from family law relations, including decisions on the exercise of a parental right. This proceeding can be conducted as either a main or an adhesion procedure. In the main proceeding, which is initiated by a party with active procedural legitimacy as defined by the Family Law of the Republic of Serbia, the court may be asked to decide solely on the exercising of a parental right, when the parents are not living together. In the adhesion proceeding, which is incorporated into the main procedure, the court also decides on the exercise of a parental right; however, this procedure, which is initiated ex offio by the court, represents a specific feature and a deviation from the general civil procedure rules.*

Keywords: *procedure in litigations for exercising a parental right, main proceeding, adhesion proceeding, Family Law of the Republic of Serbia, Civil Procedure Law of the Republic of Serbia.*

⁴⁹ Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia, ORCID 0000-0003-1902-7628

RAZLOZI ZA PODNOŠENJE PRIJEDLOGA ZA PONAVLJANJE POSTUPKA U PARNIČNOM POSTUPKU

Prof. dr. sc. Viktorija Haubrich¹

***Apstrakt:** Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti zbog određenih bitnih povreda odredaba postupka, protupravnih radnji sudionika u postupku – kaznenih djela, zbog nekih kvalificiranih novota i običnih novota, zbog presuda Europskog suda za ljudska prava. Zahtjev za ponavljanje postupka podnosi se samo na prijedlog stranke, a u ponovljenome postupku sud treba odlučiti samo o onim razlozima za ponavljanje na koje se predlagatelj pozvao. Autorica analizira razloge za ponavljanje postupka u bosanskohercegovačkom parničnom zakonodavstvu i komparativna rješenja. Obrađuju se i odredbe o propisanim rokovima ovisnosti o kojem je razlogu za ponavljanje riječ.*

***Ključne riječi:** prijedlog za ponavljanje postupka, razlozi za ponavljanje postupka, rokovi.*

1. UVOD

Prijedlog za ponavljanje postupka je ograničen, dvostran, izvanredan pravni lijek stranaka protiv sudskih odluka kojima je postupak pravomoćno završen bez obzira na to je li do pravomoćnosti došlo nakon korištenja redovnih pravnih lijekova ili neovisno od njih.² To je remonstrativan, nesuspenszi-

¹ Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Matice hrvatske bb, Mostar, Tel: 036 337 150, Mail: viktorija.haubrich@pf.sum.ba

² Siniša Triva, Mihajlo Dika. *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 740.

van pravni lijek, dopušten zbog određenih bitnih povreda odredaba postupka te zbog nekih kvalificiranih novota i običnih novota.³ U novijoj pravnoj teoriji ponavljanje postupka definira se kao izvanredan i u načelu nesuspendivan pravni lijek protiv odluke kojom je postupak pravomoćno završen, koji se može podnijeti zbog određenih apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka, zbog nekih kaznenih djela te zbog običnih i stanovitih kvalificiranih novota, u povodu čega u pravilu odlučuje prvostupanjski sud.⁴

Zahtjev za ponavljanje postupka podnosi se samo na prijedlog stranke, a u ponovljenome postupku sud treba odlučiti samo o onim razlozima za ponavljanje na koje se predlagatelj pozvao. FZPP ne pravi razliku o tome je li se raniji postupak pravomoćno završio donošenjem rješenja ili presude te u oba slučaja dopušta ponavljanje postupka.⁵

U radu se obrađuju odredbe Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine⁶ uz usporedbu rješenja u Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske⁷ i Zakona o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH.⁸

Prijedlog za ponavljanje postupka izvanredan pravni lijek, stoga za njegovu dopuštenost trebaju biti ispunjene određene specifične pretpostavke koje se tiču: 1) odluka glede kojih je ponavljanje dopušteno, odnosno predmeta ponavljanja postupka; 2) pravnoga interesa; 3) procesne legitimacije; 4) razloga zbog kojih je ponavljanje dopušteno te u okviru pojedinih razloga posebnih pretpostavki dopuštenosti; 5) rokova u kojima se ponavljanje može predlagati; 6) forme i sadržaja prijedloga za ponavljanje.⁹

³ Tako Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2016, str. 547.

⁴ Vidi kod Mihajlo Dika, *Gradansko parnično pravo. Pravni lijekovi*, 10. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2010, str. 350.

⁵ Vidi kod Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, str. 718.

⁶ Zakon o parničnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15, dalje ZPP FBiH) s posebnim osvrtom na zadnju Novelu Zakona o parničnom postupku FBiH.

⁷ Zakon o parničnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13, dalje ZPP RS).

⁸ Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH ("Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 28/18, dalje ZPP BD).

⁹ Vidi šire o tome kod Viktorija Haubrich, *Pravni lijekovi u parničnom postupku*, Mostar, 2020, str. 263.

2. POJAM PRIJEDLOGA ZA PONAVLJANJE POSTUPKA I FORMA U KOJOJ SE PODNOSI PRIJEDLOG

Ponavljanjem postupka ne nastavlja se niti dopunjuje postupak po glavnoj stvari, nego se njime zapravo zasniva nov postupak s određenim zahtjevom i ciljem: da se dopusti ponavljanje postupka uz ukidanje ranije odluke suda i zatim donese nova odluka o glavnoj stvari, odnosno povodom zahtjeva koji je bio predmet tužbe.¹⁰ Predmet ponavljanja jest postupak koji je pravomoćno završen odlukom suda.¹¹ Što se tiče presuda kojima se postupak pravomoćno završava, to mogu biti zapravo sve vrste presuda i mogu biti donesene u svim stupnjevima, osim ako je zakonom drukčije propisano.¹² Što se tiče rješenja kojima se postupak pravomoćno završava, to mogu biti pravomoćna meritorna i procesna rješenja. Od meritornih rješenja može se spomenuti, primjerice, rješenje kojim se odlučuje u povodu tužbe zbog smetanja posjeda ili rješenje kojim se odlučuje o troškovima postupka. Od procesnih rješenja to mogu biti ona rješenja kojima se postupak pravomoćno završava iz procesnih razloga u bilo kojem stupnju postupka, poput rješenja prvostupanskoga suda o povlačenju tužbe.¹³ Primjerice, njemačko procesno pravo posredno dopušta pobijanje i drugih sudskih odluka, a ne samo pravomoćnih presuda, pod uvjetom da se pravomoćna presuda donesena u postupku čije se ponavljanje traži temelji na takvoj odluci. Naime, riječ je o tome da se i tužbom za poništenje i tužbom za obnovu mogu isticati razlozi za ponavljanje koji se odnose na postupke u kojima su donesene odluke istoga ili nižega (ne i višega) suda, a koje su donesene prije pravomoćne presude i donesene u postupku čije se ponavljanje traži, ali samo pod uvjetom da se ta ista pravomoćna presuda temelji na takvim odlukama.¹⁴

¹⁰ P. Bojadžić, „Ponavljanje parničnog postupka“, Privredno-pravni priručnik, br. 1, 1967, str. 28.

¹¹ Ivo Grbin, „Izvanredni pravni lijekovi prema zakonskim novelama“, *Pravo i porezi*, 13 (2004) 10, str. 36.

¹² U odluci Vrhovnoga suda Republike Hrvatske broj: Revr-1743/2000 od 8. ožujka 2001. zauzet je stav prema kojem se ne može tražiti ponavljanje postupka iz razloga koji su se ostvarili pred revizijskim sudom. Takvo se shvaćanje ponavlja i u odluci istog suda broj: Revr-333/2013-2 od 29. svibnja 2013.

¹³ Ivo Grbin, „Pravni lijekovi u parničnom postupku“, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, 4 (2004.) 2, 2004., str. 99.

¹⁴ Vidi kod Jurica Kvartuč. „Procesne pretpostavke za ponavljanje postupka u hrvatskom i njemačkom parničnom procesnom pravu“, *Zagrebačka pravna revija*, Zagreb, br. 2, 2018, str. 5.

Zahtjev za ponavljanje postupka ima formu prijedloga, a ne tužbe, pa u skladu s tim i odluka koja se donosi o utemeljenosti tog zahtjeva nije presuda, nego rješenje.

Ponavljjanje postupka može se tražiti samo zbog nekih najtežih povreda odredaba parničnoga postupka koje imaju značenje razloga apsolutne ništavosti. Kod postojanja takvog razloga stranka nije dužna dokazati uzročnu vezu između povrede i pravilnosti, odnosno zakonitosti pravomoćne odluke koja je za nju nepovoljna.¹⁵

3. RAZLOZI ZA PONAVLJANJE POSTUPKA

Prema odredbi čl. 255. ZPP FBiH postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti: 1) ako je pri donošenju odluke sudjelovao sudac koji je po zakonu morao biti isključen; 2) ako kojoj stranci nezakonitim postupanjem nije bila dana mogućnost raspravljanja pred sudom; 3) ako je u postupku kao tužitelj odnosno tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku ili ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili ako zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebna ovlaštenja za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno; 4) ako se odluka suda temelji na lažnome iskazu svjedoka ili vještaka ili na ispravi koja je krivotvorena ili u kojoj je ovjeren neistinit sadržaj; 5) ako je do odluke suda došlo zbog kaznenoga djela suca, zakonskoga zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili koje treće osobe; 6) ako stranka stekne mogućnost upotrijebiti pravomoćnu odluku suda koja je prije između istih stranaka donesena o istome zahtjevu; 7) ako se odluka suda temelji na drugoj odluci suda ili na odluci nekoga drugog organa, a ta odluka bude pravomoćno preinačena, ukinuta, odnosno poništena; 8) ako je naknadno pred nadležnim organom na drukčiji način, pravomoćno, odnosno konačno riješeno prethodno pitanje (čl. 12.) na kojem je sudska odluka utemeljena; 9) ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost upotrijebiti nove dokaze na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku.¹⁶

¹⁵ *Ibid.*, str. 162.

¹⁶ Istovjetna je odredba čl. 255. st. 1. ZPP RS i odredba čl. 376. st. 1. ZPP BD. Prema odredbi

Odredbom čl. 57. Novele u čl. 255. FZPP u toč.1. riječ „izuzet“ zamijenila se riječju „isključen“. Iza toč. 5. dodaju se nove toč. 6., 7. i 8. koje glase: 6. ako stranka stekne mogućnost da upotrijebi pravomoćnu odluku suda koja je ranije između istih stranaka donijeta o istom zahtjevu; 7. ako se odluka suda zasniva na drugoj odluci suda ili na odluci nekog drugog organa, a ta odluka bude pravomoćno preinačena, ukinuta, odnosno poništena; 8. ako je naknadno pred nadležnim organom na drugačiji način, pravomoćno, odnosno konačno riješeno prethodno pitanje (član 12) na kojem je sudska odluka zasnovana.

Dosadašnja točka 6. postaje točka 9.¹⁷

Člankom 57. Novele izvršila se dopuna čl. 255. FZPP kojim je regulirano ponavljanje postupka. Intervencija u točki 1. ovoga članka posljedica je intervencije u zakonskome tekstu kojom se sada jasno razgraničavaju razlozi za isključenje i izuzeće postupajućega suca, a koji mogu biti od utjecaja na donošenje zakonite odluke. U tome smislu postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti ako je pri donoše-

čl. 255. st. 2. ZPP RS propisano je da i u slučajevima kada se Pravobraniteljstvo Republike pojavljuje kao stranka u postupku, a u cilju zaštite javnoga interesa, Pravobraniteljstvo može u takvim slučajevima podnijeti zahtjev za ponavljanjem postupka pod istim uvjetima propisanim ovim zakonom. Prema odredbi čl. 376. st. 2. ZPP BD propisano je da u slučajevima kada se Pravobraniteljstvo Brčko distrikta Bosne i Hercegovine pojavljuje kao stranka u postupku, a u cilju zaštite javnoga interesa, Pravobraniteljstvo može u takvim slučajevima podnijeti prijedlog za ponavljanje postupka pod uvjetima propisanim ovim zakonom. Prema odredbi čl. 255. ZPP FBiH iz 2003. bilo je određeno da postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen, može se na prijedlog stranaka ponoviti: 1. ako je pri donošenju odluke sudjelovao sudac koji je po zakonu morao biti izuzet; 2. ako kojoj stranci nezakonitim postupanjem nije bila dana mogućnost raspravljanja pred sudom; 3. ako je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku ili ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebna ovlasti za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno; 4. ako se odluka suda temelji na lažnome iskazu svjedoka ili vještaka ili na ispravi koja je krivotvorena ili u kojoj je ovjerovljen neistinit sadržaj; 5. ako je do odluke suda došlo zbog kaznenoga djela suca, zakonskoga zastupnika ili punomoćnika stranke ili koje treće osobe; 6. ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost uporabiti nove dokaze na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili uporabljeni u prijašnjem postupku.

¹⁷ Vidi kod Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, str. 714.

nju odluke sudjelovao sudac koji je po zakonu morao biti isključen.¹⁸

Novim točkama 6, 7. i 8. izrijekom se preciziraju razlozi za ponavljanje postupka koji, ako se navedu u prijedlogu za ponavljanje postupka, svojim postojanjem mogu dovesti do ponavljanja postupka.¹⁹

ZPP FBiH ne pravi razliku o tome je li se prijašnji postupak pravomoćno završio donošenjem rješenja ili presude te u oba slučaja dopušta ponavljanje postupka. Kada je riječ o rješenju kao odluci suda protiv koje je dopušteno podnijeti prijedlog za ponavljanje postupka, treba naglasiti da to može biti

¹⁸ Vidi kod Viktorija Haubrich, „Izuzeće suca“ – pravo na neovisno i nepristrano suđenje“, II. međunarodno savjetovanje *Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2016, str. 283299. Prema stajalištu sudske prakse: *Pravomoćno završen postupak može se na prijedlog stranke ponoviti samo ako je pri donošenju odluke sudjelovao sudac koji je po zakonu morao biti izuzet u smislu odredbe člana 357. tačke 1. do 4. Zakona o parničnom postupku. Postojanje drugih okolnosti koje dovode u sumnju nepristranost suca predstavlja relativni razlog za izuzeće iz člana 357. tačka 5. Zakona o parničnom postupku, koji ne mogu biti temelj za ponavljanje postupka ukoliko sudac prethodno nije bio rješenjem izuzet od suđenja* (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 43 0 P 085814 14 Rev od 10. srpnja 2014. godine, 76); *Nakon proteka objektivnog roka od pet godina od dana pravomoćnosti presude ne može se tražiti ponavljanje postupka iz razloga predviđenih u odredbi člana 255. stav 1. tačke 6. ZPP. Samo u slučajevima iz čl. 255., st. 1. tačke 2. i 3. istog zakona nema ograničenja za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka* (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 46 1 P 001411 12 Rev od 7. veljače 2013. godine, *Domaća i strana sudska praksa*, god. XI (2014.) br. 62, str. 74).

¹⁹ Vidi kod Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, str. 715. Prema stajalištu sudske prakse: *Saznanje za sudske odluke suda u drugom sličnom slučaju nije nova činjenica ni nov dokaz u smislu odredbe čl. 421. t. 9. (sada t. 10, nap. autora) ZPP-a, već može samo upućivati na pogrešnu primjenu materijalnog prava, što ne može biti osnova za ponavljanje postupka. (OS u Splitu, Gž-1739/85 od 12. srpnja 1985., PSP, 29/154); Saznanje za presudu drugog suda u kojoj je zauzeto materijalno pravno shvaćanje drugačije od onog koje je prihvatio sud u postupku čije se ponavljanje zahtijeva, ne predstavlja ni novu činjenicu ni novi dokaz na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su ta činjenica, odnosno dokaz bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku. (VS, Rev- 534/08 od 14. svibnja 2008., IO, 1/08-268); *Nakon proteka objektivnog roka od pet godina od dana pravomoćnosti presude, ne može se tražiti ponavljanje postupka iz razloga predviđenih u odredbi člana 255. stav 1. tačka 6. ZPP-a. Samo u slučajevima iz člana 255. stav 1. tačke 2. i 3. istog zakona nema ograničenja za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka* (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 46 1 P 001411 12 Rev od 7. veljače 2013. godine); *Odbijanje primarnog tužbenog zahtjeva pretpostavka je za odlučivanje o eventualnom tužbenom zahtjevu. (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 65 0 P 233834 12 Rev od 14. lipnja 2012. godine).**

rješenje u parnicama zbog smetanja posjeda (ZPP FBiH, čl. 423); rješenje o odbacivanju tužbe zbog nenadležnosti (FZPP, čl. 16., st. 2), neotklanjanja nedostataka tužbe (ZPP FBiH, čl. 336., st. 3. i 4), kao i druga rješenja donesena na temelju odredbe članka 67. ZPP FBiH.²⁰ Ponavljanje postupka izvanredan je pravni lijek pa se može upotrijebiti samo protiv pravomoćnih sudskih odluka, i to samo onih kojima je postupak završen, odnosno protiv konačnih sudskih odluka. Pored pravomoćnih sudskih presuda, to su (bili) i pravomoćni platni nalozi, pravomoćna konačna rješenja u parnicama zbog smetanja posjeda te rješenja kojima se odbacuje tužba kao nedopuštena zbog apsolutne nenadležnosti ili nedostatka ostalih procesnih pretpostavki za donošenje meritorne odluke.²¹ Ne može se zahtijevati ponavljanje parničnog postupka zbog različitog pravnog shvaćanja o osnovanosti prigovora zastare izraženog u sudskim odlukama u dvije odvojene parnice.²²

U tome smislu postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti:²³

1. ako je pri donošenju odluke sudjelovao sudac koji je po zakonu morao biti isključen;
2. ako kojoj stranci nezakonitim postupanjem nije bila dana mogućnost da raspravlja pred sudom (čime se jamči načelo saslušanja stranaka);²⁴
3. ako je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku ili ako stranku koja je pravna osoba

²⁰ Vidi kod Zlatko Kulenović et al., *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Mostar, 2011, str. 428.

²¹ Vidi kod Viktorija Haubrich, *Pravni lijekovi u parničnome postupku*, str. 265. – 266.

²² „Ponoviti se može samo postupak koji je pravomoćno završen odlukom suda, ali ne i onaj kod kojeg je došlo do presumiranoga povlačenja tužbe (zbog toga što ni jedna stranka nije stavila prijedlog za nastavljjanje postupka koji je mirovao).“ VSFBiH, Pž-92/00 od 31. svibnja 2000., Bilten Vrhovnog suda FBiH, broj 2/00.

²³ E. Bilajac, *Vanredni pravni lijekovi. Modul 4. Građanska oblast*, Sarajevo, 2006, str. 84.

²⁴ Iz sudske prakse: *Povreda postoji i kad je tužitelj označio tuženika kao osobu nepoznatog boravišta, iako je njegova adresa poznata, pa je tuženiku nezakonito postavljen zakonski zastupnik. Prema podacima spisa tužba i poziv za ročište od 8. 6. 2000. godine nisu dostavljeni tuženom na adresu iz tužbe sa naznakom dostavljača da se nalazi sa porodicom u Njemačkoj, a iz zapisnika sa ročišta od 8. 6. 2000. godine vidi se da je sam tužitelj predložio da se tuženi ponovo pozove na adresu iz tužbe, jer se očekuje njegov dolazak iz Njemačke na godišnji odmor – i sud je to prihvatio što znači da je sudu još u fazi pozivanja tuženog na prvo ročište i dostavljanje mu tužbe na odgovor bilo poznato da se tuženi ne nalazi na adresi koju je tužitelj naveo u tužbi već da se nalazi u inozemstvu.* (Županijski sud u Tuzli, br. GŽ-1778/03 od 22. veljače 2005.).

nije zastupala ovlaštena osoba ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili ako zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebna ovlaštenja za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice, odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno;

²⁵

4. ako se odluka suda zasniva na lažnome iskazu svjedoka ili vještaka ili na ispravi koja je krivotvorena ili u kojoj je ovjeren neistinit sadržaj. U navedenim točkama samo su primjerice navedena određena kaznena djela koja mogu imati utjecaja na sadržaj presude. FZPP ne navodi koja su to kaznena djela, nego samo opisno omogućuje orijentaciju za individualiziranje odgovarajuće odredbe Kaznenog zakona. Pri tome je bitno da je odgovarajuće kazneno djelo moglo proizvesti određeni utjecaj na sadržaj sudske odluke. Postojanje kaznenoga djela ovdje se dokazuje ili pravomoćnom kaznenom presudom ili se u parnici utvrđuje kao prethodno (prejudicijalno) pitanje.²⁶ Kazneno djelo predstavlja novu činjenicu, pa se zbog toga i ova skupina razloga za ponavljanje postupka u znanosti građansko-

²⁵ Treba uzeti da zato što stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili zato što parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili zato što zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku – ponavljanje postupka može tražiti samo stranka koje se ti nedostaci tiču, dakle ne i njezin protivnik. Vidi kod Mihajlo Dika, *Pravni lijekovi, op. cit.*, str. 375. Primjerice, kad parnično nesposobna stranka uzme odvjetnika kao punomoćnika, takvo zastupanje u postupku nije pravilno. (OS u Šapcu, GŽ-57/80 od 4. ožujka 1980). Sud nalazi da je osnovano isticanje u prijedlogu da je podnosilac bio tokom postupka zastupan po licu koje nije ovlašteno za njegovo zastupanje. Time je i dostava prvostupajnske presude, koju je trebalo podići u sudu, i drugostupajnske presude, koja sadrži ponavljanje sadržaja uvoda i izreke prvostupajnske presude, je uredna, čime je 'pokriven' nedostatak u dostavi prvostupajnske presude, pa je o razlozima zbog kojih traži ponavljanje postupka podnositelj saznao danom izvršene dostave drugostupajnske odluke, a ne danom dostave rješenja o izvršenju. (Okružni sud u Banjaluci, broj GvI-7/08 od 25. ožujka 2008., *Domaća i strana sudska praksa*, br. 2008/27, str. 46-48). Vidi i kod Ivan Kaladić, „Može li se povodom prijedloga za ponavljanje postupka u parnici ispitivati pravna valjanost odluke o postavljanju privremenog zastupnika i odluke o imenovanju skrbnika za poseban slučaj“, *Pravo i porezi*, br. 4, 2001, str. 48.

²⁶ Dinka Šago, I. Jurčević. „Počinjenje kaznenog djela u vezi s parnicom kao razlog za ponavljanje parničnog postupka“, *Zbornik radova s VI. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*“, Split, 2020, str. 389.-405.

ga procesnoga prava naziva kvalificiranim novotama. Tako postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti ako se odluka suda temelji na lažnome iskazu svjedoka ili vještaka.²⁷

5. ako je do odluke suda došlo zbog kaznenoga djela suca, zakonskoga zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili koje treće osobe. Da bi se ovaj uvjet zadovoljio mora se raditi o kaznenom djelu navedenih osoba koja stoje u vezi s predmetom raspravljanja. Upravo bi stoga, da bi se prijedlog za ponavljanje mogao prihvatiti zbog ovog razloga, trebalo utvrditi (1) da je kazneno djelo počinjeno te (2) da je to djelo utjecalo na donesenu odluku.²⁸
6. ako stranka stekne mogućnost upotrijebiti pravomoćnu odluku suda koja je prije između istih stranaka donesena o istome zahtjevu;
7. ako se odluka suda zasniva na drugoj odluci suda ili na odluci nekoga drugog organa, a ta odluka bude pravomoćno preinačena, ukinuta, odnosno poništena;
8. ako je naknadno pred nadležnim organom na drukčiji način, pravomoćno, odnosno konačno riješeno prethodno pitanje (članak. 12.) na kojem je sudska odluka utemeljena;
9. ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost upotrijebiti nove dokaze na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku.²⁹

Postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost upotrijebiti nove dokaze na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku.³⁰ Riječ je o običnim, nekvalificiranim novotama kao ra-

²⁷ Sadržaj izreke prvostupanjske presude kaznenog suda kojom je utvrđeno da je tužitelj upotrijebio falsificiranu ispravu radi dokazivanja da je vlasnik sporne stvari, čiju predaju traži, ne može otkloniti značaj novog dokaza, odnosno nove činjenice, zbog koje se može tražiti ponavljanje postupka u smislu članka 421. točka 9. Zakona o parničnom postupku. (VS Republike Srpske, Rev-3/02 od 26. srpnja 2002., *Bilten sudske prakse VSRS*, br. 2004/I, odluka br. 142; *Domaća i strana sudska praksa*, br. 2004/3, str. 54).

²⁸ Vidi kod Mihajlo Dika, *Pravni lijekovi*, str. 384.

²⁹ Hrvatin, B., „Nove činjenice i novi dokazi kao razlog za ponavljanje postupka“, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Zagreb 1-1994, str. 337

³⁰ *Ibid.*, str. 337.

zlogu za ponavljanje postupka, novotama o kojima ovisi sadržaj pobijane odluke, koje bi zbog toga trebalo okvalificirati kao novote koje se tiču materijalno-pravno relevantnog činjeničnog stanja kad su u pitanju meritorne odluke, odnosno pravilnost utvrđenja činjeničnoga stanja na kojemu su utemeljene procesne odluke. To nisu novote koje bi se ticale bitnih povreda postupka u kojemu je ta odluka donesena jer se te novote mogu istaknuti samo u vezi sa bitnim povredama zbog kojih je dopušteno tražiti ponavljanje postupka.³¹ Iz okolnosti da se ponavljanje može tražiti zbog novih činjenica i novih dokaza proizlazilo bi da se ono moglo tražiti samo zbog onih slučajeva pogrešno i nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja koji bi bili uvjetovani okolnošću da te činjenice nisu bile iznesene, odnosno ti dokazi predloženi tijekom prethodnoga postupka. Nove bi činjenice upućivale na nepotpuno utvrđenje činjeničnoga stanja, dok bi novi dokazi, ovisno o tome kojih bise činjenica ticali, mogli indicirati nepotpuno i/ili pogrešno utvrđenje činjeničnog stanja.³²

Postojanje ovih razloga ukazuje da je zbog nepotpuno ili pogrešno utvrđenoga činjeničnog stanja sud u prijašnjem postupku donio nepravilnu odluku, pri čemu je do tako nevaljanoga činjeničnog stanja, koje je sud uzeo za temelj svoga suđenja, došlo jer stranka u prijašnjem postupku nije uspjela dokazati postojanje određene činjenične osnove na kojoj je temeljila svoj zahtjev ili je pobijala činjeničnu osnovu zahtjeva protivne stranke ili nije uspjela dokazati postojanje određenih okolnosti koje uzrokuju, primjerice, odbacivanje tužbe protivne stranke³³. Sve to iz razloga što u prijašnjem postupku stranka nije znala za postojanje ili nastanak određenih činjenica ili dokaze kojima bi se utvrdile te činjenice ili u ranijem postupku nije mogla upotrijebiti određeni dokaz u tu svrhu.³⁴

Tim tzv. običnim novotama smatraju se, dakle, one činjenice koje su nastale prije zaključenja žalbene rasprave (nove činjenice) i oni dokazi koji su bilo kada nastali, ali da se odnose na činjenice koje su nastale prije prekluzije prava na iznošenje novota (novi dokazi). Ovdje treba istaknuti da na iznošenje novota ima pravo samo ona stranka koja je bila lojalna, kako prema sudu, tako i prema parničnomu protivniku, odnosno koja bez svoje krivnje nije ranije iznijela obične novote. Stranka zbog nemara u izvršenju svoje dužnosti

³¹ Vidi kod Jozo Čizmić, *Komentar* 2016., *op. cit.*, str. 722.

³² Vidi Mihajlo Dika, *Pravni lijekovi*, str. 406.

³³ Vidi kod Viktorija Huaubric, *Pravni lijekovi*, str. 269.

³⁴ Vidi Hrvatinić, B., „Nove činjenice i novi dokazi kao razlog za ponavljanje postupka“, str. 338.

nema pravo tražiti ponavljanje postupka s obzirom da su se ovakve činjenice i dokazi mogli iznijeti u prijašnjem postupku. U odnosu na ovaj razlog da bi se dopustilo ponavljanje postupka, potrebno je prethodno utvrditi bi li one utjecale na donošenje povoljnije odluke za podnositelja prijedloga da je za njih znao. Nema presumpcije da postojanje nove činjenice ili mogućnost upotrebe novoga dokaza automatski znači i donošenje povoljnije odluke za podnositelja prijedloga.³⁵

Iz sudske prakse: Uvidom u zapisnik sa ročišta za glavnu raspravu održanog dana 20. 11. 2002. godine slijedi da je tužitelju omogućeno da raspravlja pred sudom, jer iz sadržaja zapisnika proizlazi da je konstatirano njegovo prisustvo navedenoj raspravi da se isti u toku rasprave izjašnjavao o navodima tuženog, ostao kod tužbe i preciziranog zahtjeva i da nije imao prijedloga za izvođenje novih dokaza. U zapisniku je konstatirano i njegovo završno izlaganje, a što su potvrdili saslušani svjedoci, kao i da je tužitelj napustio raspravu pri samom završetku, a nakon čega nisu izvođeni dokaz od strane prvostupanjskoga suda. Tvrdnja tužitelja da mu nije isplaćena naknada nije nova činjenica... u smislu toč. 10. članka 391. ranijeg ZPP iz razloga što je na toj činjenici zasnivao postavljeni tužbeni zahtjev.³⁶ Izjava priložena uz prijedlog po ocjeni suda ne predstavlja novi dokaz koji bi, da se za njega znalo prije pravomoćnosti predmetne odluke, doprinio da se za tuženog donese povoljnija odluka. Naime, novi dokaz u tom smislu treba da je od utjecaja na samu osnovanost tužbenog zahtjeva i da se tiče suštine stvari, tj. osnova za iseljenje i predaju u posjed predmetnog prostora, a ne na procesnu mogućnost eventualnog pokretanja i vođenja konkretnog postupka.³⁷ Konačno kad je u pitanju razlog iz toč. 10. članka 391. ZPP tužiteljica ničim nije dokazala da bez svoje krivnje nije mogla predložiti saslušanje svjedokinje, tj. izvođenje novog dokaza prije nego što je prijašnji postupak pravomoćno završen pravomoćnom sudskom odlukom pa je pravilno odlučio prvostupanjski sud kad ni iz ovog razloga nije dopustio ponavljanje postupka.³⁸ Zauzimanje drugačijeg pravnog stanovišta o spornom pitanju u drugostupanjskoj odluci ne predstavlja novu činjenicu na osnovu koje bi se moglo tražiti ponavljanje postupka, niti je ta okolnost predviđena kao razlog

³⁵ Tako E. Bilajac, *Vanredni pravni lijekovi. Modul 4. Građanska oblast*, Sarajevo, 2006, str. 88, čl. 255/4.

³⁶ Kantonalni sud u Tuzli, br. Žpp-2/05 od 18. veljače 2005.; Čizmić, *Komentar ZPP 2016.*, op. cit., str. 723.

³⁷ Kantonalni sud u Tuzli, Pp-9/05 od 31. svibnja 2005.

³⁸ Kantonalni sud u Tuzli, GŽ-804/02 od 7. listopada 2002.

za ponavljanje postupka iz članka 327. Zakona o parničnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.³⁹ Samo nove činjenice i novi dokazi mogu biti osnovan razlog za ponavljanje postupka i ako su takvog značaja da bi na osnovu njih mogla biti donijeta povoljnija odluka za stranku (tužitelja) da su bili upotrijebljeni u ranijem postupku, ali pod uvjetom da stranka (tužitelj) dokaže da bez svoje krivice nije mogla u ranijem postupku iznijeti nove činjenice ili dokaze.⁴⁰ Nove činjenice i novi dokazi mogu biti osnovan razlog za ponavljanje postupka samo ako su takvog značaja da bi na osnovu njih mogla biti donijeta povoljnija odluka za stranku da su bili upotrijebljeni u ranijem postupku, ali pod uvjetom da stranka dokaže da bez svoje krivnje nije mogla u ranijem postupku iznijeti nove činjenice ili nove dokaze.⁴¹ Činjenice koje su se dogodile poslije trenutka za koji je vezana pravomoćnost mogu biti temelj za novu tužbu, a ne temelj za ponavljanje pravomoćno okončanog postupka.⁴² Parnični postupak se može ponoviti samo zbog novih činjenica koje predstavljaju određene životne događaje – fakta, ali samo ako su postojali u vrijeme zaključenja glavne rasprave.⁴³

Prema odredbi čl. 256. st. 1. ZPP FBiH iz razloga navedenih u članu 255. toč. 1. do 3. ovoga zakona ne može se zahtijevati ponavljanje postupka ako je taj razlog bio bez uspjeha iznesen u prijašnjem postupku. Prema odredbi čl. 256. st. 2. ZPP FBiH zbog okolnosti navedenih u članku 255. toč. 1, 6, 7, 8. i 9. ovoga zakona ponavljanje postupka može se dopustiti samo ako stranka bez svoje krivnje nije mogla te okolnosti iznijeti prije nego što je prijašnji postupak završen pravomoćnom sudskom odlukom.⁴⁴ Neki od razloga koje je sud otklonio u prijašnjem postupku ne mogu se ponoviti u zahtjevu za ponavljanje postupka. Tako stranke ne mogu zahtijevati ponavljanje postupka u slučajevima kad su u prijašnjem postupku bez uspjeha iznosile sljedeće razloge: a) da je pri donošenju odluke sudjelovao sudac, odnosno sudac porotnik koji

³⁹ Apelacioni sud Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, GŽ-437/04 od 18. ožujka 2005., *Domaća i strana sudska praksa*, br. 2006/13, str. 59–60.

⁴⁰ Apelacioni sud Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, PŽ-53/04 od 27. rujna 2004., *Domaća i strana sudska praksa*, br. 2006/15, str. 6568.

⁴¹ VS Republike Srpske, Rev-131/94 od 31. prosinca 1994., *Domaća i strana sudska praksa*, br. 2007/23, str. 48–49.

⁴² Okružni sud u Banjaluci, broj: GvI-24/07 od 13. studenoga 2007., *Domaća i strana sudska praksa*, br. 2008/28, str. 37–38.

⁴³ VSFBiH, PŽ-140/00 od 17. travnja 2001., *Bilten Vrhovnoga suda Federacije BiH*, broj 1/01.

⁴⁴ Istovjetna je odredba čl. 256. ZPP RS i 378. ZPP BD.

je po zakonu morao biti izuzet; b) da joj nezakonitim postupanjem nije bila dana mogućnost da raspravlja pred sudom; c) da je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku ili da stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili da parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili da zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebne ovlasti za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, da vođenje parnice, odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno.⁴⁵ Odredbama st. 2. ovoga članka predviđeno je da u slučaju postojanja zakonom predviđenih okolnosti, ponavljanje postupka može se dopustiti samo ako stranka bez svoje krivnje nije mogla te okolnosti iznijeti prije nego što je prijašnji postupak završen pravomoćnom sudskom odlukom. Naime, stranke su dužne iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve i izvoditi dokaze kojima se utvrđuju činjenice (FZPP, čl. 7). Stranka koja je skrivljeno propustila u prijašnjem postupku završenom pravomoćnom sudskom odlukom iznijeti određene okolnosti, neće to moći učiniti niti zahtjevom za ponavljanje postupka.⁴⁶

3.1. Presuda ESLJP kojom je utvrđena povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda donesena protiv BiH kao razlog za ponavljanje postupka.

Zadnjim izmjenama parničnoga zakonodavstva uvodi se nova odredba 264.a. Prema odredbi čl. 264.a, st. 1. ZPP FBiH kada Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu kojega ljudskog prava ili temeljne slobode zagarantirane Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih protokola uz Konvenciju, koje je ratificirala Bosna i Hercegovina, stranka može u roku od 90 dana od konačnosti presude Europskoga suda za ljudska prava podnijeti zahtjev sudu u Bosni i Hercegovini, koji je sudio u prvome stupnju postupku u kojem je donesena odluka kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda, za izmjenu odluke kojom je to pravo ili temeljna sloboda povrijeđeno.⁴⁷ Prema odredbi čl. 264.a, st. 2. ZPP FBiH postupak iz st. 1. ovoga članka provodi se uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka. Prema odredbi čl. 264.a, st. 3. ZPP FBiH u ponovljenome postupku sudovi su dužni poštovati pravne stavove izražene u konačnoj presudi Europskoga suda za ljud-

⁴⁵ Vidi kod Jozo Ćizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, str. 728.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 728729.

⁴⁷ Vidi Viktorija Haubrich, *Pravni lijekovi*, str. 285.

ska prava, kojom je utvrđena povreda temeljnoga ljudskog prava i slobode.⁴⁸ Uvođenje ovoga razloga je pravno-političke prirode.⁴⁹ Uvođenje ovoga razloga za ponavljanje postupka ima višestruki značaj. Prije svega želi se omogućiti provedba konačnih presuda Europskog suda za ljudska prava pred domaćim sudovima. Zatim, ova odredba će doprinijeti da se ne vode sporovi pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu ako je sud donio odluku o istome ili sličnome pitanju protiv BiH. Ovom odredbom je preciziran mehanizam za zaštitu ljudskih prava i za zaštitu same države od odgovornosti za rad njezinih organa (Prijedlog Novele, Obrazloženje, str. 46). Konačno, ovime se osiguralo da svi sudovi postupaju na jednak način kada Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu nekoga od ljudskih prava ili temeljnih sloboda zajamčenih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kao i dodatnih protokola uz Konvenciju. Europski sud za ljudska prava u odnosu na takve odluke nema ukidajuće (kasatorne) ili preinačavajuće (revizijske) ovlasti, pa o pravu (domaće) države ovisi hoće li i na koji način u povodu presude Europskoga suda, kojom je utvrđeno da je tom odlukom povrijeđeno neko od prava i sloboda zajamčenih Europskom konvencijom, doći do preispitivanja i eventualno izmjene takve odluke. Dosadašnja zakonska rješenja nisu davala uporište za eliminaciju odluke domaćega suda za koju je Europski sud za ljudska prava utvrdio povredu prava stranke zajamčenih Europskom konvencijom o ljudskim pravima. Nova je odredba motivirana okolnošću da protiv domaćih presuda kod Europskoga suda za ljudska prava u tijeku su rješavanja brojnih predstavlki, a već su donesene i konačne presude toga suda kojima je utvrđena povreda prava stranke zajamčenih Europskom konvencijom. U povodu tih odluka trebalo je predvidjeti mogućnost ponavljanja postupka. Navedenu dopunu nametnuli su slučajevi iz sudske prakse poduprti jedinstvenim stavom pravne doktrine kao i novija rješenja iz usporednih zakonodavstava (ZPP Republike Hrvatske i ZPP Republike Srbije). Ova obaveza proizlazi i iz preporuke R-2000-2 Vijeća Europe kojom se sugerira da države svojim propisima osiguraju mogućnost preispitivanja i ponavljanja postupka u predmetima u kojima je prema utvrđenju Europskoga suda za ljudska prava povrijeđeno pravo stranke zajamčeno Europskom konvencijom o ljudskim pravima, a posebno kada stranka trpi ozbiljne negativne posljedice odluke domaćega suda, a restitucija se može postići jedino

⁴⁸ Anđa Karlović, „Ponavljanje postupka povodom konačne presude Europskog suda za ljudska prava – Osvrt na primjenu čl. 428. a ZPP-a“, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2011., str. 84 – 93.

⁴⁹ *Ibid.*, str. 86.

ponavljanjem postupka. Iz istih razloga danih u pogledu ponavljanja postupka u slučaju konačne odluke Europskoga suda za ljudska prava predloženo je da se predvidi mogućnost ponavljanja postupka i u slučaju odluke Ustavnoga suda Bosne i Hercegovine kojom se udovoljava apelaciji stranke.⁵⁰

Uvođenjem ovog razloga za ponavljanje postupka dolazi do prodora precedentnog prava u naš pravni sustav. Iako sudska praksa ne predstavlja izvor parničnoga procesnog prava, u ovome slučaju presuda ESLJP postaje izvor prava i razlog za ponavljanje postupka pred domaćim sudom.

Nadalje, uvođenje navedene odredbe konzekventna je posljedica članka 46. stavka 1. i 2. Konvencije, kojom je propisana obveza države ugovornice da će postupati u skladu s presudom ESLJP- i ukloniti povredu te nadoknaditi štetu do koje bi moglo doći takvom povredom. Konvencija nije nametnula pravni put na koji će način pojedina država takvu obvezu i oživotvoriti, već je svaka država slobodna izabrati način ostvarenja takve obveze sukladno vlastitom unutrašnjem zakonodavstvu pod pretpostavkom da je takav način ostvarenja u skladu s pravnim učincima presude ESLJP (Presuda ESLJP od 8. srpnja 2003. u predmetu *Lyons protiv Velike Britanije*).⁵¹

U ponovljenome postupku sudovi su dužni poštovati pravne stavove izražene u konačnoj presudi Europskoga suda za ljudska prava, kojom je utvrđena povreda temeljnoga ljudskog prava i slobode.⁵² Nadležni sud u Bosni i Hercegovini ne može odbiti prijedlog za ponavljanje postupka kada je presudom Europskog suda za ljudska prava utvrđena povreda ljudskoga prava i temeljne slobode stranke jer je u ponovljenome postupku dužan poštivati pravna stajališta izražena u njegovoj konačnoj presudi.⁵³

4. KOMPARATIVNA ANALIZA

U srpskom parničnom zakonodavstvu svi razlozi za ponavljanje postupka svrstavaju se u četiri skupine. Prvu skupinu razloga čine bitne povrede odredaba postupka, drugu protupravne radnje sudionika u postupku – kaznena djela,

⁵⁰ *Procjena zakona o parničnom postup u Bosni i Hercegovini*, OSCE, 2011, str. 62.

⁵¹ Vladimir Boranijašević, „Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2011, str. 515.

⁵² Domagoj Maričić, „Obnova i ponavljanje postupka nakon presude Europskog suda za ljudska prava“, *Hrvatska pravna revija*, 9 (2009) 3, str. 103–108.

⁵³ Vidi Siniša Triva, Mihajlo Dika. *Građansko parnično procesno pravo*, str. 752–753.

a treću nove činjenice i novi dokazi.⁵⁴ Četvrtu skupinu razloga za izjavljivanje prijedloga za ponavljanje postupka čine povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda koje su utvrđene odlukom Ustavnoga suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi ili presudom Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu.⁵⁵ Neophodno je da su povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda utvrđene presudom Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu ili odlukom Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi. Ova grupa razloga za ponavljanje postupka nije bila zastupljena u ranije važećim procesnim režimima i rezultat je reforme parnične procedure u Republici Srbiji. Stranka može zahtijevati ponavljanje postupka ako je po pravomoćno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP donio odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Republike Srbije. Pogrešna primjena materijalnoga ili procesnoga prava koja je rezultirala povredama ljudskih prava i sloboda u ovoj je situaciji bila povod za pružanje pravne zaštite pred ESLJP. Presudom ovog suda utvrđuje se postojanje povrede i, ako ona postoji, takva će odluka suda i biti razlog za ponavljanje postupka.⁵⁶

Kada je u pitanju hrvatsko zakonodavstvo, instituti parnične procedure regulirani su odredbama Zakona o parničnom postupku. Iako ih zakon ne grupira, razlozi za ponavljanje postupka su u teoriji procesnoga prava klasificirani u određene skupine. Tako se ističe da se razlozi zbog kojih se može tražiti ponavljanje postupka svrstavaju u tri skupine: neke naročito teške povrede procesnog prava, neka kaznena djela koja su mogla biti od utjecaja na sadržaj odluke koja je postala pravomoćna i nove činjenice i novi dokazi na osnovi kojih je za stranku koja traži ponavljanje postupka mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijaš-

⁵⁴ Podjela razloga za ponavljanje postupka u tri skupine u literaturi procesnog prava u velikoj je mjeri bila prihvaćena. Tako Gordana Stanković. *Građansko procesno pravo*, IP Justinijan, Beograd, 2004, str. 477; Dušica Palačković. *Parnično procesno pravo*, Pravni fakultet, Kragujevac, 2004, str. 281–282; Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić. *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1999. str. 318 – 319; Milisav Čizmović, Biljana Đuričin, *Građansko procesno pravo*, Univerzitet Crne Gore u Podgorici, Podgorica, 1997, str. 292; Branko Čalija. *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 1986, str. 617–618; Siniša Triva. *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1978. str. 595–598.

⁵⁵ Gordana Stanković. *Građansko procesno pravo. Parnično procesno pravo. Sveska prva*, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 521; Gordana Stanković. *Građansko procesno pravo. Parnično procesno pravo. Sveska prva*, Niš, 2007, str. 519.

⁵⁶ Vidi kod Vladimir Boranijašević. „Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka“, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, v. 32 (1991.) br. 1, Rijeka, 2011, str. 511–526.

njem postupku.⁵⁷ Iako se ne spominje četvrta skupina razloga za ponavljanje postupka, sigurno je da presuda ESLJP kojom je utvrđena povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda, donesena protiv Republike Hrvatske, može biti razlog za ponavljanje postupka. Novelom ZPPRH iz 2003. godine predviđeno je da se može tražiti ponavljanje postupka, a samim time i izmjena pravomoćne sudske odluke ako je nadnacionalni sud utvrdio povredu ljudskih prava ili osnovnih sloboda. ESLJP treba utvrditi i povrede u odluci protiv Republike Hrvatske u postupku koji je inicirala jedna od stranaka iz postupka pred nacionalnim hrvatskim sudom u kojem je do takve povrede i došlo.⁵⁸

5. ROK ZA PONAVLJANJE POSTUPKA

Prema odredbi čl. 257. st. 1. ZPP FBiH prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana, i to: 1) u slučaju iz čl. 255. toč. 1. ovoga zakona – od dana kad je stranka saznala za taj razlog; 2) u slučaju iz čl. 255. toč. 2. ovoga zakona – od dana kad je odluka dostavljena stranci; 3) u slučaju iz čl. 255. toč. 3. ovog zakona, ako je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku – od dana kad je odluka dostavljena toj osobi; ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik – od dana kad je odluka dostavljena stranci odnosno njezinu zakonskom zastupniku, ako zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku – od dana kad je stranka saznala za taj razlog; 4) u slučajevima iz čl. 255. toč. 4. i 5. ovoga zakona – od dana kad je stranka saznala za pravomoćnu presudu u kaznenome postupku, a ako se krivični postupak ne može provesti, onda od dana kad je saznala za obustavu toga postupka ili za okolnosti zbog kojih se postupak ne može pokrenuti; 5) u slučajevima iz člana 255. toč. 6, 7, 8. i 9. ovoga zakona od dana kada je stranka mogla iznijeti sudu nove činjenice, odnosno nova dokazna sredstva. Prema odredbi čl. 257. st. 2. ZPP FBiH ako

⁵⁷ Siniša Triva, Mihajlo Dika. Građansko parnično procesno pravo, str. 742.

⁵⁸ *Zahtjev se podnosi u roku od trideset dana od dana konačnosti presude ELJSP odnosno u roku od 30 dana od dana dostavljanja takve presude stranci u čiju je korist i donijeta. Rok je prekluzivne prirode. Zahtjev se podnosi prvostupanjskom sudu koji je sudio u postupku u kome je povreda ljudskog prava i osnovnih sloboda i nastala. Podrazumijeva se da sud u postupku koji se sprovodi po pravilima o ponavljanju postupka mora poštovati pravna stajališta sadržana u odluci europskog suda. Vidjeti: čl. 428.a ZPP RH. O tome Siniša Triva, Mihajlo Dika. Građansko parnično procesno pravo, str. 84.*

bi rok određen u stavku 1. ovog članka počeo teći prije nego što je odluka postala pravomoćna, taj će se rok računati od pravomoćnosti odluke ako protiv nje nije bio izjavljen pravni lijek, odnosno od dostave pravomoćne odluke višega suda izrečene u posljednjem stupnju. Prema odredbi čl. 257. st. 3. ZPP FBiH nakon što protekne rok od pet godina od dana kad je odluka postala pravomoćna, prijedlog za ponavljanje postupka ne može se podnijeti osim ako se ponavljanje traži iz razloga navedenih u čl. 255. toč. 2. i 3. ovog zakona. Objektivni rok je pet godina od dana kad je odluka postala pravomoćna.

Ono što je bitno za zahtjev za ponavljanje postupka jeste da se podnosi samo na prijedlog stranke, a u ponovljenome postupku sud treba odlučiti samo o onim razlozima za ponavljanje na koje se podnositelj poziva. Prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana. Subjektivni rok za traženje ponavljanja postupka iznosi 30 dana, a računa se od dana kada je stranka saznala za postojanje razloga za ponavljanje postupka, odnosno kada je stekla mogućnost da ga koristi kao razlog.

Izmjenama ZPP FBiH unose se novine prema odredbi članka 59. Novelle u članku 257. FZPP u st. 1. toč. 5. promijenila se i glasi: „5) u slučajevima iz člana 255. toč. 6, 7, 8. i 9. ovog zakona od dana kada je stranka mogla iznijeti sudu nove činjenice, odnosno nova dokazna sredstva.“ Ovo je norma kojom se do tada važeći tekst upotpunio radi učinkovitosti i preciznosti u postupanju sudova.

Iz sudske prakse: Kada se ponavljanje postupka traži iz razloga jer punomoćnik stranke nije imao potrebna ovlaštenja za vođenje parnice, tada se subjektivni rok iz člana 257. stav 1. tačka 3. ZPP računa od dana kada je stranka saznala za taj razlog, a ne od dana kada je sporna odluka dostavljena njenom punomoćniku.⁵⁹

U tome smislu prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana, i to:

a) Kada stranka predlaže da se postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen ponovi zbog toga što je pri donošenju odluke sudjelovao sudac koji je po zakonu morao biti izuzet (FZPP, čl. 255. t. 1), prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je stranka saznala za taj razlog.

b) Kada stranka predlaže da se postupak koji je odlukom suda pravo-

⁵⁹ Rješenje Vrhovnoga suda Federacije Bosne i Hercegovine, br. 070-0-Rev-09-001312 od 16. rujna 2010.

moćno završen ponovi zbog toga što joj nezakonitim postupanjem nije bila dana mogućnost da raspravlja pred sudom (FZPP, čl. 255. t. 2), prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je odluka dostavljena stranci. U tome je smislu i sudska praksa: „Rok za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka zbog toga što stranci nezakonitim postupanjem nije bila dana mogućnost da raspravlja pred sudom, počinje teći od dana kad je stranci odluka dostavljena, a ne od dana kad je saznala za odluku.“⁶⁰

c) Kada stranka predlaže da se postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen ponovi zbog razloga iz čl. 255. t. 3. FZPP, odnosno zbog toga što je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je odluka dostavljena toj osobi. Ako je istaknuti razlog to što stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je odluka dostavljena stranci, odnosno njezinu zakonskom zastupniku. Ako stranka predlaže da se postupak ponovi zbog toga što zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je stranka saznala za taj razlog.

d) Kada stranka predlaže da se postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen ponovi zbog toga što se odluka suda temelji na lažnome iskazu svjedoka ili vještaka; ili se odluka suda temelji na ispravi koja je krivotvorena ili je u njoj ovjeren neistinit sadržaj; odnosno kada je do odluke suda došlo zbog kaznenoga djela suca, odnosno suca porotnika, zakonskoga zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili koje treće osobe (čl. 255. toč. 4. i 5), prijedlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je stranka saznala za pravomoćnu presudu u kaznenom postupku; a ako se kazneni postupak ne može provesti, onda od dana kad je saznala za obustavu tog postupka ili za okolnosti zbog kojih se postupak ne može pokrenuti.

e) Kada stranka predlaže da se postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen ponovi zbog toga što je saznala za nove činjenice ili našla ili stekla mogućnost upotrijebiti nove dokaze na temelju kojih je za nju mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku (čl. 255. t. 6. FZPP), prijedlog za ponavljanje postupka

⁶⁰ VSH, Rev-1821/85 od 4. prosinca 1985, PSP, 30/125.

podnosi se u roku od 30 dana od dana kad je stranka mogla iznijeti sudu nove činjenice, odnosno nova dokazna sredstva.

f) Što se tiče roka za podnošenje zahtjeva sudu u Bosni i Hercegovini za izmjenu odluke kojom je to pravo ili osnovna sloboda povrijeđeno, propisano je da stranka, kada Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu koja su ljudskog prava ili temeljne slobode zajamčene Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih protokola uz Konvenciju koje je ratificirala Bosna i Hercegovina, može podnijeti zahtjev sudu u Bosni i Hercegovini koji je sudio u prvom stupnju u postupku u kojem je donesena odluka kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda u roku od 90 dana od konačnosti presude Europskoga suda za ljudska prava. Propisano je da će se postupak za izmjenu odluke kojom je, na temelju utvrđenja iz presude Europskoga suda za ljudska prava, povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda, treba se provoditi uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka. Sama činjenica da je presudom Europskoga suda za ljudska prava utvrđeno da je određenoj stranci povrijeđeno pravo ili temeljna sloboda zajamčena Konvencijom i dodatnim protokolima odlukom domaćega suda, predstavlja razlog za ponavljanje postupka, pa je nevažno jesu li prigovori o povredi tih prava razmatrani u prijašnjem postupku.⁶¹

Prema odredbi čl. 257. st. 2, ZPP FBiH ako bi rok određen u stavku 1. ovoga članka počeo teći prije nego što je odluka postala pravomoćna, taj će se rok računati od pravomoćnosti odluke ako protiv nje nije bio izjavljen pravni lijek, odnosno od dostave pravomoćne odluke višega suda izrečene u posljednjem stupnju. Ovom odredbom otklanja se mogućnost nastupanja prekluzije za stranku. Naime, moguća je situacija da stranka stekne mogućnost upotrijebiti neki od razloga za ponavljanje postupka u vrijeme kada taj razlog više ne može koristiti kao žalbeni razlog, a postupak po žalbi još uvijek teče, dakle u vrijeme kada presuda još nije pravosnažna. Za odluke prvostupanjskoga suda koje su stranci dostavljene prije pravomoćnosti, jasno je da za stranku postaju pravomoćne čim protekne rok za žalbu, odnosno za podnošenje prigovora ako se radi o platnome nalogu. Od toga dana teče također subjektivni rok za ponavljanje postupka. Drugostupanjske odluke postaju, naprotiv, pravomoćne čim ih sud donese, a o njima i njihovu sadržaju stranke imaju saznanje tek dostavom tih pravomoćnih odluka. Zato ovdje subjektivni rok ne može početi teći dok strankama odluka nije dostavljena.

⁶¹ Jelčić, O., „Ponavljanje postupka u povodu konačne presude Suda za ljudska prava“, Crnić, I. et al., *Novote u parničnom postupku*, Organizator, Zagreb, 2003, str. 304.

Suprotno tomu, objektivni petogodišnji rok teče i u ovome slučaju već od pravomoćnosti odluke, a ne tek od izvršenoga dostavljanja. Tako prema odredbi čl. 257. st. 3. ZPP FBiH pravilu, nakon što protekne rok od pet godina od dana kad je odluka postala pravomoćna prijedlog za ponavljanje postupka ne može se podnijeti. Iznimno, prijedlog za ponavljanje postupka može se podnijeti i nakon što protekne rok od pet godina od dana kad je odluka postala pravomoćna, ako se ponavljanje traži zbog toga što kojoj stranci nezakonitim postupanjem, a osobito propuštanjem dostave, nije bila dana mogućnost da raspravlja pred sudom; odnosno ako je u postupku kao tužitelj ili tuženik sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, ili ako stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili ako zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebne ovlasti za vođenje parnice, ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice, odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno (čl. 255. toč. 2. i 3. FZPP).

6. ZAKLJUČAK

Prijedlog za ponavljanje postupka mogu podnijeti stranke u formi prijedloga, ne tužbe jer se podnosi protiv pravomoćno završenog postupka. Po prijedlogu za ponavljanje postupka kao izvanrednom pravnom lijeku sud može odlučiti samo po razlogu/razlozima koji je stranka navela. Ponavljanje postupka izvanredni je pravni lijek protiv pravomoćnih sudskih odluka čija je svrha otkloniti određene teške povrede počinjene tijekom postupka koji je rezultirao pobijanom presudom, odnosno omogućiti ponovno suđenje kada za to postoje specifični razlozi. Upravo se u specifičnosti tih povreda, odnosno razloga za ponavljanje, očituje izvanrednost ovog pravnog lijeka, čiji rezultat može biti ukidanje pravomoćne presude u određenim slučajevima i do pet godina nakon nastupanja njezine pravomoćnosti ili čak bez ikakva vremenskog ograničenja. Zbog toga je ovaj pravni lijek od izuzetnog značenja. Naime, njime se omogućuje ostvarenje pravne sigurnosti i afirmira načelo pravičnosti, uz mogućnost da se pravomoćna presuda ukine.

Svi bosanskohercegovački zakoni o parničnim postupcima određuju prijedlog za ponavljanje postupka, pored revizije, kao drugi izvanredni pravni lijek. U novijoj se pravnoj doktrini ponavljanje postupka određuje kao izvanredan i u pravilu nesuspendivan pravni lijek protiv pravomoćnih sudskih odluka, koji se može podnijeti zbog određenih apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka, zbog nekih kaznenih djela te zbog običnih i

stanovitih kvalificiranih novota te po presudama Europskog suda za ljudska prava. Zakoni o parničnom postupku oba entiteta u člancima 255. ZPP BD u članku 376 taksativno navode 9 razloga zbog kojih se postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može na prijedlog stranke ponoviti.⁶² Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine u odluci od 2. ožujka 2021. navodi kako se ponavljanje postupka može tražiti samo zbog najtežih povreda odredaba parničnog postupka koje imaju značaj apsolutne ništavosti.⁶³

Zadnjim izmjenama parničnoga zakonodavstva uvodi se nova odredba 264.a. prema odredbi čl. 264a., st. 1. ZPP FBiH (Istovjetna je odredba čl. 264a. ZPP RS i 377. ZPP BD osim roka u ZPP BD koji propisuje rok u trajanju 30 dana) kada Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu kojega ljudskog prava ili temeljne slobode zagarantirane Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih protokola uz Konvenciju, koje je ratificirala Bosna i Hercegovina, stranka može u roku od 90 dana od konačnosti presude Europskoga suda za ljudska prava podnijeti zahtjev sudu u Bosni i Hercegovini, koji je sudio u prvome stupnju postupku u kojem je donesena odluka kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda, za izmjenu odluke kojom je to pravo ili temeljna sloboda povrijeđeno.⁶⁴ Prema odredbi čl. 264.a st. 2. ZPP FBiH postupak iz st. 1. ovoga članka provodi se uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka. Prema odredbi čl. 264.a st. 3. ZPP FBiH u ponovljenome postupku sudovi su dužni poštovati pravne stavove izražene u konačnoj presudi Europskoga suda za ljudska prava, kojom je utvrđena povreda temeljnoga ljudskog prava i slobode.⁶⁵ Uvođenje ovoga razloga je pravno-političke prirode.⁶⁶ U kontekstu ponavljanja postupka nakon što je ESLJP utvrdio povredu potrebno je reći kako su države potpisnice Europske konvencije dužne poštovati konačne

⁶² Odredbom članka 255. stavak 2. ZPP-a RS posebno je propisano da u slučajevima kada se pravobraniteljstvo Republike Srpske pojavljuje kao stranka u postupku, a u cilju zaštite javnog interesa, može u takvim slučajevima podnijeti zahtjev za ponavljanje postupka pod istim uvjetima, propisanim ovim zakonom.

⁶³ Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, br. 01 0 V 013382 Gvlž od 2. ožujka 2021, vidi: Sudska praksa, domaća i strana, stručni i informativni časopis za sudsku, upravnu i privredno - prekršajnu praksu, godina XVIII, br. 87, „Privredna štampa“ d.o.o., Sarajevo, siječanj- veljača - ožujak 2021, str. 230. i 231.

⁶⁴ Vidi Viktorija Haubrich, Pravni lijekovi, str. 285.

⁶⁵ Anđa Karlović. „Ponavljanje postupka povodom konačne presude Europskog suda za ljudska prava – Osvrt na primjenu čl. 428. a ZPP-a“, Hrvatska pravna revija, br. 11, 2011, str. 84 – 93.

⁶⁶ *Ibid.*, str. 86.

presude ESLJP-a, odnosno pravna shvaćanja izražena u končanoj presudi ESLJP kojom je utvrđena povreda temeljnog ljudskog prava ili slobode.⁶⁷ U svezi sa razlozima za ponavljanje postupka u parničnim postupovnim zakonima na području Bosne i Hercegovine navedimo kako je Županijski sud u Sarajevu u rješenju od 10. listopada 2018. naveo kako su razlozi za ponavljanje postupka izričito određeni zakonskim odredbama, te da ne postoji mogućnost proširenja tih razloga, ma o kakvim stvarnim razlozima da se radi.⁶⁸ Prijedlog za ponavljanje postupka može se podnijeti samo u zakonski točno određenim rokovima što u krajnjoj liniji nalažu i potrebe pravne sigurnosti. Kod ponavljanja postupka predviđena su, za različite situacije 2 roka, subjektivni od trideset dana i objektivni od 5 godina. Subjektivni rok od trideset dana teče od dana od kada je stranka saznala za postojanje razloga za ponavljanje postupka, odnosno od dana kada je stekla mogućnost da taj razlog upotrijebi. Objektivni rok od 5 godina u pravilu, uz određene iznimke, teče od dana pravomoćnosti presude.⁶⁹ Ako u prethodnome postupku predlagatelju nije bila pružena mogućnost raspravljanja pred sudom nezakonitim postupanjem ili propustom te a koje u postupku sudjelovala osoba koja nije mogla biti stranka ili zastupnik u postupku, nema ograničenja za podnošenje prijedloga objektivnim rokom.

LITERATURA

1. Bilajac, E., Vanredni pravni lijekovi. Modul 4. Građanska oblast, Sarajevo, 2006, str. 88, čl. 255/4.
2. Bojadžić, P., „Ponavljanje parničnog postupka“, Privredno-pravni priručnik, br. 1, 1967.
3. Boranijašević Vladimir. „Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2011.

⁶⁷ Vidi o tom Iris Gović Penić, „Izabrana praksa Europskog suda za ljudska prava i građanski postupci pred hrvatskim sudovima“, Pravo 93, Organizator, Zagreb, 2022, op. cit. str. od 160. do 163.

⁶⁸ Rješenje Županijskog suda u Sarajevu, br. 65 0 P 049884 18 Gvl od 10. listopada 2018., vidi Sudska praksa, domaća i strana, stručni i informativni časopis za sudsku, upravnu i privredno - prekršajnu praksu, godina XVII, br. 86, „Privredna štampa“ d.o.o., Sarajevo, listopad - studeni - prosinac 2020, str. 225.

⁶⁹ Vidi odredbu članka 257. ZPP-a FBiH, odredbu članka 257. ZPP-a RS, odredbu članka 379. ZPP-a BD i

4. Čalija, Branko. Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Sarajevo, 1986.
5. Čizmić, Jozo. Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2016.,
6. Čizmović, Milisav, Đuričin, B. Građansko procesno pravo, Univerzitet Crne Gore u Podgorici, Podgorica, 1997.
7. Dika, Mihajlo. Građansko parnično pravo. Pravni lijekovi, 10. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2010.
8. Gović Penić, Ines. „Izabrana praksa Europskog suda za ljudska prava i građanski postupci pred hrvatskim sudovima“, Pravo 93, Organizator, Zagreb, 2022.
9. Grbin, Ivo. „Izvanredni pravni lijekovi prema zakonskim novelama“, Pravo i porezi, 13 (2004.) 10,
10. Grbin, Ivo. „Pravni lijekovi u parničnom postupku“, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 4 (2004.) 2, 2004
11. Haubrich, Viktorija. „Izuzeće suca“ – pravo na neovisno i nepristrano suđenje“, II. međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća, Split, 2016.
12. Haubrich, Viktorija. Pravni lijekovi u parničnome postupku, Mostar, 2020.
13. Hrvatin, B., „Nove činjenice i novi dokazi kao razlog za ponavljanje postupka“, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb 1-1994.
14. Jelčić, O., „Ponavljanje postupka u povodu konačne presude Suda za ljudska prava“, Crnić, I. et al., Novote u parničnom postupku, Organizator, Zagreb, 2003.
15. Kaladić, Ivan. „Može li se povodom prijedloga za ponavljanje postupka u parnici ispitivati pravna valjanost odluke o postavljanju privremenog zastupnika i odluke o imenovanju skrbnika za poseban slučaj“, Pravo i porezi, br. 4, 2001.
16. Karlović, Aanda. „Ponavljanje postupka povodom konačne presude Europskog suda za ljudska prava – Osvrt na primjenu čl. 428. a ZPP-a“, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2011.,
17. Kulenović, Zlatko et al., Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Mostar, 2011.

18. Kvartuč, J., „Procesne pretpostavke za ponavljanje postupka u hrvatskom i njemačkom parničnom procesnom pravu“, *Zagrebačka pravna revija*, Zagreb, br. 2, 2018.
19. Maričić, D., „Obnova i ponavljanje postupka nakon presude Europskog suda za ljudska prava“, *Hrvatska pravna revija*, 9 (2009.) 3.
20. Palačković, Dušica, *Parnično procesno pravo*, Pravni fakultet, Kragujevac, 2004.
21. Poznić, Borivoje, Rakić-Vodinelić, Vesna. *Građansko procesno pravo*, *Savremena administracija*, Beograd, 1999.
22. Stanković, Gordana. *Građansko procesno pravo*, IP Justinijan, Beograd, 2004.
23. Stanković, Gordana. *Građansko procesno pravo. Parnično procesno pravo*. Sveska prva, Pravni fakultet, Niš, 2010.
24. Stanković, Gordana. *Građansko procesno pravo. Parnično procesno pravo*. Sveska prva, Niš, 2007.
25. Šago, Dinka, Jurčević I. „Počinjenje kaznenog djela u vezi s parnicom kao razlog za ponavljanje parničnog postupka“, *Zbornik radova s VI. međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava - nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća“*, Split, 2020.
26. Triva, Siniša, Dika, Mihajlo. *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004.
27. Triva, Siniša. *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1978.
28. *Zakon o parničnom postupku* („Službene novine Federacije BiH”, br. 53/03, 73/05, 19/06 i 98/15.).
29. *Zakon o parničnom postupku* („Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13.).
30. *Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH* („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 28/18.).

Viktorija Haubrich⁷⁰

REASONS FOR SUBMITTING A MOTION FOR REPEATING A PROCEDURE IN CIVIL PROCEEDINGS

Summary: *A procedure that has been legally terminated by a court decision may be repeated at the request of a party due to certain essential violations of the provisions of the procedure, unlawful actions of the participants in the procedure – criminal offenses, and due to certain qualified novelties and ordinary novelties, due to the rulings of the European Court of Human Rights.*

A request for repeating the procedure is submitted only at the request of a party, and in repeated proceedings the court should decide only on those reasons for repetition that the proposer has invoked. The author analyzes the reasons for repeating the procedure in Bosnian and Herzegovina's civil law and comparative solutions. The provisions on prescribed deadlines depending on the reason for repetition are also discussed.

Keywords: *motion for repeating the procedure, reasons for repeating the procedure, deadlines*

⁷⁰ Faculty of Law, University of Mostar, Matice hrvatske bb, Mostar, Tel: 036 337 150, Email: viktorija.haubrich@pf.sum.ba

UDK 332.012.34:347.233

doi 10.7251/PR7125407K

Pregledni naučni članak

SUKOB PRAVNIH OSNOVA KOD STICANJA PRAVA SVOJINE I NAČELO POUZDANJA U KATASTARSKU EVIDENCIJU

Artan Kurti¹

Sažetak: Cilj ovog rada je analiza višestrukog otuđenja nepokretne stvari, prvenstveno sa aspekta sudske prakse i pravne teorije. Kada dolazi do uzastopnog otuđenja iste nepokretne stvari, onda dolazi i do sukoba pravnih osnova, jer samo jedan kupac u tom slučaju može da trijumfuje. Pretežno, prednost se daje načelu savjesnosti i poštenja. U radu su prikazane brojne odluke Vrhovnog suda CG, upoređeni su oprečni stavovi, prikazana su pravila kojima se raspravlja sporni pravni odnos višestruke prodaje. U radu je takođe posebno analizirano načelo pouzdanja katastra nepokretnosti, pogotovo situacija nesklada knjižnog i vanknjižnog stanja. U radu je takođe stavljen naglasak na savjesnost višestrukog otuđenja, kao i načela pouzdanja. Suština rada, je prevazilaženje nejednakosti u postupanju, bez ikakve namjere da se dezavuiše sudska praksa, uz puno poštovanje i uvažavanje Vrhonog suda Crne Gore.

Ključne riječi: Višestruko otuđenje; sukob pravnih osnova; načelo pouzdanja; knjižno i vanknjižno stanje.

¹ Autor je advokat.

UVOD

U svakodnevnom prometu nepokretnosti, ljudi kupuju i prodaju staneve, kuće poslovne prostore, placeve itd. Do stupanja na snagu Zakona o notarima CG², na snazi je bio Zakon o prometu nepokretnosti³, kojim je bilo predviđeno, da ugovor o prenosu prava korišćenja ili prava svojine na nepokretnosti mora biti zaključen u pismenom obliku, a potpisi ugovarača ovjereni kod suda, dok ugovor koji ne bi bio zaključen na navedeni način ne bi proizvodio pravno dejstvo, ukoliko zakonom ne bi bilo drukčije određeno.⁴

Stupanjem na snagu Zakona o notarima, u formi notarskog zapisa sačinjavaju se pravni poslovi čiji je predmet prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima, u suprotnom ako ne budu zaključeni u navedenoj formi isti ne proizvode pravno dejstvo.⁵ Dakle, prema važećem zakonu zaključenje ugovora o kupoprodaji nepokretnosti je u isključivoj nadležnosti notara, a ne suda.

Naime, stranke zaključivši pravni posao u cilju sticanja nepokretnosti nisu u dovoljnoj mjeri upoznati, da samim zaključenjem kupoprodajnog ugovora nisu još stekli pravo svojine. U tom pravcu je i Vrhovni sud CG zauzeo Načelni pravni stav⁶, u kojem je ukazao:

„Uslovi za sticanje prava svojine na osnovu pravnog posla propisani su odredbom člana 84 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima („Sl. list CG“, br. 19/09). Prema toj odredbi, na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnim stvarima stiče se upisom u katastar nepokretnosti, ili na drugi odgovarajući način određen zakonom. Ugovor na osnovu koga se prenosi pravo svojine na nepokretnosti, mora biti zaključen u pisanoj formi i ovjeren u skladu sa zakonom (član 61. Zakona o obligacionim odnosima „Sl. list CG“, br. 47/08). Za sticanje prava svojine nije dovoljno samo postojanje punovažnog ugovora, jer se svojina na nepokretnostima ne prenosi zaključenjem ugovora. Pored punovažnog ugovora, potreban je i način sticanja-upis u katastar nepokretnosti. Upis u katastar je materijalno-pravna pretpostavka za sticanje prava svojine i ima konstitutivni karakter, pa se svojina na nepokretnostima na osnovu pravnog posla stiče tek upisom u katastar nepokretnosti. Predaja nepokretnosti izvršena na osnovu ugovora

² „Sl. list RCG“, br. 68/2005 i „Sl. list CG“ br. 49/2008.

³ „Sl. list SRCG“, br. 27/25, 35/75, 2/92, 29/89, 39/89, 7/91, 48/91 i „Sl. list RCG“, br. 2/92.

⁴ Čl. 11 st. 1 i 2.

⁵ Čl. 52 st. 1 tač. 6 i čl. 52 st. 3.

⁶ Su I br. 23-1/15 od 27.02.2015. godine.

nema uticaja na prenos prava svojine, jer predaja po zakonu ne predstavlja način sticanja prava svojine.

Prema odredbi člana 8. Zakona o državnom premjeru i katastru, nepokretnosti, stvarna prava na nepokretnostima stiču, prenose, ograničavaju i prestaju upisom u katastar nepokretnosti. Ovo načelo se dosljedno primjenjuje na sticanje prava svojine na osnovu pravnog posla i kod hipoteke, jer upis ima konstitutivni karakter. Kada su u pitanju drugi osnovi sticanja (odluka suda ili drugog državnog organa, održaj, građenje) upis u katastar nepokretnosti nije materijalno-pravna pretpostavka za sticanje prava i ima deklarativni karakter“.

Iz navedenog načelnog pravnog stava nesporno proizilazi, da upis prava svojine na osnovu pravnog posla u katastar nepokretnosti, je neophodan uslov, jer ugovor stvara samo obligaciono-pravne odnose za strane ugovornice.

U literaturi se ističe, da vanknjižno pravo svojine ima svoj osnov u pravnom poslu i da jedno lice postaje vanknjižni vlasnik kada nepokretnost pribavi ugovorom, isplati kupoprodajnu cijenu i stupi u državinu. Ako sticalac prava svojine iz različitih razloga ne izvrši upis svog prava u javnoj knjizi, a ispunio je svoju obavezu iz ugovora o kupoprodaji nepokretnosti i nepokretnost mu je predata u državinu, postaje vanknjižni vlasnik nepokretnosti i taj status zadržava do trenutka upisa svog prava i javnoj knjizi ili do otuđenja nepokretnosti daljim raspolaganjem.⁷

Koncept vanknjižne svojine nastao je u austrougarskoj pravnoj literaturi i praksi koja se odnosila na dijelove Carevine u kojima još nisu bile uvedene i ažurirane zemljišne knjige- Galiciju i Bukovinu. Pošto u tim oblastima nisu postojali uslovi za sprovođenje načela upisa (jer nije bilo uredne zemljišne knjige), sudska praksa je razvila razna pravila koja su išla za tim da se upis kao *modus acquirendi* supstituiše nekom drugom okolnošću za koju bi se vezivalo sticanje svojine, i logičan izbor je bio izbor prenosa državine (predaje) nepokretnosti kao relevantnog trenutka. Pomenuta odstupanja od načela upisa prestala su da se primjenjuju onog časa kad su i u navedene oblasti (teritorije) uvedene i ažurirane zemljišne knjige.⁸

⁷ Rajko Sudžum, Pravo svojine (osnovna načela, predmet, sticanje, zaštita i prestanak), Prvo izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2020. godine, 188.

⁸ Miloš Živković, Pravo registara nepokretnosti, Opšti deo, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021. godine, 156.

Nije vanknjižni vlasnik onaj koji samo ima pravo steći vlasništvo, kao onaj koji je kupio nekretninu, a nije se upisao kao vlasnik. On je samo povjerilac, koji ima pravo zahtijevati da prodavac na njega prenese pravo vlasništva, pa tek kada to uradi, a to će biti upisom u katastar nepokretnosti, sticalac će postati vlasnik.⁹

Dakle, prvi kupac nije vanknjižni vlasnik, nego je povjerilac koji ima samo obligaciono- pravni zahtjev za prenos svojine.

Međutim, postavlja se pitanje, ako je izvršena predaja, a nije data clausula intabulandi, da li kupac u tom slučaju ima obligaciono-pravni zahtjev ili stvarno-pravni?

Vrhovni sud CG u Načelnom pravnom stavu Su I br.23-1/15 od 27.02.2015. godine je iskazao „Činjenica da su strane ugovornice izvršile obaveze iz ugovora o prodaji nepokretnosti, nema uticaja na prenos prava svojine. Pravo svojine stiće se tek upisom u katastar nepokretnosti. Ukoliko je nepokretnost predata kupcu ta činjenica može biti relevantna za sticanje prava svojine po osnovu redovnog održaja po proteku roka od 10 godina, u skladu sa čl. 53 st. 2 ZOSPO-a“.

Nijesmo saglasni, da kupac ima samo obligaciono-pravni zahtjev u situacijama kad mu prodavac nije predao nepokretnost ili nije dao izjavu da pristaje na uknjižbu, nego isti ima obligaciono-pravni zahtjev i u situacijama kad mu je prodavac predao nepokretnost a nije mu dao saglasnost za uknjižbu, jer kao što je navedeno sama predaja ne vodi sticanju svojine, odnosno predaja je relevantna samo za sticanje prava svojine po osnovu održaja.

Međutim, kada dolazi do spora oko utvrđivanja jačeg pravnog osnova, predaja u državinu ne stvara sama po sebi jači pravni osnov, ali saznanje za predaju u državinu može uticati na savjesnost drugog sticaoca, ukoliko nije provjerio posjedovno stanje.

Takođe se postavlja pitanje, ako je zaključen pravni posao, data je clausula intabulandi, na osnovu te izjave kupac se uknjiži u katastar, da li se onda predaja u posjed smatra obligaciono- pravnim zahtjevom ili stvarno-pravnim?

Vrhovni sud CG u odluci Rev. I. P. br.95/18 od 12.06.2018. godine navodi „Za sticanje prava svojine na nepokretnosti po osnovu pravnog posla potrebno je da su ispunjena dva uslova- postojanje pravnog posla, kao pravnog osnova, i način sticanja-upis u javne knjige“.

⁹ Nikolla Gavella et all. Stvarno pravo, Svezak I, Narodne novine, Zagreb 2007. godine, 454.

Dakle, u situaciji kad je zaključen pravni posao i izvršen upis u katastar, predaja u posjed nije obligaciono-pravne prirode, nego stvarno-pravne prirode, jer kupac je stekao svojinu.

Višestruko otuđenje i sukob pravnih osnova

Nisu rijetke situacije da kupci zaključe kupoprodajne ugovore, i uprkos tome ne podnesu zahtjev za uknjižbu nepokretnosti, nego se nepokretnost i dalje u katastarsku evidenciju vodi na prodavca.

Vlasnik u materijalno-pravnom smislu je ustvari onaj koji je zaključio pravni posao u cilju sticanja svojine, i kome je nepokretnost zaista i prodana, dok upisani vlasnik u formalno-pravnom smislu je prodavac nepokretnosti koji je i dalje uknjižen kao vlasnik u katastarsku evidenciju, iako ustvari to nije, jer je nepokretnost već prodana.

Sa druge strane, spor nastaje, kad upisani vlasnik u formalno-pravnom smislu otuđi, odnosno zaključi posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istoj nepokretnosti sa različitim kupcima, i u takvim situacijama je potrebno utvrditi koji sticalac ima jači pravni osnov za sticanje svojine. Dešava se, da prodavac zaključi ugovor o prodaji sa jednim kupcem, a odmah potom zaključi ugovor o kupoprodaji sa drugim kupcem i drugi kupac upiše svoje pravo u katastarsku evidenciju. Isto tako, kupac prodaje i predaje nepokretnosti (faktički) u državinu prvom kupcu, a potom zaključi ugovor o kupoprodaji te iste nepokretnosti sa drugim kupcem i tom drugom kupcu dao „clausulu intabulandi“, te se ovaj upiše u katastarsku evidenciju. Moguće je da postoji više ugovora o prodaji (a ne samo dva), tako da prvi kupac ima samo ugovor kao pravni osnov i ništa više, drugi ima ugovor o kupovini i nepokretnost u državinu (uselio se u stan na osnovu ugovora o kupovini stana), a treći kupac koji takođe ima ugovor o kupovini jedini je upisao svoje pravo u katastarsku evidenciju (ali nema državinu nepokretnosti jer je ona predata drugom kupcu).¹⁰

Zakon o svojinsko pravnim odnosima¹¹, bivše SFRJ nije regulisao ovakve situacije, pa su sudovi zauzimali različite stavove.¹² U cilju ujednačava-

¹⁰ Vidjeti kod Stanković, Orlić, Stvarno Pravo, sedmo izdanje, Novinsko izdavačka ustanova, Službeni list SRJ Beograd 1993. godine, 334.

¹¹ „Sl. list SFRJ“, br. 6/80 i 36/90, „Sl. list SRJ“, br. 29/96.

¹² „Pošto u ovoj pravnoj stvari postoji sukob pravnih osnova za sticanje svojine, vlasnik sporne parcele postao je onaj savjesni kupac koji je to svoje pravo prvi upisao u zemljišne knjige. Tuženi je spornu parcelu kupio od zemljišnoknjižnog vlasnika i tako je time, kao

nja sudske prakse na cijelom području bivše SFRJ, donijet je Zaključak broj 3 sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, održanom u Beogradu 28. i 29.05.1986. godine, u kojem su usvojena jasna pravila:

-U slučaju kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost o jačem pravu, sud odlučuje primjenom načela morala socijalističkog samoupravnog društva, savjesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava.

-Kada su svi kupci savjesni, a ni jednom od njih nepokretnost nije predata u državinu niti je neko od njih ishodio upis prava svojine u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu, jači pravni osnov ima raniji kupac.

-Ako su svi kupci savjesni, jaču pravnu osnovu ima kupac koji je ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu, a ako ni jedan od njih to nije ishodio, jači je u pravu kupac kome je nepokretnost predata u državinu.

-Raniji savjesni kupac ima jaču pravnu osnovu u odnosu na kasnijeg nesavjesnog kupca. Ovo i u slučaju kad je prodavac nepokretnost predao u državinu kasnijem nesavjesnom kupcu ili je nesavjesni kupac ishodio upis u zemljišnu, odnosno drugu javnu knjigu.

Donošenjem novog Zakona o svojinsko-pravnim odnosima CG¹³, čl. 88 regulisan je institut višestrukog otuđenja nepokretne stvari:

-Kad je više lica zaključilo pravne poslove radi sticanja prava svojine iste nepokretne stvari, a nijedno lice nije steklo državinu niti je izvršilo upis u katastar nepokretnosti, pravo svojine steći će lice koje je ranije zaključilo pravni posao, ako je bilo savjesno;

-Kad je više lica zaključilo pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnu stvar, pravo svojine steklo je ono lice koje je upisalo svoje pravo u katastar nepokretnosti, ako je bilo savjesno;

-Kad je više lica zaključilo pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnu stvar, a nijedno nije upisalo pravo svojine u katastar nepokretnosti, pravo svojine steći će ono lice koje je steklo državinu.

savjestan kupac postao vlasnik sporne parcele“ (Odluka Vrhovnog suda CG, Gž.br.304/72 od 18.05.1973. godine). Navedena odluka je u žalbenom postupku ukinuta od strane Vrhovnog suda Jugoslavije Rev.br.315/73 od 26.12.1973. godine „Da bi kupac bio savjestan i da bi bio jači u pravu od ranijeg sticaoca nepokretnosti, nije dovoljno da se osloni samo na zemljišne knjige, već je nužno utvrditi i stanje posjeda nepokretnosti koju kupuje“ (navedeno prema Stanković- Orlić, Stvarno Pravo, Beograd 1993. godine,338).

¹³ „Sl.list CG“ br. 19/09 od 13.03.2009. godine.

Uslovi da bi se raspravilo o sukobu pravnih osnova

Da bi se sporni pravni odnos, raspravio primjenom pravila o sukobu pravnih osnova moraju biti ispunjeni određeni uslovi.

1. U prvom redu predmet kupoprodaje mora biti nepokretnost, odnosno da se radilo o otuđenju nepokretnosti, dok kad je u pitanju višestruko otuđenje pokretne stvari vrijede druga pravna pravila¹⁴. Član 19. stav 3. ZOSPO-a je definisano, da su nepokretne stvari zemljište, zgrade i drugi objekti koji su sa zemljištem trajno spojeni, ako zakonom nije drugačije određeno. Valja ukazati, da predmet višestruke prodaje mora biti jedna nepokretnost, odnosno primjenom ovih pravnih pravila će se spor raspraviti, samo ako se radi na istoj nepokretnosti na koju pravo svojine polaže više kupaca, a ne ako su u pitanju više nepokretnosti, odnosno ZOSPO-a u članu 88. jasno navodi „radi sticanja prava svojine iste nepokretne stvari“.

2. Zaključeni pravni poslovi moraju biti valjani, odnosno da se ne radi o ništavim pravnim poslovima.¹⁵ U tom pravcu je Vrhovni sud CG iskazao jasan stav u odluci Rev.br.624/17 od 22.12.2017. godine „*Sukob pravnih osnova postoji kada su dva ili više lica uzastopno zaključila posebne pravne poslove-ugovore sa jednim vlasnikom radi sticanja prava svojine na istoj nepokretnosti, što se ne može odnositi na pravni osnov koji ne postoji, jer je prethodno utvrdio ništavost sudskog poravnjanja*“.

Ispravno, rezonuje Vrhovni sud, jer ukoliko je kasniji ugovor ništav, onda nema ni konkurencije pravnih osnova. Dakle, samo u slučaju da su pravni poslovi kupaca valjani, sporni pravni odnos se može riješiti shodno sukobu pravnih osnova.

¹⁴ Čl. 89. st. 1 ZOSPO-a („Sl. list RCG“, br. 19/09) je propisano, kad je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu pokretnu stvar koja je individualno određena, to pravo stiče lice kome je stvar predana, ako je savjesno. St.2, ako postoji više savjesnih sticalaca, pravo da zahtijeva predaju stvari ima lice koje je prvo zaključilo pravni posao za sticanje prava svojine.

¹⁵ Pogrešan je stav sudske prakse, da se na ništavost ne može pozivati strana koja je ništavost skrivila. Čl.107 st.1 ZOO-a („Sl. list RCG“, br. 47/08 i 22/17) je propisano, na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svako zainteresovano lice. Na ništavost se ne mora niko pozivati, na istu pazi sam sud po službenoj dužnosti, a ko je šta skrivio u smislu čl. 106. ZOO-a je razlog naknade štete, koju druga strana trpi zbog ništavosti ugovora, ako ova nije znala ili prema okolnostima nije morala znati za postojanje uzroka ništavosti.

Često stranke, odnosno kupci koji su prvi zaključivali pravne poslove, podnose tužbe za utvrđenje ništavosti ugovora, zbog toga što je prodavac ponovo prodao istu nepokretnost kasnijem kupcu.

Apelacioni sud CG u presudi Pž.br.681/17 od 28.03.2018. godine je naveo „*Višestruko ugovaranje otuđenja iste stvari ne povlači ništavost kasnije zaključenih ugovora. Naime, obligacioni odnosi zasnovani između prodavca i više uzastopnih kupaca potpuno su autentični. U momentu zaključenja kasnijeg ugovora predmet obaveze nije nemoguć, jer svojina po ranijem ugovoru nije prenijeta. Dakle, nije ništav Ugovor o prodaji stana samo zato što je ranije zaključenim ugovorom isti stan već prodat*“¹⁶.

Sa druge strane, potvrdivši presudu Apelacionog suda, Vrhovni sud CG u odluci Rev. I. P. 95/18 od 12.06.2018. godine ističe, „*Prema čl. 460 ZOO-a („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85 i 57/89 i „Sl. list SRJ“, br. 31/93) prodaja tuđe stvari obavezuje ugovarača, pa činjenica što su tuženi zaključili ugovor o kupoprodaji nepokretnosti na koju pravo svojine polaže tužilac ne čini ugovor ništavim, odnosno ne daje samo po sebi pravo istom da zahtijeva utvrđenje ništavosti ugovora o kupoprodaji*“.

Dakle, razlika između ova dva stava je u tome, što Apelacioni sud kasniju prodaju ne tretira kao tuđu stvar, jer svojina nije prenijeta, dok nasuprot Vrhovni sud smatra da je prodata tuđa stvar, jer zahtjev je zasnovan na tvrdnji da je tužilac vlasnik stana koji je bio predmet navedenog ugovora.

Prodaja tuđe stvari ne tiče se njenog vlasnika, jer ugovor o prodaji nema translativno dejstvo (prijenos prava vlasništva), već samo stvara obavezu prodavca da prenese pravo svojine kupcu. Ali, budući da i takav ugovor obavezuje ugovarača, njegovim sklapanjem prodavac preuzima obavezu prećutno ili izričito, da će pribaviti pravo svojine prodate stvari da bi prema kupcu ispunio svoju obavezu-prenos prava svojine.¹⁷

Naime, u situaciji kada prodavac istu nepokretnost proda prvom kupcu koji nije izvršio upis u katastar, pa kasnije istu nepokretnost proda drugom

¹⁶ Evidentno je da se, Apelacioni sud u svojoj odluci rukovodio stavom koji je iznijet u radu “Uzastopno otuđenje nepokretnosti na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju i drugih pravnih poslova”, autora Novaka Krstića, asistenta Pravnog fakulteta u Nišu, koji na stranici 210 ističe “Višestruko ugovaranje otuđenja stvari ne povlači nevažnost zaključenih ugovora. Obligacioni odnosi zasnovani između otuđivaoca i višesticalaca potpuno su autonomni. U trenutku zaključenja docnijeg ugovora predmet obaveze prenosioca nije nemoguć, jer svojina nije preneti”.

¹⁷ Petar Simonetti, Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001. godine, 132-133.

kupcu koji je izvršio upis u katastar, ne bi mogla da se primijeni konstrukcija prodaje tuđe stvari, jer prodavac ne prodaje tuđu stvar, s obzirom da se vlasnikom smatra onaj ko je uknjižen u katastar nepokretnosti, odnosno zaključeni pravni posao čiji je upis konstitutivne prirode ne daje samo po sebi pravo na stvar, tako da nema prodaje tuđe stvari.

3. Da je nepokretnost otuđena od jednog prodavca koji je u katastar upisan kao vlasnik. Vrhovni sud CG u odluci Rev.br.1426/2017 od 13.02.2018. godine je naveo „*U situaciji kada je neko upisan kao vlasnik na spornoj nepokretnosti, postoji pretpostavka da je stvarni vlasnik te nepokretnosti dok se suprotno ne dokaže*“.

Prije svega, uknjižba na novog imaoca prava neće se dozvoliti, ako u ispravi na osnovu koje se vrši uknjižba raniji imalac prava nije označen i prema njemu pravo novog imaoca nije utvrđeno¹⁸. Da bi se dozvolio upis novog kupca, u katastar nepokretnosti kao vlasnik mora biti upisan prodavac, odnosno prodavac koji kupuje nepokretnost, da bi ostvario i osnov i način sticanja istu mora prometovati od onoga koji je u katastar nepokretnosti označen kao vlasnik, jer u suprotnom isti neće moći ishodovati uknjižbu, pa se dovodi u pitanje njegova savjesnost kao kupca.

Naime, imalac prava na nepokretnosti dužan je da podnese zahtjev za upis prava svojine i drugih prava na nepokretnosti koja se upisuju u katastar nepokretnosti, i to u roku od 15 dana od dana sticanja prava na nepokretnosti, odnosno zaključenja ugovora ili nastanka drugog pravnog osnova za sticanje prava svojine.¹⁹

Vrhovni sud CG u odlukama Rev. br.1018/15 od 21.01.2016. godine i Rev. br. 22/16 od 13.04.2016. godine je iznio stanovište „*Sukob pravnih osnova postoji kada su dva ili više lica uzastopno zaključila posebne ugovore sa jednim istim vlasnikom radi sticanja prava svojine na istoj nepokretnosti. U takvom sporu raspravlja se ko ima jači pravni osnov za sticanje prava svojine i pasivno su legitimisani kao jedinstveni nužni suparničari, prodavac i ostali kupci iste nepokretnosti.*“

Nasuprot prednjem stanovištu, Vrhovni sud CG u odluci Rev.br.1054/17 od 05.12.2017. godine, zauzima potpuno drugačiji stav, istakavši „*Da se o višestrukoj prodaji radi u slučaju kad je ista nepokretnost prometovana više*

¹⁸ Čl. 87. st. 2 („Sl. list RCG“, br. 29/2007 i „Sl. list CG“, br. 32/2011, 40/2011-dr. zakon, 43/2015, 37/2017 i 17/2018).

¹⁹ Čl. 13.a i 118. a Zakona o državnom premjeru i katastru („Sl. list RCG“, br. 29/2007 i „Sl. list CG“, br. 32/2011, 40/2011- dr. zakon, 43/2015, 37/2017 i 17/2018).

puta, bez obzira da li se na strani prodavca radi o istom licu, pa se drugačije pravno rezonovanje drugostepenog suda u ovom dijelu ne može prihvatiti“.

Smatramo, da je prvo stanovište Vrhovnog suda prihvatljivo, odnosno u istoj nepokretnosti ne mogu postojati dva ili više isključivih vlasnika, nego samo jedan. Stoga postavlja se pitanje, kako će se smatrati savjesnim neko ko je kupio nepokretnost od lica koji nije uknjižen u katastar nepokretnosti, ako se na strani prodavca ne radi o istom licu?

Suština načela javnosti nije samo u tome da su podaci dostupni svima i da je pravo uvida u njih neograničeno, nego i u tome da su zainteresovana lica dužna da se obavijeste o stanju u katastaru nepokretnosti. Subjekti se ne mogu pozivati da im stanje u katastru nepokretnosti nije bilo ili nije moglo biti poznato.²⁰ Savjesnost je moguća samo u pogledu vanknjižnog stanja, tj. u pogledu onih činjenica koje nisu upisane u katastarsku evidenciju. Stoga, onaj ko nije vršio provjeru knjižnog stanja ne može nikako da se poziva na savjesnost, jer u parnici nije dozvoljeno dokazivanje ove pretpostavke.²¹ Nije sporno da se savjesnost pretpostavlja, ali ovaj princip kad je dvostruka prodaja iste nepokretnosti vrijedi u situaciji kad je svojina prenijeta na kasnijeg kupca, a to je momenat upisa u katastar nepokretnosti, i tada raniji kupac mora da dokaže da je kasniji kupac znao ili mogao znati da je ista nepokretnost otuđena ranijem kupcu.

Dakle, savjesnost u pogledu katastarskog stanja nije dozvoljena, odnosno dozvoljena je samo u pogledu onih činjenica koje nisu upisane u javne knjige, pa u situaciji kad je kupac prometovao nepokretnost od lica koji nije upisan u katastar nepokretnosti, sporni pravni odnos ne bi trebalo raspraviti sa aspekta višestruke prodaje, jer nečiju nesavjesnost može dokazivati samo onaj ko je savjestan.

4. Petitum tužbenog zahtjeva mora da glasi „Utvrdjuje se jači pravni osnov za sticanje prava svojine“ ili „Utvrdjuje se da je pravo svojine steklo“?-U praksi tužioci kao raniji kupci, ustaju sa tužbom da se utvrdi njihovo pravo svojine po osnovu zaključenog pravnog posla i uknjižbu prava svojine, dok sudovi sporni pravni odnos raspravljaju sa aspekta višestruke prodaje, odnosno sa aspekta sukoba pravnih osnova.

²⁰ Zoran Rašović, Komentar zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti, Podgorica 2012. godine, 56.

²¹ Hamid Mutapčić i Mr. Emina Brkić, Uloga i značaj načela savjesnosti u procesu reforme zemljišnoknjižnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli 2015. godine, 25.

Vrhovni sud CG u presudi Rev.br.998/16 od 08.11.2016. godine je sporni pravni odnos raspravio sa aspekta višestruke prodaje, u kojem sporu je odbijen tužbeni zahtjev, ali je u obrazloženju odluke ukazao „*Da je tužilac-protivtuženi trebao postaviti zahtjev na način što bi tražio utvrđenje jačeg pravnog osnova ili jačeg prava na spornim nepokretnostima i uknjižbu istih u svoju korist, ali isto nije od uticaja na drugačiju odluku u ovoj pravnoj stvari*“.

Privredni sud CG u presudi P.br.355/17-15 od 23.03.2017. godine je sporni pravni odnos raspravio sa aspekta višestruke prodaje (odbijen tužbeni zahtjev), iako je petitum tužbenog zahtjeva glasio da se utvrdi pravo svojine na osnovu zaključenog kupoprodajnog ugovora, jer se radilo o dvostrukoj prodaji iste nepokretnosti. Takođe Privredni sud se na kraju svoje odluke pozvao na identičan stav Vrhovnog suda Rev.br.998/16 od 08.11.2016. godine, da je petitum tužbenog zahtjeva trebao da glasi, „*Utvrđenje jačeg pravnog osnova ili jačeg prava na spornim nepokretnostima i uknjižbu istih u svoju korist, ali isto nije od uticaja na drugačiju odluku u ovoj pravnoj stvari*“.

Apelacioni sud presudom Pž.br.681/17 od 28.03.2017. godine je potvrdio navedenu presudu Privrednog suda CG, i raspravio sporni pravni odnos sa aspekta višestruke prodaje istakavši „*U sporu prethodnog sticaoca protiv kasnijeg sticaoca svojine raspravlja se o oba pravna osnova i utvrđuje se ko ima jači pravni osnov*“.

Vrhovni sud CG je presudom Rev I P. br.95/18 od 12.06.2018. godine potvrdio presudu Apelacionog suda, ali je je ukazao sledeće „*Drugostepeni sud je sporni pravni odnos raspravio i sa aspekta višestruke prodaje, što je bez značaja, jer predmet spora nije zahtjev za utvrđenje postojanja jačeg pravnog osnova za sticanje prava svojine*“.

Dakle, Vrhovni sud CG smatra da zahtjev za utvrđenje prava svojine i zahtjev za utvrđenje jačeg pravnog osnova za sticanje prava svojine su dva različita zahtjeva.

Prof Zoran Rašović ističe, da u sporovima dvostruke prodaje, tužbeni zahtjev savjesnog kupca (protiv svih uzastopnih kupaca i prodavaca) usmjeeren je na utvrđivanje jačeg pravnog osnova za sticanje prava svojine u odnosu na ostale ugovore.²²

I u Zaključku broj 3 sa savjetovanja građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokraji-

²² Zoran Rašović Komentar, Zakona o svojinsko pravnim odnosima, Knjiga I Podgorica 2009. godine, 471.

na i Vrhovnog vojnog suda, održanom u Beogradu 28 i 29.05.1986. godine je navedeno „*U sporu radi utvrđivanja jačeg pravnog osnova pasivno su legitimisani prodavac i ostali kupci iste nepokretnosti kao jedinstveni su-parničari*“.

Postavlja se pitanje, da li prelazak iz tužbe za utvrđenje prava svojine, na utvrđenje postojanja jačeg pravnog osnova za sticanje prava svojine predstavlja preinačenje tužbe, odnosno da li se radi o istim ili različitim zahtjevima, tj. da li se sporni pravni odnos može raspraviti primjenom pravila sukoba pravnih osnova, ukoliko petitum tužbenog zahtjeva glasi da se utvrdi pravo svojine?

Prije svega tužbeni zahtjev je procesnopravni pojam, odnosno kad govorimo o tužbenom zahtjevu u procesnom smislu, onda mislimo na tužiočevu tvrdnju o pravnoj posledici o kojoj on traži presudu. Iz načela dispozicije proističe da je sud vezan tužbenim zahtjevom, što znači da ne smije suditi o nečemu što nije predmet spora, tj. o nečemu što tužilac nije istakao kao svoj tužbeni zahtjev, niti smije donijeti odluku koja bi premašivala obim postavljenog zahtjeva (ne smije prekoračiti tužbeni zahtjev). To znači da sud ne može odlučiti o nečem što nije bilo traženo tužbenim zahtjevom (što nije bilo predmet spora), iako rezultat rasprave možda pruža podlogu za jednu takvu odluku.²³

U presudi Rev.br.5/16 od 26.04.2016. godine Vrhovni sud CG je ukinuo presudu Osnovnog suda u Kotoru P.br.496/13/05 od 20.03.2015. godine i presudu Višeg suda u Podgorici Gž.br.2659/14-05 od 23.10.2015. godine u dijelu izreke pod st.II koji je glasio „*Odbija se tužbeni zahtjev tužioca da se utvrdi da je po osnovu Ugovora o kupoprodaji Ov.br.14980/94 od 29.12.1994. godine zaključenim sa M.V. kao prodavcem, vlasnik stana površine 45 m2, koji se nalazi na kat.parc.br.1679/1 u suterenu zgrade br.1., PD 1 i upisan je u listu nepokretnosti br.2904 KO B. na ime Z.M., kao i dio kat.parc. br.1679/1 površine 22 m2 koje gravitira ispred stana PD1 i pripadajući je dio toga stana, kao neosnovan*“.

U pomenutoj presudi Vrhovni sud je ukazao „*Imajući u vidu činjenice na kojima je tužilac zasnavao tužbeni zahtjev- da je pravo svojine stekao po jačem pravnom osnovu, sud će pozvati tužioca da tužbeni zahtjev upodobi činjenicama na kojima temelji tužbeni zahtjev, jer osnovni uslov da bi se u nekom sporu donijela zakonita odluka, jeste da je postavljen pravilan tužbeni zahtjev*“.

²³ Borivoje Poznić i Vesna Rakić Vodinelić, Građansko procesno pravo, Pravni Fakultet Union- Službeni Glasnik, Beograd 2015, 309.

Međutim i u presudi Rev I P. br.95/18 od 12.06.2018. godine, činjenice tužbenog zahtjeva su bile zasnovane da je tužilac stekao pravo svojine po jačem pravnom osnovu, dok Vrhovni sud ga ne poziva kao u presudi Rev. br.5/16 od 26.04.2016. godine da tužbeni zahtjev upodobi činjenicama na kojima temelji tužbeni zahtjev, nego smatra da predmet spora nije zahtjev za utvrđenje postojanja jačeg pravnog osnova za sticanje prava svojine.²⁴

Preinačenje tužbe je promjena istovjetnosti tužbenog zahtjeva, povećanje postojećeg ili isticanje drugog zahtjeva uz postojeći.

Nesporno je, da vladajuće procesnopravno shvatanje tužbe se pojavljuje u dva vida: identitet tužbenog zahtjeva zavisi od njegove strukture. Ako se uzme da se jedan tužbeni zahtjev od drugog razlikuje po činjeničnom osnovu i po sadržini pravne posledice, u pitanju je dvočlani zahtjev. Nije sporno, da tužilac nije dužan da navede pravni osnov svog zahtjeva, a ako ga je odredio da sud njime nije vezan, onda zahtjev se sastoji od činjenica koje čine životni događaj, i pravne posljedice koju tužilac iz njih izvodi- dvočlani zahtjev. Stoga, identitet tužbenog zahtjeva je promijenjen ako se mijenja bilo koji od ta dva elementa.²⁵

Dakle, ako se mijenja pravna posledica koja se tužbom traži, postoji preinačenje tužbe, čak i kada osnov tužbe (činjenice) ostane isti²⁶, i u situaciji, kad činjenični osnov tužbe je opredjeljen na jačem pravnom osnovu, ukoliko petitum tužbenog zahtjeva glasi utvrđenje prava svojine, onda petitum tužbe ne kolidira sa činjenicama u tužbi, i obrnuto.

Identitet tužbenog zahtjeva se mijenja promjenom njegove sadržine ili isticanjem zahtjeva iste sadržine iz drugog činjeničnog osnova (životnog događaja).²⁷

Naime, kao što je naprijed navedeno upis prava svojine na osnovu pravnog posla je konstitutivne prirode, dok upis prava svojine na osnovu održaja, nasljeđivanja, odluke nadležnog državnog organa itd. je deklaratorne prirode. Utvrditi se može samo nešto što je već stečeno, a ne nešto što nije. Dakle, pravo svojine bi se moglo utvrditi samo ukoliko je upis u katastar deklaratorne prirode.

²⁴ Oправдано се поставља питање, да ли суд смеје да pouči квалификоване punomoćnike kako да им glasi tužbeni zahtjev? U tom pravcu, vidjeti npr. Izvještaj o primjeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u praksi Vrhovnog suda Crne Gore, (januar 2015- jul 2017), 73.

²⁵ Vidjeti kod Poznić-Rakić Vodinelić, 314-315.

²⁶ Aleksandar Jakšić, Građansko procesno pravo, Pravni fakultet u Beogradu, 321.

²⁷ Borivoje Poznić, Komentar zakona o parničnom postupku, Sl.glasnik, Beograd 2009. godine, 454-455.

torne prirode, jer svojina se stiče nastupanjem određenih uslova, dok sticanje svojine čiji upis je konstitutivne prirode se ne bi mogao utvrditi, odnosno upis u katastar predstavlja način sticanja svojine.

Sa druge strane, u momentu kada raniji kupac zaključi kupoprodajni ugovor, a svoje pravo ne uknjiži u javne knjige on samim tim još nije stekao pravo svojine, i njegov petitum tužbenog zahtjeva protiv kasnijeg kupca ne može da glasi da se utvrdi pravo svojine, jer on još nije stekao pravo svojine, nego da je njegov osnov za sticanje prava svojine jači od osnova kasnijeg kupca. Prvi kupac, svoje pravo svojine izvodi iz prava prethodnika- derivativno, dok drugi kasniji kupac koji se uknjiži u katastar svoje pravo ne izvodi derivatno, nego originarno, na osnovu zakona, jer on svoje pravo crpi iz načela pouzdanosti, pod uslovom da je savjestan, tj. da je provjerio i faktičko stanje.

U sporu radi utvrđivanja svojine, sud se ograničava u raspravljanju da li je tužilac po osnovu koji je opredijelio u tužbi stekao pravo svojine, dok kod tužbe za utvrđenje jačeg pravnog osnova sud ispituje da li je osnov ranijeg tužioca (po pravilu kao ranijeg kupca) jači u odnosu na kasnijeg kupca, odnosno različiti su zahtjevi za dokazivanje. U prvom slučaju sud utvrđuje svojinu, dok u drugom ne utvrđuje svojinu, nego osnov, odnosno jačinu osnova. Tako, ako tužilac tužbom traži utvrđenje prava svojine, tužilac je dužan da navede i činjenice na kojima svoj zahtjev zasniva, postojanje ugovora, održaj, nasljeđivanje, odluka nadležnog državnog organa, dok kod tužbe za utvrđenje jačeg pravnog osnova životni događaj je drugačiji, jer tužilac ističe druge činjenice, a pogotovo činjenice savjesnosti, s obzirom da je na njemu teret dokazivanja nesavjesnosti druge strane tj. da je druga strana znala ili mogla znati da je nepokretnost otuđena ranijem kupcu, dok kod tužbe za utvrđenje prava svojine savjesnost je irelevantna, s obzirom da sud ispituje da li činjenični osnov tužbe upućuje da je određeno lice steklo pravo svojine, odnosno kod tužbe za utvrđenje prava svojine uopšte se i ne postavlja pitanje savjesnosti prodavca.

Takođe u sporu radi utvrđivanja prava svojine pasivno je legitimisan samo onaj koji je u katastar nepokretnosti upisan kao vlasnik, dok kod tužbe za utvrđenje jačeg pravnog osnova pasivno su legitimisani i prodavac i svi kasniji kupci kao jedinstveni nužni suparničari, jer se spor može riješiti na jednak način u odnosu na sve njih, odnosno presuda mora da djeluje u odnosu na svako lice koje polaže pravo svojine na istu nepokretnost.

NAČELO POUZDANJA U KATASTARSKU EVIDENCIJU

Često se dešava, da prilikom prometa nepokretnosti ne kolidiraju knjižno i vanknjižno stanje, da prodavac istu nepokretnost proda jednom kupcu, pa drugom kupcu koji vrši uknjižbu prava, ili da kupci uopšte ne provjere knjižno ili vanknjižno stanje, i u takvoj situaciji dolazi do spora.

Naime upisom u katastarsku evidenciju ostvaruje se u odnosu na stvarna prava na nekretninama jedno od osnovnih načela stvarnopravnog uređenja- načelo publiciteta. Stvarnim pravima na pokretnim stvarima vanjsku sliku, publicitet daje državina, dok stvarnim pravima na nekretninama i opštepravnom stanju nekretnine vanjsku sliku, publicitet daje katastarski upis. S obzirom na to da su javne knjige javne i svima dostupne svako može saznati koja stvarna prava postoje na nekoj nekretnini, koji je njihov sadržaj, obim, prvenstveni red i ko je njihov nositelj, te ih uvažavati i poštovati.

Načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti ima dva aspekta: 1.pozitivni koji označava povjerenje u istinitost i 2.negativni koji označava povjerenje u potpunost.

Međutim, situacija nije baš jednostavna kad je u pitanju pouzdanje u podatke o nepokretnostima, jer Vrhovni sud CG u odluci Rev.br.448/16 od 26.04.2016. godine smatra „*Da sam upis nije dovoljan dokaz da je upisano lice nosilac upisanog prava*“.

Dakle, okolnost što neko vrši uvid u katastarsku evidenciju nije dovoljno da bi knjižnog vlasnika tretirao kao vlasnika, čime se dovodi u pitanje ozbiljnost načela pouzdanja.²⁸

Nadalje, u pomenutoj odluci Vrhovni sud ističe „*Načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti se ne odnosi samo na poznavanje stanja u katastru nepokretnosti, već i na poznavanje faktičkog stanja. Zato se ne može pozivati na načelo pouzdanja ono lice koje je znalo da stanje u katastru nepokretnosti ne odgovara vanknjižnom stanju, odnosno na načelo pouzdanja može se pozvati samo onaj koji nije znao ili nije mogao znati da upisani vlasnik nije i stvari vlasnik u materijalno- pravnom smislu*“.

Iz navedenog stava nesporno proizilazi, da kupac mora u prvom redu da provjeri ko je u katastar nepokretnosti upisan kao vlasnik nepokretnosti, a takođe da vrši provjeru faktičkog stanja, odnosno da ispita ko se nalazi u

²⁸ Nasuprot praksi crnogorskih sudova, u hrvatskom zakonodavstvu nedostatak dobre vjere ne može se, prebaciti nikome samo iz razloga što nije istraživano vanknjižno stanje (122/3 ZV, 8/3 ZV).

posjedu nepokretnosti koju namjerava kupiti. Sa druge strane, postavlja se pitanje, da li se neko može pozivati na savjesnost ako se utvrdi da je provjerio knjižno stanje, ali nije provjerio vanknjižno stanje, da li je on po automatizmu nesavjestan što nije proverio posjedovno stanje, ili mu je dozvoljeno da doka-
zuje svoju savjesnost da bi čak i provjerom posjedovnog stanja ne bi mogao saznati da se vanknjižno stanje razlikuje od knjižnog?

Dešava se situacija, da prodavac proda nenamješten stan kupcu koji živi i radi u inostranstvu, a takođe se dešava da isti stan proda kasnijem kupcu koji takođe živi i radi u inostranstvu. U trenutku prodaje, prvi kupac se ne nalazi u stanu, niti je izvršio upis prava svojine, dok drugi kupac kupuje stan, ali u momentu zaključenja pravnog posla, niti u momentu podnošenja zahtjeva za upis ne provjerava faktičko stanje. Stoga, da li kasniji kupac je znao ili mogao znati da se knjižno stanje razlikuje od vanknjižnog, imajući u vidu činjenicu da u momentu zaključenja pravnog posla, a i u momentu podnošenja zahtjeva za upis prvi kupac nije bio u stanu, niti je isti namjestio?

Naime, kao što je naprijed navedeno Vrhovni sud CG u odluci Rev. br.448/16 od 26.04.2016. godine ističe „*Na načelo pouzdanja može se pozvati samo onaj koji nije znao ili nije mogao znati da upisani vlasnik nije i stvari vlasnik u materijalno- pravnom smislu*“.

U prvi mah bi izgledalo, da se ne bi moglo po automatizmu nekome prebaciti teret nesavjesnosti što nije odmah provjerio vanknjižno stanje, nego mu je dozvoljeno u slučaju spora da se poziva na načelo pouzdanja, ne samo ako nije znao, nego ako nije mogao znati s obzirom na okolnosti da se knjižno stanje razlikuje od vanknjižnog.

Prednje najbolje ilustruje takođe pesuda Vrhovnog suda CG Rev. br.264/14 od 08.05.2014. godine u kojoj se navodi „*Pravilan je zaključak drugostepenog suda da je tuženi kao kasniji kupac savjestan, jer nije znao niti je mogao znati da je prodavac istu nepokretnost već prodao drugom. Ovo zbog toga što je prodavac u katastru nepokretnosti bio upisan kao vlasnik, a u vrijeme kada je tuženi zaključio ugovor i izvršio upis prava tužilac nije bio u posjedu stana*“.

Međutim, u drugim odlukama Vrhovnog suda CG i teoriji se sreću stavovi, da neprovjeravanje posjedovnog stanja po automatizmu povlači nesavjesnost. Da bi se smatrao savjesnim kasniji sticalac mora istražiti kumulativno, ne samo knjižno nego i vanknjižno stanje.

U teoriji se zastupa stav, da načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti odnosi se ne samo na poznavanje katastra nepokretnosti, već i na poznavanje vanknjižnog stanja, kao i da se na primjenu ovog načela može pozivati samo

onaj koji nije znao ili nije mogao znati da se vanknjižno stanje razlikuje od stanja u katastru nepokretnosti. Kada je u konkretnom slučaju vanknjižno stanje drukčije od stanja u katastru nepokretnosti, tada potencijalni kupci mogu posumnjati u svojinu upisanog vlasnika nepokretnosti²⁹.

U presudi Rev.br.1204/18 od 20.03.2019. godine Vrhovni sud CG ističe „*Načelo pouzdanja katastra nepokretnosti se ne odnosi samo na poznavanje stanja u katastru nepokretnosti, već i na poznavanje faktičkog stanja tj.za ocjenu savjesnosti od značaja je i činjenica da li je sticaoc izvršio i druge radnje kojima bi na pouzdan način mogao utvrditi da je lice koje mu prenosi svojinu zaista i vlasnik nepokretnosti*“.

Dakle, iz citirane odluke Vrhovnog suda CG proizilazi, da je kupac pored knjižnog stanja „*dužan*“, da provjeri i faktičko stanje, od kupca se traži da provjerava i faktičko stanje, odnosno uopšte se na načelo pouzdanja ne može kupac pozvati ukoliko nije provjerio faktičko stanje, po automatizmu smatraće se nesavjesnim, jer vrijedi pretpostavka da je znao ili mogao znati da se knjižno i faktičko stanje razlikuju.³⁰

U tom pravcu je vrlo interesantna presuda Višeg suda u Podgorici Gž.br.6024/16-13 od 30.05.2017. godine u kojoj se navodi „*Ovaj sud nalazi da načelo pouzdanosti mora biti tumačeno vrlo strogo i da se ugovarači, da bi im se to pravo priznalo, moraju uvjeriti u sve činjenice koje su sadržaj katastra nepokretnosti, a ne samo u stanje u listu nepokretnosti. Osim toga, ni činjenica da je bi na licu mjesta, gdje mu je pokazana nepokretnost, nije oslobađala tuženog kao kupca da se pažljivije uvjeri u državinsko stanje.*“³¹

²⁹ Zoran Rašović, Komentar Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti, Podgorica 2012. godine, 58.

³⁰ Postavlja se samo pitanje da li se može smatrati da je pribavilac nesavjestan čim postoji razilaženje faktičkog i knjižnog stanja? Nesumnjivo je da kupac (i svaki drugi pribavilac) treba da pored zemljišno- knjižnog stanja ispita i faktičko stanje nepokretnosti, a to znači da ispita ko ima državinu nepokretnosti pa ako tu naiđe na lice koje nije upisano u zemljišne knjige, treba dalje da ispituje po kom osnovu oni drži nepokretnost. Ako tako ne postupi zemljišno- knjižni pribavilac će biti nesavjestan i zbog toga neće moći da se pozove na zaštitu koja se pruža onima koji se pouzdaju u zemljišne knjige- (Stanković-Orlić, Stvarno Pravo, Beograd 1993. godine, 337-338).

³¹ Evidentno je da se Viši sud u Podgorici u pomenutoj odluci rukovodio praksom ŽS Bjelovar Gž-686/2002-2 od 21.03.2002. godine u kojoj se ističe „*Za djelovanje načela povjerenja u potpunost zemljišne knjige nije dovoljno da je onaj koji se poziva na to načelo izvršio uvid u izvadak iz zemljišne knjige, već je potrebno da je izvršio uvid u glavnu knjigu i zbirku isprava, jer se zemljišna knjiga sastoji od glavne knjige i zbirke isprava*“ - Navedeno prema Damir Kontrec dip.iur- Načelo zaštite povjerenja u zemljišne

Sa ovim stavom se ne slažemo iz sledećih razloga:

Upis u katastar nepokretnosti vrši se na osnovu isprava sastavljenih u propisanoj formi za njihovu punovažnost i koje nemaju očiglednih nedostataka koji dovode u sumnju njihovu vjerodostojnost. Isprava koja predstavlja pravni osnov za upis, promjenu, ograničenje i prestanaka prava na nepokretnosti mora sadržati jasan i nedvosmislen pravni osnov.³²

U tom pravcu Vrhovni sud CG u odluci Rev-384/94 od 06.06.1995. godine ističe „*Organ uprave nadležan za poslove premjera i katastra nepokretnosti nije ovlašćen da ispituje materijalno- pravnu stranu pravnog posla povodom koga je sačinjena isprava na osnovu koje se upis u katastar nepokretnosti vrši, već se ograničava samo na ispitivanje formalne strane isprave, tj. da li je isprava sastavljena u formi zakonom propisanoj za njenu pravnu valjanost*“.

Sa prednjim stavom smo saglasni u potpunosti, jer organ uprave- katastar nije u mogućnosti da po službenoj dužnosti pazi na materijalnu stranu pravnog posla na osnovu kojeg se vrši uknjižba u katastar nepokretnosti. Dakle, čak i kad osnov upisa nije zakonit (stanje neistinito ili nepotpuno), trebalo bi smatrati kasnijeg sticaoca savjesnim ako nije znao ili nije mogao znati da je uložio pažnju prosječnog građanina u datoj situaciji da su katastarski podaci netačni ili nepotpuni, jer kasniji kupac nema tu mogućnost da cijeni materijalno- pravnu stranu osnova upisa, odnosno načelo pouzdanosti ne može biti tumačeno vrlo strogo, kao što ističe u presudi Viši sud u Podgorici Gž.br.6024/16-13 od 30.05.2017. godine.

Prije svega, sva treća lica mogu samo na osnovu upisa u javne evidencije imati saznanja o nosiocu određenog knjižnog stanja, stoga ukoliko bi se prihvatio stav Višeg suda, to bi značilo da upis u katastar nepokretnosti nema konstitutivno dejstvo već samo deklativno dejstvo, što je u odnosu na sva treća lica, u suprotnosti sa osnovnim načelima knjižnog prava³³.

Po našem mišljenju prihvatljiv nam je stav Vrhovnog suda CG izražen u presudi Rev.br.272/17 od 04.04.2017. godine u kojoj je navedeno **„Sadržina katastra nepokretnosti smatra se vjerodostojnom, tj.istinitom i potpunom i da se savjesni pribavilac knjižnog prava može pouzdati u ka-**

knjige- Odgoda povjerenja kroz sudsku praksu, objavljeno u Savjetovanje aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator Zagreb 2015,108.

³² Čl. 86. st.1 i 2 Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti (“Sl. list RCG“, br. 29/2007 i „Sl. list CG“, br. 32/2011, 40/2011- dr. zakon, 43/2015, 37/2017 i 17/2018).

³³ Vidjeti <http://LAZAREVCLAW.COM/CATEGORY/AUTORSKI-TEKSTOVI/>- Komentar presude Vrhovnog kasacionog suda Prev.221/2017 od 03.10.2017. godine.

tastar nepokretnosti i onda kada se stanje u njima označeno nije istinito i nije potpuno“.

Sticanje prava svojine zaštitom povjerenja- načelo pouzdanja spada u originarne načine sticanja prava svojine, a koja se razlikuje od derivativnog načina sticanja u kojem sticalac svoje pravo izvodi iz prava prethodnika, jeste zahtjev da sticalac mora biti savjestan, jer dejstvo zaštite povjerenja nastupa samo u korist savjesnog sticaoca, koji iz netačnog ili nepotpunog prethodnikovog upisa izvodi svoje pravo. To je ona osoba koja i pored ispoljene pažnje prosječnog pažljivog čovjeka date sredine u pravnom prometu nekretnina nije znala niti je mogla znati za postojanje određenih negativnih činjenica da je upis katastar nepokretnosti neistinit ili nepotpun. U slučaju spora da li je kasniji kupac bio savjestan prilikom sticanja prava svojine upisanog u katastar nepokretnosti, prosuđivaće će se prema standardu obične pažnje kakva se očekuje od svakog razumnog čovjeka u takvim okolnostima.³⁴

Takođe, akademik Petar Simonetti ističe da „*u slučaju spora da li je stjecatelj bio u dobroj vjeri glede stjecanja prava vlasništva upisanog u zemljišnoj knjizi, prosuđivat će se po građanskopravnom standardu obične pažnje kakva se očekuje od svakog razumnog čovjeka u takvim okolnostima*“³⁵.

Nesavjestan je sticalac nepokretnosti kome je poznata netačnost katastarskog stanja ili mu je zbog grube nepažnje ostala poznata, ali isti ni u kom slučaju ne može ispitivati i sam osnov upisa, a što ističe i Vrhovni sud CG u odluci Rev.br.338/16 od 13.05.2016. godine „Navodi revizije kojima se ukazuje da nijesu bili ispunjeni uslovi za upis prava svojine na prvotuženog nijesu ni od kakvog značaja, jer se u parničnom postupku ne može ocjenjivati zakonitost pravosnažnih upravnih akata“.

Takođe u rješenju Rev.br.1032/18 od 23.01.2019. godine Vrhovni sud CG navodi „*Po nalaženju ovog suda, a nasuprot stanovištu nižestepenih sudova trećetuženog, kao kupca ne bi moglo činiti nesavjesnim činjenica što isti nije pribavio hronologiju upisa sporne parcele*“.

Dakle, ako parnični sud nije u mogućnosti da ispituje i ocjenjuje zakonitost upisa prava svojine, onda zaista i savjestan kupac još manje je u mogućnosti da to cijeni, stoga konstrukcija ispitivanja zakonitosti upisa je bez ikakvog uporišta, jer shodno načelu formalnosti postupka u postupku upisa

³⁴ Hamid Mutapčić i Emina Brkić, Uloga i značaj načela savjesnosti u procesu reforme zemljišnoknjižnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli 2015. godine, 20-23.

³⁵ Petar Simonetti, Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001. godine, 119.

u katastar nepokretnosti organ uprave odlučuje o upisu na osnovu isprava podobnih za upis i upisanog stanja u katastar nepokretnosti.

Sa druge strane, ukoliko neko smatra da je upisom prava svojine u katastar nepokretnosti povrijeđeno njegovo pravo svojine može tužbom nadležnom sudu tražiti brisanje upisa i povraćaj u predašnje stanje, u roku od 3 godine od saznanja za izvršeni upis.³⁶

Sa iznijetih razloga smatramo, da upis sam za sebe, ako nije zasnovan na punovažnom pravnom osnovu neće dovesti do promjene stvarnogpravnog stanja nepokretnosti. Međutim, sve dok se ne ospori i tako učini vidljivim kroz javni registar, neistinitost upisa ne može prouzrokovati provredu prava savjesnih trećih lica. Njihovi interesi su zaštićeni načelom pouzdanja u javni registar.³⁷

MOMENAT OCJENE SAVJESNOSTI

U prvi mah bi izgledalo da navedenu situaciju razrješava čl.12 st.2 Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti kojom odredbom je propisano, da pravno dejstvo upisa prema trećim licima počinje od trenutka podnošenja zahtjeva za upis organu uprave.

Vrhovni sud CG u rješenju Rev.br.336/15 od 27.05.2015. godine iznosi jasan stav „*Navedena odredba tiče se redosleda upisa knjižnih prava koja postoje na istoj nepokretnosti i sastavni je dio načela prvenstva, čiji je smisao da se uredi redosled sticanja prava na istoj nepokretnosti, a taj red se određuje prema času kad je zahtjev stigao kod nadležnog organa*“.

Dakle, po stavu Vrhovnog suda CG odredba čl.12 st.2 Zakona o državnom premjeru i katastru se odnosi u situaciji kada je više lica podnijelo zahtjev za upis, i tada nadležni organ uprave- katastar mora utvrditi redoslijed knjižnih prava, odnosno ko je kad podnio po redoslijedu zahtjev za upis prava koja postoje na istoj nepokretnosti, što ukazuje da se savjesnost sticaoca ne cijeni primjenom te odredbe.

Vrhovni sud CG u odluci Rev.br.1202/17 od 13.04.2018. godine ističe „*Savjesnost kupca cijeni se u vrijeme zaključenja ugovora o kupoprodaji, a ne nakon toga*“.

³⁶ Čl. 124a Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti (“Sl. list RCG“, br. 29/2007 i „Sl. list CG“, br. 32/2011, 40/2011- dr. zakon, 43/2015, 37/2017 i 17/2018).

³⁷ Radenka M. Cvetić Domašaj načela upisa i načela pouzdanja, Pravni fakultet u Novom Sadu, 1024.

U drugoj odluci Rev.br.1204/18 od 20.03.2019. godine Vrhovni sud CG navodi „*Sticalac je bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja posla, a niti u trenutku kada je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvari pripadaju prodavcu*“.

U teoriji se zastupaju stavovi da bi savjesnost trebalo cijeniti kako u momentu zaključenja pravnog posla, pa do momenta podnošenja zahtjeva za upis, što znači da bi eventualna nesavjesnost sticaoca, koja bi se pojavila nakon zaključenja pravnog posla, a prije podnošenja zahtjeva za upis, onemogućila punovažno sticanje stvarnog prava na nekretnini³⁸, kao i da savjesnost sticaoca traje sve do upisa u katastar nepokretnosti, dakle od zaključenja pravnog posla do pravosnažnosti rješenja o upisu.³⁹

Naime, činjenica predaje u posjed prvom kupcu sama po sebi utiče na savjesnost drugog sticaoca, ukoliko kasniji kupac nije provjerio faktičko stanje. Sama okolnost da se nepokretnost nalazi u državini drugog lica ukazuje da je on po nekom osnovu i drži, stoga postupao bi sa grubom nepažnjom onaj ko ne bi pored knjižnog provjerio i faktičko stanje. U slučaju da kupac sazna da je već zaključen ugovor o prodaji iste nekretnine, te eventualno i da je ona predata u posjed drugome, nije savjestan, jer mu je netačnost katastarskog stanja poznata⁴⁰.

Zakon o obligacionim odnosima nalaže učesnicima obligacionih odnosa da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja i pri ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa, dakle i u slučaju traženja ispunjenja obaveza prijenosa prava vlasništva, tj. u trenutku podnošenja zahtjeva za upis prava vlasništva u katastar nepokretnosti.

Postupanje sticaoca koji ističe zahtjev za ispunjenje valjanog pravnog posla izdavanjem tabularne isprave i uknjižbom u katastar nepokretnosti doložno je ako je u međuvremenu saznao da se vlasnik na istu nekretninu ranije obavezao prenijeti pravo vlasništva drugoj osobi temeljem valjanog pravnog posla.

Dakle, raniji sticalac koji je nakon sklapanja pravnog posla, ali prije podnošenja zahtjeva za uknjižbu prava vlasništva, saznao da se otuđivatelj

³⁸ Hamid Mutapčić i Emina Brkić, Uloga i značaj načela savjesnosti u procesu reforme zemljišnoknjižnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli 2015. godine, 25-26; Larisa Velić, Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, Privredna štampa Sarajevo 2011. godine, 259.

³⁹ Velibor Korać, Pouzdanje u katastar nepokretnosti i raspolaganje zajedničkom imovinom, Pravni život, br.11,660.

⁴⁰ Vidjeti Meliha Povlakić, Komentar zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, Privredna štampa Sarajevo 2011. godine, 270.

(prodavac) ranije valjano obavezao drugome prenijeti pravo vlasništva odnosno nekretnine, ne postupa u skladu s načelom savjesnosti i poštenja tražeći uknjižbu prava vlasništva. Nasuprot tome, saznanje o ranijem pravnom poslu, koji je uslijedilo nakon podnošenja zahtjeva za upis, neće imati uticaja na sticanje prava vlasništva.⁴¹

Međutim, okolnost da je sudska praksa kreirala stanovište istraživanja knjižnog i faktičkog stanja, smatramo ispravnim stanovištem Vrhovnog suda da se savjesnost cijeni u momentu zaključenja pravnog posla, jer u protivnom svaki sticalac bi bio primoran još jednom, neposredno prije podnošenja zahtjeva za upis da provjerava posjedovno stanje nekretnine, da bi bio siguran da u međuvremenu nije došlo do predaje u posjed trećem licu⁴², s tim što ne bi trebalo zanemariti situaciju ukoliko se utvrdi da je kasniji kupac prije podnošenja zahtjeva za upis saznao da je prije otuđena nepokretnost, da se cijeni da li je savjestan.

Dakle, ukoliko kupac prije zaključenja pravnog posla provjeri posjedovno stanje nekretnine, pa nakon toga zaključi pravni posao, ne postoji više njegova obaveza da provjeri ponovno posjedovno stanje, jer on je kumulativno savjestan, osim u slučaju da isti ne sazna prije podnošenja zahtjeva za upis da je nepokretnost ranije otuđena.

ZAKLJUČAK

U prvom redu smatramo da bi zakonodavac trebao da interveniše kod načela pouzdanja, kao što je to uradio hrvatski i bosansko- hercegovački zakonodavac „*da se nedostatak dobre vjere ne može prebaciti nikome iz razloga što nije istraživao vanknjižno stanje*“.

Takođe smatramo da bi zakonodavac trebao da interveniše kad je u pitanju momenat ocjene savjesnosti kao što je npr. predviđeno u čl.55 st.2 Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske „*Sticalac je u dobroj vjeri, ako u trenutku zaključenja pravnog posla i u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga da sumnja u to da stvar pripada otuđiocu*“.

Isto tako smatramo, da bi Vrhovni sud CG trebao da zauzme načelni pravni stav, da li u situaciji višestrukog otuđenja iste nepokretne stvari peti-

⁴¹ Simonetti, op.cit, 95.

⁴² Meliha Povlakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009. godine, 131.

tum tužbenog zahtjeva treba da glasi „jači pravni osnov“, ili „utvrđuje se pravo svojine“, s obzirom kao što je navedeno stari ZOSPO-a nije regulisao ovu problematiku, dok ga novi ZOSPO-a čl.88 reguliše ali sa razlikom što koristi termin „pravo svojine steći će“, kao i da li u situaciji kad je nepokretnost prometovana od više vlasnika sporni pravni odnos se može raspraviti primjenom pravila višestrukog otuđenja, ili samo ukoliko je otuđena od istog prodavca.

Dakle, u konačnosti sud bi trebao da ukloni „duboke i dugotrajne razlike“, jer svojina je najpotpunija pravna vlast koja pripada svakom titularu, kao jedno od temeljnih ljudskih prava koje je zajamčeno ustavom i drugim međunarodnim dokumentima.

LITERATURA

1. Babić Ilija, Medić Duško, Hašić Enes, Povlakić Meliha, Velić Larisa- Komentar zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, Privredna štampa Sarajevo, 2011. godine
2. Cvetić Radenka- Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom sadu, 2015. godine.
3. Gavella Nikola, Josipović Tatjana, Gliha Igor, Belaj Vlado, Tripković Zlatan- Stvarno pravo, Svezak I i II, Narodne novine d.d. Zagreb, 2007. godine.
4. Golub Alen- Dobra vjera kao pravna pretpostavka stjecanja prava vlasništva nekretnina s povjerenjem u zemljišne knjige, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 18, Organizator Zagreb 2011. godine.
5. Hašić Enes, Velić Larisa, Nezirović Goran, Velić Ismet i Tajić Haso- Praktikum za stvarna prava, Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine, Kniga I i II, Privredna štampa Sarajevo, 2015. godine.
6. Jakšić Aleksandar- Građansko procesno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, XIV izdanje, Beograd 2021. godine.
7. Jelčić Olga- Tužbe radi zaštite prava vlasništva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2001.
8. Klarić Petari Vedriš Martin- Građansko pravo, Narodne novine d.d. Zagreb 2012. godine.

9. Kontrec Damir- Načelo zaštite povjerenja u zemljišne knjige- Odgoda povjerenja kroz sudsku praksu, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 22, Organizator Zagreb 2015. godine.
10. Krstić Novak- Uzastopno otuđenje nepokretnosti na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju i drugih pravnih poslova, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
11. Lazarević Dragoljub- Komentar zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, Prvo izdanje, Poslovni biro, Beograd 2012. godine.
12. Lazarević Dragoljub- Državina, Poslovni biro, Beograd 2010. godine
13. Medić Duško i Haso Tajić- Sudska praksa iz stvarnog prava, III izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Privredna Štampa, Sarajevo 2008. godine
14. Medić Duško- Višestruko ugovaranje otuđenja, Pravni savjetnik broj 4, Časopis za pravnu i ekonomsku teoriju i praksu, Sarajevo, April 2016. godine.
15. Medić Duško- Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske, Godišnjak fakulteta pravnih nauka Apeiron, Banja Luka 2014. godine.
16. Mutapčić Hamid i Brkić Emina- Uloga i značaj načela savjesnosti u procesu reforme zemljišnoknjižnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, 2015. godine.
17. Povlakić Meliha- Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2009. godine.
18. Povlakić Meliha- Načelo povjerenja u zemljišnu knjigu u najnovijoj praksi Vrhovnog suda Federacije BiH.
19. Poznić Borivoje- Komentar zakona o parničnom postupku, Službeni glasnik Beograd 2009. godine.
20. Poznić Borivoje, Vodinelić Rakić Vesna- Građansko procesno pravo, Sl.glasnik, Pravni fakultet Union, Beograd 2015. godine.
21. Radić Šago, Radić Zrinka - Brisovna tužba- zaštita knjižnih prava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka.
22. Rašović Zoran- Komentar zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, Knjiga I i II, Podgorica 2009. godine.
23. Rašović Zoran- Komentar zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti, Podgorica 2012. godine.
24. Simonetti Petar- Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001. godine.

25. Stanković Obren, Orlić Miodrag- Stvarno pravo, sedmo izdanje, Novinsko izdavačka ustanova, Službeni list SRJ, Beograd 1993. godine.
26. Sudžum Rajko- Pravo svojine (osnovna načela, predmet, sticanje, zaštita i prestanak), Prvo izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2020. godine.
27. Svorcan Slobodan- Komentar zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu 2009. godine.
28. Tešanović Jelena- Načelo upisa u registar nepokretnosti sa osvrtom na sudsku praksu, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
29. Visković Tanja- Uticaj državine na pravnu valjanost hipoteke zasnovane na objektu u izgradnji, sa primerima iz prakse.
30. Vizner Boris- Komentar zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb 1980. godine.
31. Živković Miloš- Pravo registara nepokretnosti, Opšti deo, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2021. godine.
32. Žuvela Mladen- Vlasničkopravni odnosi, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama, četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb 2014. godine.
33. Žuvela Mladen- Zaštita povjerenja u pravnom prometu nekretnina, stjecanje stvarnih prava na temelju povjerenja u zemljišne knjige, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 14, Organizator Zagreb 2007. godine.

Artan Kurti⁴³

CONFLICT OF LEGAL BASES IN THE ACQUISITION OF PROPERTY RIGHTS AND PRINCIPLE OF RELIANCE ON CADASTRAL RECORDS

Summary: *The aim of this paper is to analyze multiple alienations of immovable property, primarily from the aspect of judicial practice and legal theory. When there is successive alienation of the same immovable property, then there is also a conflict of legal grounds, because only one buyer can tri-*

⁴³ Law graduate, Inspector General of the Government of Montenegro in the National Security Agency.

umph in that case. Predominantly, preference is given to the principle of conscientiousness and honesty. The paper presents numerous decisions of the Supreme Court of Montenegro, compares opposing views, and shows the rules discussing the disputed legal relationship of multiple sales. The paper also specifically analyzes the principle of reliability of the real estate cadaster, especially the situation of inconsistency between registered and non-registered status. The paper also emphasizes the conscientiousness of multiple alienation, as well as the principle of trust. The essence of this paper is overcoming inequality in treatment, without any intention to discredit judicial practice, with full respect and appreciation of the Supreme Court of Montenegro.

МАКСИМАЛНА ХИПОТЕКА КАО ИЗУЗЕТАК ОД НАЧЕЛА АКЦЕСОРНОСТИ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА

Ивана Лазаревић¹, ма

Основна функција заложног права јесте да служи обезбјеђењу потраживања као главног права, те је заложно право акцесорно у односу на обезбјеђено потраживање. Посматрано из угла настанка заложног права то би значило да оно не може да настане прије обезбјеђеног потраживања, односно да може да настане или истовремено са тим потраживањем, или после њега. Међутим, овако строго примјењено начело акцесорности свакако не би одговарало економским потребама друштва, те је овај вид акцесорности још од Римског права трпио изузетак који се састојао у могућности да се заложним правом обезбиједи условно, па чак и будуће потраживање. На тај изузетак упућује и ЗСП Републике Српске који прописује да се заложним правом може осигурати постојеће потраживање и потраживање које би протеком неког времена или након испуњења неког услова настало. Осим тога, сматрајући потраживање довољно одређеним и ако је одређен највиши износ који се осигурава залогом, закон пружа могућност заснивања максималне хипотеке.

Основна разлика између класичне хипотеке и максималне хипотеке јесте у томе да се код прве у јавну књигу уписује износ обезбјеђеног потраживања, док се код друге уписује највиши износ оптерећења. Максимална хипотека не ствара однос између хипотеке и појединачно обезбјеђеног потраживања, већ однос између хипотеке и обезбјеђеног

¹ Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

правног односа између хипотекарног повјериоца и дужника. Самим тим, она није акцесорна за обезбјеђена потраживања, већ за обезбјеђени правни однос, што је чини специфичном у односу на класичну хипотеку. Из тих разлога не треба занемарити значај одређених питања која нису уређена нашим позитивноправним прописима, јер „оскудна” одредба која уводи могућност њеног заснивања ни на једно од њих не даје конкретан одговор. С тога, ауторће у раду покушати одговорити на одређена отворена питања као што су: Да ли су камате и трошкови, а не само главница укључени у максимални регистровани износ, да ли се цесијом појединог потраживања обухваћеног максималном хипотеком заједно са њим преноси хипотека, да ли је уопште могуће максималну хипотеку стећи на основу поуздања у катастар непокретности, на који начин престаје максимална хипотека и да ли постоји могућност да максимална хипотека буде у форми нотарски обрађене исправе која испуњава све услове извршне исправе?

Кључне ријечи: Начело акцесорности; Хипотека; Максимална хипотека, Кредитна хипотека.

1. УВОД

Како би обезбједили своја потраживања повјериоци најчешће посежу за стварним (реалним) средствима обезбјеђења. На том пољу посебну улогу има заложно право као посебна врста осигурања намирена потраживања, која се огледа у чињеници да повјериочево потраживање обезбјеђује заложена ствар која представља сигурност да ће његова тражбина бити испуњена.

Од свих облика средстава стварног безбјеђења традиционално најважнији облик је залога непокретности, због трајности и велике вриједности непокретности које их чине врло погодним да буду средство обезбјеђења, поготово дугорочних кредита,² те је хипотека одувјек имала друштвено највећи значај од свих реалних права обезбјеђења. Правни оквир залоге уређује начин на који се вриједност непокретности ставља на располагање повјериоцу зарад обезбјеђења његовог потраживања, везу између потраживања и обезбјеђења.³ Та веза се испољава у чињеници да је хипотека споредноправо у односу на обезбјеђено потраживање, да је постојање потраживања услов за постојање овог права. Сходно на-

² М. Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd 2010, 14.

³ *Ibid.*

веденом једно од темељних начела хипотекарног права, односно заложног права уопште, је начело акцесорности (зависности).

Акцесорност је непосредна и на самом закону заснована једностранна зависност једног права, које се назива акцесорним или зависним, од другог права које се назива главним, при чему је циљ акцесорног права остварење циља главног права.⁴ Према томе, и разлог заснивања хипотеке, као заложног права на непокретним стварима, није да би она произвела самостално, непосредно дејство, већ је њено дејство одложено и евентуално за случај да главно право (потраживање) не буде реализовано.

Ипак, строго примјењено начело акцесорности несумњиво представља сметњу савременој тржишној привреди па су и у нашем законодавству, као и у другима, предвиђена одређена одступања од овог начела, прије свега ради постизања боље прометности, односно ради бољег остварења економске сврхе хипотеке.

У том смислу, један од важних изузетака од начела акцесорности заложног права односи се на могућност заснивања хипотеке за потраживања која још увијек нису настала. Ова могућност је изузетно значајна јер ствара претпоставке за убрзанији промет, а истовремено доприноси јачању економских и правних односа. И Закон о стварним правима Републике Српске⁵ нормира да се заложним правом може осигурати постојеће потраживање и потраживање које би протеклом неког времена или након испуњења неког услова настало.

Да би се одређено потраживање осигурало заложним правом, осим што мора бити новчано или одредиво у новцу, оно мора бити и одређено. Потраживање је довољно одређено уколико су одређени повјерилац и дужник, правни основ и висина или највиши износ до кога се осигурава залогом.⁶ Сходно овој одредби, видимо да, иако српски законодавац у позитивноправним прописима не познаје правно технички израз „максимална хипотека”, прописујући да се потраживање сматра одређеним и у случају када је одређен највиши износ обезбјеђеног потраживања, на посредан начинуводи могућност њеног заснивања.⁷

⁴ Д. Хибер, М. Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 86.

⁵ Закон о стварним правима Републике Српске –ЗСП, *Службени гласник РС*, 124/2008, 3/2009 –испр. 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 – одлука УС, 107/2019, 1/2021 – одлука УС и 119/2021, чл. 101, ст. 3.

⁶ ЗСП, чл. 101, ст. 2.

⁷ На сличан начини законодавац Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, индиректно уређује максималну хипотеку. Вид. Закон о регистру земљишта и права на земљиштина Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине –ЗРЗПЗ БДБиХ, *Службени гласник Брчко*

Међутим, с обзиром на великузаступљеностмаксималне хипотеке у пракси било би неопходно нормирати детаљније овај правни институт узимајући у обзир њене специфичности у односу на класичну хипотеку, посебно имајући у виду да наше право не познаје неакцесорна заложна права, што још више доприноси њеном значају.

Стога, ауторће у раду покушати да одговори на одређена отворена питања као што су: Да ли су камате и трошкови, а не само главница укључени у максимални регистровани износ, да ли се цесијом појединог потраживања обухваћеног максималном хипотеком заједно са њим преноси хипотека, да ли је уопште могуће максималну хипотеку стећи на основу поуздања у катастар непокретности, на који начин престаје максимална хипотека и да ли постоји могућност да максимална хипотека буде у форми нотарски обрађене исправе која испуњава све услове извршне исправе?

2. НАЧЕЛО АКЦЕСОРНОСТИ

Као једно од основних, темељних начела заложног права, принцип акцесорности у случају максималне хипотеке, има посебно значење.

Хипотека је заложно право на непокретностима које заложног повјериоца овлашћује да своје (одређено) потраживање, уколико оно не буде намирено о доспјелости намири из вриједности заложене непокретности,⁸прије повјерилаца који су хипотеку на истој непокретности стекли послје њега. Заснивајући хипотеку, заложни дужник повјериоцу ставља на располагање вриједност непокретности ради обезбјеђења његовог потраживања.

По правилу, хипотека не може да настане прије обезбјеђеног потраживања, већ само истовремено са тим потраживањем или послје њега. Посљедица тога би била да у случају да је ништав посао из којег проистиче потраживање које се обезбјеђује, ништава је и хипотека, ако је тај посао рушљив, његово поништење уједно значи и поништење хипотеке.⁹С обзиром да јеразлог ништавости хипотеке у овом случају посљедица чињенице да потраживање није ни настало, уколико би умјесто тог потраживања настало право које га надомјешта, право на накнаду, на износ осигурања и сл., хипотека траје и даље на том праву.¹⁰

дистрикта БиХ, 11/01, 1/03, 14/03, 19/07, 2/08, чл. 36, ст. 4.

⁸ ЗСП, чл. 139, ст. 1.

⁹ М. Живковић, (2015), 87.

¹⁰ ЗСП, чл. 141, ст. 7.

Обезбјеђујући своје потраживање хипотеком, хипотекарни повјерилац добија улогу привилегованог повјериоца, јер приликом наплате свог потраживања он има право да се намири из вриједности хипотековане непокретности прије обичних (хирограферних) повјерилаца, без обзира да ли је њихово потраживање настало прије или после права његовог потраживања. Међутим, с обзиром да на истој непокретности више повјерилаца може да заснује хипотеку, он има интерес и да своје право упише у катастар непокретности прије осталих повјерилаца, како би, у складу са правилом *prior tempore potior iure*, обезбједио првенство у наплати и у односу на доцније хипотекарне повјериоце, односно повјериоце који су хипотеку стекли после њега.

У том смисли, досљедно спроведено начело акцесорности у настанку према коме је нужно да хипотека настане истовремено са потраживањем које обезбјеђује, или после њега, дефинитивно би умањило значај овог средства обезбјеђења, посебно имајући у виду да залога у комерцијалном смислу није тек средство обезбјеђења кредита, већ прије свега средство прибављања кредита, те да економски посматрано залога претходи кредиту који обезбјеђује.¹¹ По правилу, банка код хипотекарног кредита кориснику кредита ставља на располагање кредитну суму тек након уписа хипотеке у регистар непокретности. Наравно, подразумијева се да упису претходи закључење пуноважног уговора о хипотеци између банке и корисника кредита или другог власника непокретности, а закључење овог уговора и конституисање хипотеке је у надлежности нотара.

Одступањем од начела акцесорности пружа се могућност хипотекарном повјериоцу да стекне ред првенства и прије него што је настало обезбјеђено потраживање. Тиме се заправо максимална хипотека чини флексибилнијим и сигурнијим средством обезбјеђења, те је овај прави институт дозвољен данас, не само код нас, већ и у другим правним системима.

Акцесорност у настанку, такође значи и да обезбјеђено потраживање у тренутку заснивања хипотеке мора да буде одређено. То је и логично, јер какво би обезбјеђење уопште и представљала хипотека ако не бисмо знали шта тачно обезбјеђује, односно који је износ дуга који постоји између нека два лица обезбјеђен? Ако бисмо пошли од тога да је

¹¹ „Тај вид акцесорности је још од римског права трпио изузетак који се састојао у могућности да се заложним правом обезбједи условно па чак и будуће потраживање”. Вид. М. Живковић, (2015), 87–88.

тако нешто уопште и замисливо то свакако не би била хипотека, већ неки облик неакцесорних права обезбјеђења, попут земљишног дуга, који је нормиран у Закону о стварним правима Федерације БиХ.¹²

Сматрајући потраживање довољно прописаним не само када је тачно одређена висина обезбјеђеног потраживања, већ и у случају када је дефинисан највиши износ потраживања (наравно уз услов да су одређени повјерилац, дужник и правни основ) ЗСП РС посредно дозвољава заснивање максималне залоге, која такође представља један од изузетака од начела акцесорности у настанку.

Максимална хипотека је хипотека којом се обезбјеђује, до највишег износа, једно или више потраживања чији укупан износ у тренутку склапања уговора о хипотеци није тачно одређен, али је одредив, тј. износ потраживања у збиру се не може тачно знати у тренутку њеног уговарања, па се зато одређује оквирни износ.¹³ Према томе, максимална хипотека је намјењена обезбјеђењу потраживања која произлазе из одређеног односа, али чији износ и рок доспјелости још увијек нису познати у тренутку заснивања хипотеке. То значи да потраживање мора потицати из конкретног правног односа који мора постојати у тренутку када је хипотека настала и да висина потраживања није утврђена у тренутку настанка хипотеке. Стога се у катастар непокретности не уписују подаци о појединачно обезбјеђеним потраживањима, као у случају фиксне хипотеке, већ одређени максимални износ који представља горњу границу до које јамчи оптерећена непокретност.¹⁴ У моменту конституисања максималне хипотеке успоставља се лабава веза између хипотеке и потраживања, односно максималног износа, али се касније одређењем потраживања та веза знатно појачава.¹⁵

¹² Закон о стварним правима Федерације БиХ –ЗСПО ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 66/2013, 100/2013 и 32/2019 –одлука УС, чл. 186, ст. 1 и 2. „Земљишни дуг је ограничено стварно право којим се оптерећује некретнина на начин, да се ономе у чију корист је некретнина оптерећена исплати одређени новчани износ из вриједности некретнине, а свагдашњи власник некретнине је то дужан трпјети. Земљишни дуг се може основати у корист власника оптерећене некретнине (власнички земљишни дуг) или у корист треће особе (невласнички земљишни дуг).

¹³ Z. P. Rašović, „Maksimalna (okvirna) hipoteka”, *ZbornikPravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 65, Zagreb 2015, 881.

¹⁴ M. Tratnik, „Različne vrste hipotek v slovenskem pravu“, *Pravni letopis, Lexpera, GV Založba*, Ljubljana 2008, 12.

¹⁵ Z. P. Rašović, 863.

Максимална хипотека се најчешће конституише у виду кауционе или кредитне хипотеке.¹⁶ Заложно право на непокретности којим се обезбјеђује будуће потраживање које би могло настати из одобреног кредита назива се кредитна хипотека, док се будуће потраживање које би могло настати из преузетог пословодства, јемства или накнаде штете назива кауциона хипотека.¹⁷ И у једном и у другом случају неопходно је у регистар непокретности уписати највиши (максимални) износ до којег заложно право та потраживања обезбјеђује. Према томе, иако се и на класичну хипотеку примјењује правило према којем се заложно право може успоставити ради обезбјеђења будућих потраживања, оно је практично важно посебно за максималну хипотеку.

Можемо рећи да је максимална хипотека примамљив институт банкарском пословању, као тзв. кредитна хипотека, имајући у виду да се хипотека нерјетко даје управо за обезбјеђење кредита, односно једног или више будућих потраживања банке из неког кредитног односа. Посебно је погодна за обезбјеђење оквирних уговора о кредиту или конткорентних кредита, код којих се банка обавезује да дужнику стави на располагање један или више кредита до одређеног износа, при чему није унапријед утврђено да ли ће и у којем обиму дозвољени оквир заиста бити и исцрпљен.¹⁸

Према неким подацима око 50% свих кредитних потраживања је у развијеним тржишним привредама обезбеђено заложним правима на непокретностима, док су преостала кредитна потраживања обезбеђена свим другим средствима обезбјеђења,¹⁹ па се хипотека сматра једним од најсигурнијих средстава осигурања уредног враћања кредита.

У прилог оправдања у одступању од начела акцесорности у настанку, не треба занемарити ни чињеницу да је у пракси однос банка–клијент често комплексан пословни однос који у себи садржи више различитих уговора, садашњих и будућих, због чега се уговара да хипотека обезбјеђује више банчаних потраживања, укључујући и будућа.²⁰ Реци-

¹⁶ Право Црне Горе познаје и тзв. континуирану хипотеку, као један од облика максималне хипотеке. Више о томе вид. Z. P. Rašović, 876–881.

¹⁷ J. Nakić, B. Ružička, „Kauciona hipoteka – što je to? (uz primjer iz sudske prakse)”, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, Vol. 9. No. 1–2, 2015, 102.

¹⁸ D. Softić, „Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine delegata i delegerenda”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo 2009, 372.

¹⁹ J. Шогоров, Вучковић, *Уговор о хипотекарном кредиту*, докторска дисертација, Београд 2012, 229.

²⁰ *Ibid.*, 183.

мо, кредитирање кроз контокорентни рачун претпоставља накнадни настанак одређених потраживања. Ипак, у случају плуралитета обезбјеђених потраживања она се морају јасно идентификовати, односно тачно прецизирати основи из којих та потраживања могу настати.²¹ Према томе, у случају „класичне” максималне залог, која представља извјесно одступање, али не и одустајање од начела акцесорности у потпуности, нису обезбјеђена конкретна потраживања већ правни однос, одређен јединственим правним основом, из којег проистичу обезбјеђена потраживања.²²

Хипотека представља најсигурније и честокоришћено средство обезбјеђења кредитних потраживања банака. Поред општег разлога које пружају сва заложна права, односно да је од тренутка стицања хипотеке повјерилац додатно обезбјеђен, јер му од тог тренутка за намирење потраживања не одговара само дужник лично, већ се поред тога успоставља непосредно привилеговано право намирења на тачно одређеној ствари дужника или трећег лица, постоје и други важни разлози.

По правилу, непокретности су велике вриједности што их чини погодним средством обезбјеђења приликом одобравања кредита са већим износима, а осим тога узимајући у обзир да се такви кредити дају на дужи временски период не треба занемарити ни чињеницу да су непокретности најстабилније у погледу очувања своје вриједности у дужем временском периоду, те да је тржишна вриједност непокретности позната и прилично стабилна.

Важну предност хипотеке даје и чињеница да се она стиче укњижбом тог права у јавну евиденцију,²³ те принцип публицитета који остварује на тај начин. Надаље, то би значило да свако ко намјерава да одобри кредит на основу хипотеке може да оствари увид у јавни регистар непокретности и на тај начин утврди да ли је конкретна непокретност већ оптерећена. С обзиром да је хипотека бездржавинско заложно право, њена предност за повјериоца огледа се и у томе што на њега не прелази обавеза чувања нити управљања непокретношћу.

Чињеница да у случају максималне залог највиши износ који је уписан у регистар непокретности није ни прави износ обезбјеђеног потраживања нити збир свих обезбјеђених потраживања, максимална хипотека представља одступање и од начела акцесорности у обиму. Из саме

²¹ *Ibid.*, 183.

²² М. Живковић, (2015), 91.

²³ ЗСП РС, чл. 149, ст. 1.

природе максималне залоге произлази да регистровани највиши износ не одговара износу обезбјеђеног потраживања, али наравно подразумева се да и у том случају заложни повјерилац може да из вриједности предмета залоге наплати само онолико колико износи обезбјеђено потраживање.²⁴ С друге стране, иако трећа лица не знају колико је стварно задужење дужника, већ само колико оно може бити, ипак и тај податак о највишем износу обезбјеђеног потраживања указује им на могућу оптерећеност дужника, што је од значаја за потенцијалног купца заложене непокретности, а и за евентуалне нове повјериоце који имају намјеру да обезбједе своје потраживање залогом на том предмету.²⁵

Иако је, по правилу, лични дужник истовремено и власник ствари која се даје у залог, односно лице које се налази у облигационом односу са повјериоцем обично то потраживање обезбјеђује на начин да заложити своју ствар, није забрањено да у залог да и ствар која се налази у својини неког другог лица (залога за туђи дуг). С друге стране, једно лице не може бити повјерилац обезбјеђеног потраживања, а друго лице ималац заложеног права. То је једна од главних посљедица акцесорности у припадању, те уколико се потраживање осигурано заложним правом, пренесе по било којем основу на друго лице, с тим се уједно преноси и то заложно право.²⁶ Из тог разлога овај вид акцесорности нерјетко се назива и „акцесорност у преношењу”.²⁷

Међутим, с обзиром да је максимална хипотека акцесорна према цјелокупном правном односу из којег може да настане више појединачних потраживања (не обезбјеђује само једно одређено потраживање) поставља се питање да ли се преносом појединог потраживања обухваћеног максималном хипотеком заједно са њим преноси хипотека? Ако се не преноси, на који начин евидентирати такве промјене у катастру непокретности? У вези с тим: Да ли је уопште могуће стећи максималну хипотеку на основу поуздања у регистар? О овоме детаљније у следећем дијелу овог рада.

Посебно право које припада хипотекарном повјериоцу јесте и право намирена, односно реализације хипотеке. С обзиром да хипотека, као ни друга заложна права није сама себи сврха, већ служи остварењу циља главног права, обезбјеђеног потраживања, питање њене реализације по-

²⁴ М. Живковић, (2015), 93–94.

²⁵ D. Medić, *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Banja Luka 2013, 49–50.

²⁶ ЗСП, чл. 156.

²⁷ М. Живковић, (2015), 95.

ставља се оног тренутка када заложни дужник не изврши своју обавезу или је дјелимично изврши. Према томе, суштина обезбјеђења плаћања хипотеком управо се налази у тој гаранцији која се стиче унапријед, за неку будућу ситуацију која се састоји у неизвршењу обавезе од стране дужника и у праву хипотекарног повјериоца да намири потраживање баш из те заложене непокретности.²⁸

Акцесорност хипотеке у реализацији заправо би значила да се хипотека може принудно остварити само ако је могуће принудно остварити обезбјеђено потраживање, односно да хипотекарни повјерилац своје право првенственог намирења може вршити само ако је захтјев према личном дужнику доспио и основан.²⁹ Од овог облика акцесорности постоје многобројни изузеци (нпр. могућност савјесног стицања хипотеке, случај умањења потраживања у стечају, случај застарјелости потраживања...³⁰), али посматрајући институт максималне хипотеке од посебног значаја је питање њене непосредне извршивости, односно да ли постоји могућност да максимална хипотека буде у форми нотарски обрађене исправе која испуњава све услове извршне исправе, имајући у виду које то предности има и за хипотекарног повјериоца и за дужника. И о овом питању биће дат приказ у сљедећем дијелу рада.

Специфичности максималне хипотеке долазе до изражаја и у случају њеног престанка, јер она није акцесорна за обезбјеђена потраживања, већ за цјелокупан правни однос. По општем правилу, у складу са начелом акцесорности у престанку, престанком обезбјеђеног потраживања престаје и хипотека, односно престанком обезбјеђеног потраживања стварају се услови за њен коначан престанак брисањем из јавног регистра. Примјењено на максималну хипотеку то би значило да она престаје тек када престане цјелокупан повјерилачко-дужнички однос, те ни чињеница да су сва потраживања која су њом обезбјеђена отплаћена у датом тренутку, није разлог за њен престанак.

3. ОТВОРЕНА ПИТАЊА

Анализирајући институт максималне хипотеке, као један од изузетака од начела акцесорности, итекако можемо примјетити да су разлике

²⁸ D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbjeđenja tražbine prema dužniku*, Beograd 2004, 139.

²⁹ M. Živković, (2010), 139.

³⁰ *Ibid.*, 141.

између ње и класичне хипотеке више него очигледне. Сходно томе овај дио рада посвећен је најактуелнијим питањима која се односе на овај институт и која су у већини законодавстава и даље отворена, а и тамо гдје су уређена нерјетко се нуде различита рјешења.

У складу са позитивноправним прописима који регулишу материју хипотеке у Републици Српској, као и Брчко Дистрикту БиХ могуће је засновати максималну хипотеку, док се у Федарацији БиХ *delegelata*не предвиђа таква могућност, него је увођење овог института било предвиђено у Нацрту закона о стварним правима.³¹ Ни важеће право Републике Србије не познаје је изричито, али како закључује професор М. Живковић пракса је и даље познаје, те упућује на нацрт измјена ЗКН који предвиђа да ће се у том случају уписати онолико хипотека колико има обезбјеђених потраживања и да ће све такве хипотеке имати исти ранг.

С друге стране, позитивноправним прописима Словеније изричито је предвиђена максимална хипотека и посебан члан је посвећен овом правном институту³², а предвиђа је и законодавство Црне Горе³³ и Хрватске³⁴. Иако о појединим питањима нуде различита рјешења, разматрајући аргументе једне и друге стране за њихово оправдање, неспорно је да то значајно може утицати и на приједлоге како *delegeferenda*уредити максималну хипотеку у праву Републике Српске.

3.1. Да ли су камате и трошкови, а не само главница укључени у максимални регистровани износ?

С обзиром да је главна особина максималне хипотеке да она није акцесорна за обезбјеђена потраживања, већ за обезбјеђени правни однос, из којег може да настане више појединачних потраживања, поставља се и питање да ли су камате и трошкови, а не само главница укључени у максимални регистровани износ.

Пођемо ли од тога да се у случају заснивања класичне хипотеке у катастар непокретности уписују подаци о висини потраживања, његовој

³¹ Више о томе вид. D. Softić, 369–397.

³² Стварноправни законик Словеније – СПЗ, *Урадни лист РС*, 87/02, 91/13 и 23/20, чл. 146, ст. 1, 2, 3 и 4.

³³ Закон о својинско-правним односима Црне Горе – ЗСПО, *Службени лист Црне Горе*, бр. 19/2009, чл. 316–317.

³⁴ Закон о земљишним књигама Хрватске – ЗЗМ, *Народне новине Републике Хрватске*, 63/19, 128/22 и 155/23, чл. 40, ст. 4.

доспјелости, али и каматној стопи, а да с друге стране, код максималне хипотеке износ и рок доспјелости потраживања нису познати у тренутку њеног заснивања, због чега се и уписује највиши износ до којег је непокретност оптерећена, то би наводило на закључак да он аутоматски обухвата истовремено и камате и трошкове. То се чини и најлогичнијим рјешењем јер у моменту настанка максималне хипотеке још увијек није тачно утврђен износ потраживања који ће се заправо дуговати и помоћу којег би се камате и рачунале. Код класичне хипотеке у катастар непокретности је уписан тачан износ потраживања, па се камате обрачунавају у односу на тај износ. Осим тога, супротно рјешење би нарушило и смисао одредбе која омогућава да се заснује максимална хипотека, јер њен упис не би пружао никакву гаранцију трећим лицима да могу да се поуздају у уписано оптерећење непокретности. Евентуално, то питање би се могло ријешити и тако да се у истом рангу са основном максималном хипотеком упише посебна максимална хипотека за споредна потраживања, што је став широко заступљен у аустријској теорији и пракси³⁵, иако сматрам да начин на који је то питање регулисано словеначким законом најприхватљивије и за наше право.³⁶

Да ли се цесијом појединог потраживања обухваћеног максималном хипотеком заједно са њим преноси хипотека?

За пренос потраживања обезбјеђених хипотеком, опште је правило да се преносом обезбјеђеног потраживања преноси и хипотека. Међутим, природа максималне хипотеке је да штити читав правни однос, а не само појединачна потраживања која из овог односа проистичу. С тога се поставља питање да ли се приликом преноса једног или више потраживања која проистичу из тог односа преноси и максимална хипотека? Какве би биле посљедице таквог преноса?

Ако бисмо пошли од тога да се приликом преноса једног или више потраживања која проистичу из истог правног односа преноси и максимална хипотека, шта би се онда десило са обезбјеђеним потраживањима која хипотекар није пренио? Одговор се сам намеће, хипотекар би изгубио обезбјеђење потраживања која није пренио. Према томе, ово рје-

³⁵ A. Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Z. Auflage, E. Band, Z. Hälfte: Das Sachenrecht, Wien 1957, 425–426. F. Čulinović, op. cit., 75, tačka 22. Navedenoprema: D. Softić, 385.

³⁶ Словеначки Стварноправни законик изричито предвиђа да регистровани максимални износ максималне хипотеке покрива главницу, као и камате и трошкове. Вид. СПЗ, чл. 146, ст. 3.

шеће свакако не би било у складу са природом овог правног института, јер максимална хипотека није акцесорна у односу на појединачно обезбјеђено потраживање већ у односу на сва потраживања која произлазе из једног правног односа.

Наравно, то не значи да појединачна потраживања која произлазе из таквог односа не могу бити предмет преноса, већ уколико се пренесу постају необезбјеђена и њиховим уступањем не долази до преноса максималне хипотеке. Тек у случају уступања цјелокупног правног положаја, било на страни повјериоца било дужника дошло би и до преноса максималне хипотеке.³⁷

На овом мјесту важно је поменути да је у хрватском праву могуће дјелимично претварање максималне хипотеке у фиксну хипотеку, што је практично важно управо у случајевима када хипотекарни дужник жели да уступи појединачна потраживања заједно са хипотекарним обезбјеђењем. Промјена максималне хипотеке у фиксну уписује се у земљишне књиге на основу земљишнокњижне исправе, којом стране утврђују висину и рок доспјелости потраживања из правног односа обезбјеђеног максималном хипотеком, с тим да износ овог потраживања не смије бити већи од укупног износа максималне хипотеке и да нова фиксна хипотека има исти ранг као првобитна максимална.³⁸ С обзиром да у нашем праву оваква могућност није изричито забрањена, могло би се закључити да би било могуће да у оваквим случајевима и код нас дође до „конверзије” дијела максималне хипотеке у фиксну, али би свакако већој извјесности у правним односима допринијело да се то изричито предвиди.

Осим тога, имајући у виду да хипотека, као заложно право на непокретности, настаје уписом у катастар непокретности, односно у земљишну књигу тамо гдје катастар непокретности није установљен, поставља се питање да ли је могуће максималну хипотеку стећи на основу поуздања у регистар? Неспоран је значај овог начела чији је превасходан циљ управо заштита трећих савјесних лица.

Начелопоуздањемјерљиво доприноси правној сигурности у промету непокретности, јер савјесном лицу гарантује да ће стећи право, односно да ће право стећи без терета, ако из регистра произлази да је претходник овлашћен на располагање, односно да терета нема.³⁹ Међу-

³⁷ *Ibid.*, 390.

³⁸ Више о томе вид. М. Tratnik, 13.

³⁹ М. Живковић, *Право регистра непокретности, Општи део*, Београд 2021, 164.

тим, оно што је специфично за максималну хипотеку јесте да њен упис не захтијева тачан износ конкретног потраживања које се обезбјеђује, а које мора бити у границама највишег износа, јер њено постојање не претпоставља постојање било ког одређеног потраживања већ само могућност да обезбјеђена потраживања настану. Другим ријечима, из катастра непокретности се не види да ли су уопште и у којој висини настала потраживања, односно постојање максималне хипотеке у катастру непокретности не значи нужно и да постоји потраживање које је њом обезбјеђено, већ да потраживање може настати у будућности. Та чињеница ствара и неизвјесност приликом активирања хипотеке и продаје непокретности, па трећа лица не могу са сигурношћу знати која је стварна вриједност обезбјеђених потраживања овом хипотеком у тренутку њеног активирања, што може створити несигурност правном промету.⁴⁰ Слиједом тога, као логичан закључак се намеће да стицање максималне хипотеке поуздањем у катастар непокретности није могуће.

3.2. Да ли максимална хипотека може да буде у форми нотарски обрађене исправе која испуњава све услове извршне исправе?

Као једно од најактуелнијих средстава обезбјеђења, хипотека своју праву вриједност показује у фази њене реализације, односно у оном моменту када дужник по доспјелости потраживања не измири дуг према повјериоцу. Наравно, циљ повјериоца је да обезбјеђено потраживање брзо и ефикасно намири.

Имајући у виду да у случају када повјерилац има непосредно извршну хипотеку не мора прво да води парнични поступак, како би изговорио судску одлуку на основу које би, као извршне исправе, покренуо извршни поступак у којем би се коначно намирио, неспорно је да тиме добија велике погодности узимајући у обзир да парнични поступци неријетко трају предуго. С друге стране, непосредна извршност има предности и за дужника, јер чим повјерилац има сигурност да своје право може остварити у свако доба, он је спремнији да дужнику дозволи одгоду плаћања или да му на други начин понуди лакше услове.⁴¹

Иако је неспорно да се класична хипотека заснива у форми нотарски обрађене исправе која испуњава све услове извршне исправе, због природе максималне хипотеке код које није извјесно колика је тачно ви-

⁴⁰ М. Јеремић, *Престанак хипотеке*, докторска дисертација, Нови сад 2022, 144.

⁴¹ D. Softić, 381.

сина потраживања, питање је да ли и под којим условима би могла да се заснује као непосредно извршна.

Као посебна врста извршне исправе, нотарски обрађене исправе су извршне уколико су сачињене у прописаној форми и ако су састављене о неком праву потраживања, које има за предмет плаћање неке одређене суме новца или давање одређене количине других замјенљивих ствари или вриједносних папира, а дужник је у исправи пристао на извршење без одгађања.⁴² На основу нотарски обрађене исправе којом је у јавном регистру непокретности уписана хипотека на одређеној непокретности, може се, у сврху плаћања обезбјеђеног потраживања, непосредно након доспјелости, захтијевати извршење на тој непокретности, ако је дужник на ово изричито пристао.⁴³

Из наведене одредбе видимо да се хипотека мора засновати у форми непосредно извршне, односно нотарски обрађене извршне исправе уколико испуњава предвиђене услове. Међутим, када је у питању максимална хипотека један од тих услова није испуњен (тачно одређени износ), јер приликом њеног заснивања још увијек није извјесна тачна висина потраживања које треба испунити. Максималан износ, који је одређен уговором и који је такође уписан у регистар, није ни прави износ обезбјеђеног потраживања нити збир свих обезбјеђених потраживања, те пошто се у овом случају приликом оснивања хипотеке не зна колики ће бити тај износ, када ће и да ли ће уопште настати, дужник не може дати сагласност на постојање потраживања и његову непосредну извршност.⁴⁴ Слиједом тога, према важећем праву максималну хипотеку није могуће засновати као непосредно извршну што је, можемо рећи, и њен највећи недостатак.

Ипак, требало би ово питање сагледати и из другог угла. Неспорно је да максимална хипотека не може да се заснује као непосредно извршна све док је намијењена да обезбједи будућа или потенцијална потраживања, али таква тврдња се може послије промијенити у постојећу, што наравно битно мијења услове.⁴⁵ По настанку потраживања, нема сметњи да се потраживање које спада у обезбјеђење утврди у форми нотарски обрађене извршне исправе.

⁴² Закон о нотарској служби Републици Српској – ЗН, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/2021, чл. 76, ст. 1.

⁴³ ЗН, чл. 76, ст. 2.

⁴⁴ М. Tratnik, 16.

⁴⁵ М. Juhart, „Hipoteka in neposredna izvršljivost“, *Zbornik Instituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravni letopis*, Ljubljana 2008, 32.

Исто тако, пођемо ли од заснивања класичне хипотеке у форми нотарски обрађене исправе, а узимајући у обзир наведени услов као сметњу за заснивање максималне хипотеке као непосредно извршне, можемо примјетити да, по правилу, и код класичне хипотеке износ који је уписан приликом сачињавања нотарске исправе неће бити једнак износу обезбјеђеног потраживања, који ће дужник по доспјелости морати да плати. Према томе, увијек је потребно да се утврди колико износи обезбјеђено потраживање.

С друге стране, треба узети у обзир колико се често максимална хипотека употребљава у пракси, као и потребе правног промета, а посебно банака које у свом пословању више цијене непосредно извршиве хипотеке.

Иако износ обезбјеђеног потраживања није тачно одређен, узимајући у обзир чињеницу да се приликом заснивања максималне хипотеке као један од услова захтијева да се у јавни регистар упише максималан износ обезбјеђеног потраживања, не можемо рећи ни да је тај износ у потпуности неодређен. Он би могао да представља једну смјерницу, један оквир у односу на који би се максималној хипотеци могла признати извршност. Наравно, све уз услов да дужник да сагласност да потраживање које спада у оквире обезбјеђене максималном хипотеком подлијеже непосредној извршности, односно ако је дужник у исправи пристао на извршење без одлагања.

У интервјуу који сам обавила са више нотара из Републике Српске сазнала сам да се „реализација” максималне хипотеке у извршном поступку успјешно спроводи. У случају неиспуњења обавезе о доспјелости, хипотекарни повјерилац, односно тражилац извршења, може тражити износ који је означен као максималан. Ако дужник из материјално-правног односа није сагласан са назначеним дугомонће изјавити приговор. Очигледно да не постоји никаква дилема у вези питања непосредне извршности максималне хипотеке, већ би рјешења која су „заживјела” у судској пракси закон само требао преточити у правну норму, односно требало би само прецизирати законски оквир.

3.3. На који начин престаје максимална хипотека?

Једно од интересантних питања тиче се престанка максималне хипотеке. Генерално, хипотека као заложно право није сама себи циљ, већ је сврха њеног постојања да пружи већу гаранцију повјериоцу да ће његово потраживање бити исплаћено, односно служи за обезбјеђење

потраживања. Зато и кажемо да је хипотека акцесорно право у односу на потраживање које обезбјеђује, те је логично да је престанком тог потраживања остварен и циљ због којег је установљена, будући да је испуњењем хипотекарног дуга задовољен интерес повјериоца. Наравно, све то уз услов да је упис њеног престанка спроведен у катастру непокретности.

Међутим, иако и у случају максималне хипотеке важе општа правила о престанку хипотеке, чињеница да она није акцесорна за обезбјеђена потраживања већ за одређени правни однос из којег настају потраживања, чине је посебном и када говоримо о њеном престанку. С обзиром на њену везаност за основни правни однос, намирење потраживања чак и у висини максималног износа не доводи увијек до престанка максималне хипотеке. Нпр. у случају да је одобрени поново искористиви кредит тренутно исплаћен, али треба да буде поново искориштен, онда и даље на основу постојећег правног односа оптерећење непокретности остаје нетакнуто иако привремено не постоје отворена потраживања.⁴⁶

Пошто је максимална хипотека акцесорна према оквирном односу, а не према потраживањима која из њега произлазе, омогућава обезбјеђење кредитних линија, замјену обезбјеђеног потраживања, повећање кредита и сл., наравно уз услов да сва потраживања потичу из истог правног односа и да су у границама уписаног максималног износа који ново потраживање не смије прекорачити.⁴⁷ Другим ријечима, ако се у одређеном тренутку сва потраживања која су настала у обезбјеђеном правном односу у потпуности отплате, максимална хипотека пружа могућност да се „испражњени простор” попуни новим потраживањима ако не прелазе обезбјеђени максимални износ.

Према томе, све док постоји правни однос из кога могу да настану нова потраживања, неће доћи до престанка максималне хипотеке. У том смислу потребно је направити разлику између престанка обавезе, односно потраживања, од престанка правног односа, односно уговора из којег проистиче обавеза, јер исплата потраживања па и у максималном износу није довољан основ за престанак хипотеке.⁴⁸ Она постоји све док између хипотекарног повјериоца и дужника постоји обезбјеђени однос из којег могу да настану нова потраживања. Тек када дође до престанка основног правног односа, у складу са начелом акцесорности, престаје и

⁴⁶ D. Softić, 386.

⁴⁷ *Ibid.*, 387.

⁴⁸ М. Јеремић, 147.

максимална хипотека, односно имамо правни основ за њен престанак и брисање из јавног регистра.

4. ЗАКЉУЧАК

Начело акцесорности је примарно и једно од битних начела хипотекарног права. С обзиром да је основна сврха конституисања хипотеке обезбјеђење потраживања, начело акцесорности значи да хипотека зависи од обезбјеђеног потраживања и дијели његову правну судбину. Међутим, у случају максималне хипотеке, начело акцесорности има посебно значење. Разлог се налази у томе што максимална хипотека не ствара однос између хипотеке и појединачно обезбјеђеног потраживања, већ однос између хипотеке и обезбјеђеног правног односа између хипотекарног повјериоца и дужника. Самим тим, она није акцесорна за обезбјеђена потраживања, већ за обезбјеђени правни однос. Та одлика је чини специфичном у односу на класичну хипотеку и из ње произлазе и све остале посебности овог правног института. Аутор у раду покушава дати одговор на нека отворена питања везана за овај правни институт, која још увијек нису уређена нашим позитивноправним прописима, а о којима би законодавац требао да размисли приликом будућих измјена и допуна ЗСП.Додатан разлог који би то оправдао јесте и чињеница да наше право још увијек не познаје неакцесорна права обезбјеђења, те да је данас хипотека једно од најчешће коришћених и најсигурнијих средстава обезбјеђења, посебно у случају кредитног финансирања, а нарочито је погодна за правне односе између привредних субјеката гдје постоји потреба за више кредита у дужем временском периоду.

За почетак, требало би предвидјети да се максимална хипотека у катастар непокретности уписује са изричитом назнаком да се ради о максималној хипотеци као што је то предвиђено у словеначком и хрватском Стварном праву.

Једно од основних обиљежја максималне хипотеке је да је обавеза хипотекарног повјериоца додатно ограничена на максималан износ утврђен при њеном заснивању, који представља највиши износ до којег непокретност гарантује за обезбјеђена потраживања. Ту се отвара питање да ли тај износ укључује поред главнице и камату и трошкове њене наплате. Најлогичнијим се чини да бисмо у овом случају требали да слиједимо ријешење које нуди словеначки Стварноправни законик који изричито предвиђа да регистровани максимални износ максималне хипотеке покрива главницу, као и камате и трошкове.

Осим тога, како се из катастра непокретности не може видјети да ли су уопште и у којој висини потраживања обезбјеђена максималном хипотеком настала, односно постојање максималне хипотеке у катастру непокретности не значи нужно и да постоји потраживање које је њом обезбјеђено, већ да потраживање може настати у будућности, стицање максималне хипотеке поуздањем у катастар непокретности није могуће.

За пренос потраживања обезбјеђених хипотеком, опште је правило да се преносом обезбјеђеног потраживања преноси и хипотека. Максимална хипотека чини изузетак од овог правила, јер да би дошло до њеног преноса мора доћи до уступања цјелокупног правног положаја. У том контексту, требало би размотрити могућност да се и код нас прихвати рјешење прихваћено у хрватском праву и да се дозволи дјелимично претварање максималне хипотеке у фиксну. То је практично важно управо у случајевима када хипотекарни дужник жели да уступи појединачна потраживања заједно са хипотекарним обезбјеђењем.

Посебно право које припада хипотекарном повјериоцу јесте и право намирења, односно реализације хипотеке. У вези с тим, поставља се питање да ли постоји могућност да максимална хипотека буде у форми нотарски обрађене исправе која испуњава све услове извршне исправе? Иако позитивноправни прописи не садрже изричиту одредбу о томе, у пракси не постоји никаква дилема у вези питања непосредне извршности максималне хипотеке. Иако износ обезбјеђеног потраживања није тачно одређен, он је ипак одредив и наведен у нотарској извршној исправи и могао би да представља оквир у односу на који тражилац извршења подноси приједлог за извршење.

Конкретно, то питање је ријешено на начин да у случају неизмирења обавезе о доспјелости, хипотекарни повјерилац, односно тражилац извршења, може тражити износ који је означен као максималан. Дужник из материјалноправног односа може путем приговора захтијевати да суд тачно утврди дуговани износ, уколико није сагласан са првобитно назначеним.

На крају, не би требало да буде споран начин на који престаје максимална хипотека, јер сходно њеној природи она материјалноправно престаје тек престанком основног односа из којег настају потраживања која су њиме обухваћена. Међутим, у вези с тим требало би детаљније регулисати питање њеног располагања, како би се повјериоцу могао понудити бољи ред настанка, односно ред првенства хипотеке.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Juhart, Miha, „Hipoteka in neposredna izvršljivost“, *Zbornik Instituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Pravni letopis, Ljubljana* 2008;
2. Klepić, Dragan, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku*, Beograd 2004;
3. Medić, Duško, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Banja Luka 2013;
4. Nakić, Jakob, Ružička, Bruno, „Kauciona hipoteka – što je to? (uz primjer iz sudske prakse)“, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, Vol. 9. No. 1–2, 2015;
5. Rašović, P. Zoran, „Maksimalna (okvirna) hipoteka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 65, Zagreb 2015;
6. Softić, Darja, „Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine deleg elataidelegerenda“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo 2009;
7. Tratnik, Matjaž, „Različne vrste hipotek v slovenskem pravu“, *Pravni letopis, Lexpera, GV Založba*, Ljubljana 2008;
8. Živković, Miloš, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd 2010;
9. Живковић, Милош, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015;
10. Живковић, Милош, *Право регистра непокретности, Општи део*, Београд 2021;
11. Јеремић, Марина, *Престанак хипотеке*, докторска дисертација, Нови сад 2022;
12. Шогоров, Вучковић, Јелена, *Уговор о хипотекарном кредиту*, докторска дисертација, Београд 2012.

Правни извори

1. Закон о стварним правима Републике Српске, *Службени гласник РС*, 124/2008, 3/2009 – испр. 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 – одлука УС, 107/2019, 1/2021 – одлука УС и 119/2021;

2. Закон о регистру земљишта и права на земљиштима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ*, 11/01, 1/03, 14/03, 19/07, 2/08;
3. Стварноправни законик Словеније, *Урадни лист РС*, 87/02, 91/13 и 23/20;
4. Закон о својинско-правним односима Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 19/2009;
5. Закон о земљишним књигама Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске*, 63/19, 128/22 и 155/23;
6. Закон о нотарској служби у Републици Српској – ЗН, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/2021;
7. Закон о стварним правима Федерације БиХ – ЗСПО ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 66/2013, 100/2013 и 32/2019 – одлука УС.

Ivana Lazarević, ma⁴⁹

MAXIMUM MORTGAGE AS AN EXCEPTION TO THE PRINCIPLE OF ACCESSORY OF LIEN LAW

Summary: The basic function of a lien is to serve as a security for a claim as the main right, and the lien is accessory to the secured claim. Viewed from the perspective of the origin of the lien, this would mean that it cannot arise before the secured claim, that is, it can arise either simultaneously with that claim or after it. However, such a strictly applied principle of accessory would certainly not meet the economic needs of society, and since Roman law this type of accessory has suffered an exception consisting in the possibility of securing a conditional or even future claim by means of a lien. This exception is also referred to in the ZSP of the Republika Srpska, which stipulates that a lien may secure an existing claim and a claim that would arise over time or after the fulfillment of a certain condition. In addition, considering the claim to be sufficiently certain and if the highest amount secured by the lien is determined, the law provides the possibility of establishing a maximum mortgage.

⁴⁹ Senior Assistant, Faculty of Law, University of East Sarajevo

The main difference between a classic mortgage and a maximum mortgage is that in the former, the amount of the secured claim is entered in the public ledger, while in the latter, the highest amount of the encumbrance is entered. A maximum mortgage does not create a relationship between the mortgage and the individually secured claim, but rather a relationship between the mortgage and the secured legal relationship between the mortgagee and the debtor. Therefore, it is not accessory to secured claims, but to the secured legal relationship, which makes it specific in relation to the classic mortgage. For these reasons, the importance of certain issues that are not regulated by our positive legal regulations should not be ignored, because the “meager” provision that introduces the possibility of basing it on any of them does not provide a concrete answer. Therefore, the author will attempt to answer certain open questions in the paper, such as: Are interest and costs, and not just the principal, included in the maximum registered amount, does the assignment of an individual claim covered by the maximum mortgage transfer the mortgage along with it, is it possible to acquire a maximum mortgage based on trust in the real estate cadastre, how does a maximum mortgage terminate, and is it possible for the maximum mortgage to be in the form of a notarized document that meets all the requirements of an enforceable document?

Keywords: *Principle of accessoryity; Mortgage; Maximum mortgage, Credit mortgage.*

III КАТЕДРА

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

**AFFECTIO SOCIETATIS
И ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА**

Мирко Васиљевић¹

Резиме: Појам *affectio societatis* у праву привредних друштава изазива доста контроверзи. Најпре, у погледу уопште постојања као института. Затим, ако се и признаје његово постојање различито се гледа и у правној теорији и у судској пракси на његову улогу. О овом институту највише је расправљала француска правна доктрина и судска пракса, аналогно и расправи о институту каузе, док оба института не препознају друга релевантна права, попут немачког, британског, швајцарског. Српска регулатива привредних друштава не препознаје институт *affectio societatis* као именовани институт, али се отвара питање да ли се он може претпоставити да постоји, нешто попут института каузе, кога истина српски законодавац именује али не захтева његово изричито навођење у уговору с обзиром на то да се може претпоставити (оборива претпоставка) да постоји и да има значај општег услова за закључење уговора, попут других таквих општих услова (способност уговорних страна, сагласност изјављених воља уговорача, допуштен и дозвољен предмет, кауза-основ и прописана или уговорена форма).

У овом раду расправља се питање појмовног одређења установе *affectio societatis* и констатује да она има субјективно одређење (заједничка воља закључења уговора о оснивању привредног друштва и стицања статуса члана тог друштва) и објективно одређење (улагање одређеног улога за вршење одређене делатности ради стицања добити

¹ Академик АНУРС, професор емеритус, Универзитет у Београду – Правни факултет

уз заједнички ризик). На овим основама констатује се да је ово различит институт од других општих услова за закључење уговора, посебно од института сагласности изјављених воља уговарача и института каузе. Најзад, закључује се да се постојање *affectio societatis* у уговору о оснивању привредног друштва може и претпоставити утврђивањем његовог и субјективног и објективног сегмента (утврђивање заједничке намере уговарача) и, уједно, наглашава важност постојања због вишеструке улоге.

Улога института *affectio societatis* може се синтетизовати у три поља. Прво, разграничење привредног друштва од других организационих форми које могу имати и природу неког друштва, али не привредног, правно ваљаног (грађанско друштво, друштво креирано као фактичко, тајно друштво) или не (фиктивно друштво, постојање фиктивног члана, симуловани уговор). Друго, разграничење уговора о привредном друштву од других уговора који могу имати неке елементе овог друштва али не и све (уговор о раду, уговор о кредиту или зајму, уговор о депозиту, уговор о конзорцијуму, уговор главног извођача и подизвођача и слично). И, треће, разграничење привредног друштва од других организационих форми (економска интересна групација, удружење, пословно удружење, задруга, задужбина, синдикат банака, пул осигурања и слично). Овом се институту *affectio societatis* практично даје статус изједначен са природом других општих услова за закључење уговора о привредном друштву и других битних елемената овог уговора, чији изостанак може водити и ништавости овог уговора и на његовој основи насталог привредног друштва, института који је иначе крајње редак у праву привредних друштава због правне сигурности свесних трећих лица која послују са друштвом.

Кључне речи: појам *affectio societatis*, улога *affectio societatis*, привредно друштво, уговор о оснивању друштва, ништавост друштва.

1. Законски оквир

Питање појмовног одређења института *affectio societatis* и његовог значаја за уговор о оснивању привредног друштва и привредно друштво у сваком случају захтева као полазиште законско одређење. За ове потребе релевантан је и матичан Закон о привредним друштвима Србије.² На

² Закон о привредним друштвима Србије – ЗОПД, Службени гласник РС, бр. 36/11,

првом месту одређење појма привредног друштва: „Привредно друштво је правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити“.³ На другом месту одређење форме оснивачког акта: „Оснивачки акт...сачињава се у писаној форми и региструје у складу са законом о регистрацији“.⁴ Коначно, одређење института ништавости оснивачког акта: „Оснивачки акт ништав је ако:

- 1) нема форму прописану овим законом или
- 2) је делатност друштва која се наводи у оснивачком акту супротна принудним прописима или јавном поретку или
- 3) не садржи одредбе о пословном имену друштва, улозима чланова, износу основног капитала или претежној делатности друштва или
- 4) су сви потписници у тренутку закључења оснивачког акта, били правно или пословно неспособни.

Осим из разлога прописаних у ставу 1. овог члана, оснивачки акт не може се огласити ништавим по другом основу.“

Појмовно одређење привредног друштва српског компанијског закона, као и одређење форме оснивачког акта друштва и, коначно, одређење битних елемената овог оснивачког акта који једини имају „подобност“ да произведу као правну последицу, у случају непостојања неког од њих, ништавост тог акта, отварају важно, не само теоријско правно, већ и практично правно, питање правне релевантности у овом смислу института *affectio societatis* у српском компанијском праву, који се као такав и са одређеним правним дејством појмовно не појављује у, за ове потребе, релевантном српском компанијско правном извору права. Сличне дилеме отварање су и у француској правој теорији⁵ и судској пракси, с обзиром на то да релевантни француски правни извори такође не именују изричито институт *affectio societatis* као битни елемент уговора о оснивању трговачког (привредног) друштва.⁶ Реч је о францус-

99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19, 109/21.

³ ЗОПД, члан 2.

⁴ ЗОПД, члан 11. став 8.

⁵ Вид. Ivan Tchotourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Paris 2011; Vincent Cuisinier, *L'affectio societatis*, Paris 2008; Zdzislaw A. Neubauer, *L'affectio societatis dans la société de capitaux*, thèse, Lille 1994.

⁶ За ове потребе француска правна теорија (и судска пракса) реферишу се на неке одредбе *Code civil-a*: „Друштво се оснива од стране два или више лица који сагласно уговарају да изврше

ком Грађанском закону (Code civil), који дефинишући у једној одредби појам трговачког друштва то доиста не садржи, али истовремено у другој одредби дефинише циљну функцију трговачког друштва из које несумњиво следи да овај институт претпоставља.⁷

2. Појам *affectio societatis*

Појмовно одређење института *affectio societatis*, као и његову правну релевантност за уговор о оснивању привредног друштва и квалификацију привредног друштва, правна теорија не чини на униформан начин, те се дефиниција овог појма не може дати на сигуран и јединствен начин. Оно што је извесно то је да је овај латински појам творевина правне теорије и судске праксе (без униформног одређења и са богатством поимања, укључујући и негирање сврсисходности) и у том смислу има своју оригиналност.⁸ О овом институту највише је писала француска правна теорија, настојећи да у релевантној правној регулативи нађе извор овог института. За ове потребе најчешће се посеже за одредбом члана 1833. француског Грађанског законика (Code civil), која прописује да се „друштво оснива у заједничком интересу чланова“, при

одређени подухват имовином или радом у циљу деобе добити или уштеде трошкова који из тога настану.

Друштво се може основати, у случајевима предвиђеним законом, и актом воље само једног лица.

Чланови друштва се обавезују да сnose губитке друштва“ (article 1832).

„Друштво може обављати законом дозвољену делатности и бити основано у заједничком интересу чланова.

Друштвом се управља у интересу друштва, узимајући у обзир питања друштва и животне средине своје делатности“ (article 1833).

„Ништавост друштва може настати само по основу повреде одредаба члана 1832...и одредаба члана 1833. или код постојања неког од основа ништавости уговора уопште. Свака одредба која је супротна императивним одредбама овог дела-насловa (titre), чија повреда није санкционисана ништавошћу друштва, сматра се да није ни написана.

Ништавост аката или одлучивања органа друштва може настати само по основу повреде императивних одредаба овог дела-насловa, изузимајући последњу алинеју члана 1833, или неког основа ништавости уговора уопште“ (article 1844-10).

⁷ Упор. Code civil (1804, 2022), article 1832 – 1833 i article 1844-10; тако и: Code de commerce (1807, верзија на снази 2025), article 235-1. Више: Ivan Tchotourian, 165-179.

⁸ Вид. Patrick Serlouten, „L’ affectio societatis, une notion à revisiter“, Mélanges en l’honneur de Yves Guyon, Paris 2003, 1007-1017.

чему део теорије налази да је управо тај „заједнички интерес“ синоним појма *affectio societatis*, док други под овим појмом виде „намеру (вољу) удруживања“.⁹ „Заједнички интерес“ се одређује као интерес целине чланова да повлаче из колективне добити индивидуалну добит. Овај интерес конституишу два елемента: стварање профита друштва и његова подела међу члановима на равноправној основи. У том смислу сматра се да постоји „заједница интереса чланова“, у којој се налази њихов интерес, тако да постоји близак однос „заједничког интереса“ и „интереса друштва“.¹⁰ Ипак, и поред ове блискости и, по неким гледањима, чак и асимилације „заједничког интереса“ и „интереса друштва“, скорија судска пракса се све више изјашњава у прилог аутономије појма „заједнички интерес“. У сваком случају „заједница интереса чланова“ претпоставља вољно удруживање чланова и одликује се, по правилу, активним и заинтересованим приступом, конвергенцијом интереса¹¹ и

⁹ Неки аутори говоре о нејасноћи овог појма и одређују га као „вољу за удруживањем“, односно као сагласност воља свих учесника уговора о оснивању привредног (трговачког) друштва, те ако у овом смислу и постоји у свакој форми друштва, укључујући чак и једночлано друштво, његов садржај је варијабилан зависно од посебне мотивације чланова, те ако и настане са блискошћу чланова „лакат уз лакат“ може завршити и „леђа уз леђа“. Додаје се да је заједничко правило у свим друштвима да сваки члан друштва има право учешћа у управљању друштвом, те учешћа у доношењу колективних одлука, без посебног санкционисања, изузимајући евентуалну злоупотребу права мањине. Сматра се такође да онај ко купује акцију на берзи нема никакву намеру учешћа у пословима друштва, већ је само просто инвеститор („онај који купује једну акцију ради надзирања шта се дешава у друштву, да ли тај има душу удруживања“ – разлика између члана „контролора“ и члана само инвеститора): Вид. Maurice Cozian, Alain Viandier, Folrence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2006, 64-65. Аутори који овај појам дефинишу „намером удруживања“ налазе да француски Грађански законик у дефиницији појма трговачког друштва не садржи изричито овај елемент (*Code civil*, art. 1832), али сматрају да изостанак *affectio societatis* води непостојању друштва: Phillipe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2001, 60-62. Други, пак, додају да то није ни појам „заједничког подухвата“ из ове исте одредбе француског *Code civil*-а: Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris 2012, 58-62. Коначно, неки истичу да француска судска пракса далеко израженије од ове одредбе *Code civil*-а, истиче да нема друштва без „намере (воље) удруживања“, коју називају *affectio societatis*: Yves Guyon, *Droit des affaires, Tom I – Droit commercial général et sociétés*, Paris 2003, 130.

¹⁰ Вид. Ivan Tchotourian, 171-172; Dominique Schmidt, „De l'intérêt commun des sociétés“, *J.C.P.*, 1994, I, p. 440.

¹¹ *Affectio societatis* је „воља удруживања, прихватање заједничког интереса и конвергенција интереса“: Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Tome I, 2 édition, 2 volume, Paris 1980, 52.

равноправношћу чланова (отуда недозвољеност *klausula leonina* – лавовске клаузуле).¹²

Интензитет намере удруживања зависи од врсте друштва – ако је већи ризик ортака (неограничена одговорност) *affectio societatis* је јаче изражен. Што је друштво мање, чвршћа је веза оснивача и чланова друштва са друштвом. Чак и унутар истог друштва *affectio societatis* није увек подједнако изражен код свих чланова (нпр. акције са правом гласа и без права гласа,¹³ куповина акција на берзи или удела у затвореним друштвима, именовани-привремени акционар који „носи“ акције другог – стварног акционара,¹⁴ статус командитора, мањински и већински чланови и слично).¹⁵ *Affectio societatis* не постоји само код оснивања друштва већ и током трајања друштва, онолико дуго колико друштво постоји (генерално), односно до трајања чланства у друштву (појединачно) и мора да постоји код сваког члана друштва.¹⁶ Као *affectio societatis*, „заједнички интерес“, дакле, постоји код свих чланова и код свих друштава, с тим што је његов интензитет различит¹⁷ (постоје, међу-

¹² Y. Guyon (2003, p. 133-136) пише о четири модалитета „заједничког интереса“ који одликује *affectio societatis*: прво, вољни карактер сарадње између двају лица који се сматра доминантним; друго, учешће у управљању које се сматра доминантним; треће, конвергенција или дивергенција интереса који је битни елемент квалификације и, четврто, одсуство постојања субординације између чланова што омогућује такву квалификацију.

¹³ У вези с овим акцијама без права гласа поставља се питање да ли су акционари који поседују само ове акције чланови друштва или не и да ли поседују *affectio societatis* јер не учествују у управљању друштвом, као битном одликом за постојање *affectio societatis* који одликује чланове друштва. Одговор француске правне теорије је ипак позитиван јер постоје сви други елементи овог института, а постоји и потенцијална могућност конверзије ових акција у акције са правом гласа и тиме и правом управљања. У сваком случају на питање да ли акционари имају *affectio societatis* француска правна теорија одговара позитивно, чак и ако сасвим игноришу учешће у управљању или контроли, јер акционар купујући акције прихвата статут друштва и једну специфичну унију интереса у том друштву. Вид. Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, 54 и 58.

¹⁴ F. Pollaud-Dulian, „L'actionnaire dans les opérations de portage“, *Rev. soc.* 1999, 765.

¹⁵ Y. Guyon, 133; Ph. Merle, A. Fauchon, 60–62; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66.

¹⁶ Y. Guyon, 132.

¹⁷ О нијансама односа „заједничког интереса“ и *affectio societatis*, њиховом изједначавању, блискости, те гледању на *affectio societatis* као на шири појам од појма „заједнички интерес“, у смислу да је „заједнички интерес“ само један од критеријума процене постојања *affectio societatis*, те ставу да је могуће постојање *affectio societatis* и

тим, различита гледања око тога да ли постоји код једночланих друштава, јер као што је „једночлано друштво“ *contradictio in adjecto* то је исто и „заједнички интерес“ код овог друштва - присталице постојања сматрају да се код овог друштва „заједнички интерес удруживања“ може посматрати као интерес оснивања друштва и стицања статуса члана тог друштва)¹⁸.

За разлику од француског законодавца који и поред одређених непрецизности одређења појма *affectio societatis*, употребом појмова као што су нарочито „заједнички подухват“, „заједнички интерес“, даје простора за препознавање овог института,¹⁹ српски компанијски законодавац је далеко рестриктивнији у том погледу јер се овај институт не може свакако препознати из дефиниције појма привредног друштва, као ни из одређења ништавости оснивачког акта, али би се евентуално одређени обриси овог института могли прочитати из саме уговорне природе оснивачког акта привредног друштва²⁰ (осим једночланог

без постојања „заједничког интереса“ и, обрнуто, да је могуће постојање „заједничког интереса“ без утврђивања постојања *affectio societatis*, вид. Ivan Tchotourian, 171-176.

¹⁸ Више: Patrick Serlooten, 1012.

¹⁹ Више: Georges Naffah, „L' affectio societatis, un critère qui n' en est pas un“, *Mélange en l' honneur de Jean - Jaques Daigre*, Paris 2017, 235-236.

²⁰ Општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора (упор. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 245–366; Марија Караникић Милић, *Облигационо право*, Београд 2024, 200-353) захтевају се подједнако и за овај уговор, будући да и он има облигациона дејства – материјални услови (*способност уговорних страна* – искљученост малолетника и пунолетних лица лишених или ограничене пословне способности; *предмет* – дозвољеност и одређеност, *сагласност воља* – без заблуде, претње и принуде, *кауза* – основ) и формални услови (формализам – писмена форма, овера потписа, упис у прописани регистар и објава). Мане воље у настанку уговора о оснивању привредног друштва могу бити значајне за његову судбину, посебно заблуда (о предмету, о личности), уговор може бити симулован и фиктиван – који је често преваран („друштво фасада“). За разлику од општих правила уговорног права, која важе за уговоре који имају облигациона дејства, будући да овај уговор може да има и статусна – институционална дејства (када на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект), у овом уговору има и одређених посебних правила која произлазе из овог дејства. Ипак, уговорна природа ових друштава доминира код друштава лица, док институционална природа доминира код друштава капитала, посебно код акционарског друштва, чиме се омогућује да ова друштва функционишу *техником рада органа друштва*, јер овим друштвима након оснивања управљају органи, а не оснивачи и доцнији чланови (акционари). Ово је, међутим, у потпуности тачно за акционарско друштво са јавним

друштва), посебно из оснивачке фазе његовог настанка. Чини се да се снажан аргумент у прилог препознавања овог института у српском компанијском закону може пронаћи у институту „престанка друштва по одлуци суда“ у случају озбиљних неспоразума међу члановима друштва који паралишу функционисање друштва (престанак постојања *affectio societatis*), као и институту иступања члана друштва из друштва (прес-

уписом акција, које и на овај начин испољава све одлике друштва капитала, али не и за друштво са ограниченом одговорношћу (и делом и за акционарско друштво без јавног уписа акција) које и након оснивања задржава доста личних карактеристика, тако да су уместо органа друштва, ипак, често у функцији чланови или акционари друштва (о уговорној и институционалној концепцији привредног друштва и ставу да је оно по својој природи и уговор и институција: Ph. Merle, A. Fauchon, 32–34). Други аутори говоре да је привредно (трговачко) друштво уговор по свом настанку, а институција са правним субјективитетом по свом функционисању (мада уговорни елементи не ишчезавају у потпуности не само код друштава лица код којих и поред субјективитета друштва скоро у потпуности опстају и током трајања друштва, већ у доброј мери и код друштва с ограниченом одговорношћу – случај кад се тражи једногласност за промену оснивачког акта), посебно код друштава капитала, код којих влада „закон већине“, те је тешко прихватити да се то уклапа у теорију уговора, као и сâм правни субјективитет који од друштва чини „правно биће“ и, посебно, континуитет друштва и оснивање с намером трајања (вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 165–171). Институционална теорија привредног друштва има и неке посебне форме: теорија организације предузећа (потврда је форма једночланог друштва које се не уклапа ни у уговорну основу настанка привредног друштва), теорија колективног акта (одликује је став о конвергенцији више конститутивних интереса). Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 175–179. Управо ова статусна својства и чине овај уговор специфичним у односу на уговоре који имају само облигациона својства (по правилу, уговором основано друштво траје неодређено време, друштво има неке корпорацијске органе, уговор се региструје, могуће је искључење члана и иступање члана из друштва, могућ је спор члана друштва са другим чланом као уговорном страном али и са друштвом, уговор се може променити и већинском вољом, подразумева различитост права чланова, неравноправност чланова уз равноправан третман, права мањинских чланова, дејство према трећим лицима, принудни престанак, сужени основи ништавости, дејство ништавости *pro futuro*, принудна ликвидација друштва по основу ништавости). Доминантност уговорне теорије привредних друштава у француској теорији подупиरे и француски законодавац (*Code civil* дефинише у члану 1832. *привредно друштво као уговор*, уз истовремено проширење циља-каузе привредног друштва), док српски законодавац привредних друштава даје концесију институционалној теорији („*привредно друштво је...правно лице*“ – ЗОПД, члан 2), што је управо француски законодавац, не без разлога, желео да избегне, а што не значи да управо институционална теорија не чини мост ка једночланом друштву, говорећи тиме у прилог потребе допуњавања ове две теорије: P. L. Cannu, B. Dondero, 26, 171–186.

танак постојања *affectio societatis* код таквог члана друштва).²¹ И поред тога, српска правна теорија углавном и не даје овом институту природу битног општег услова настанка привредног друштва (осим изузетно),²² попут одређења других општих услова уговора о оснивању било које форме овог друштва који следе из законског обликовања ништавости оснивачког акта.²³

3. Субјективно (класично) и објективно (модерно) одређење појма *affectio societatis*

Одређење појма *affectio societatis* у традиционалном смислу у француском праву (законодавству, правној теорији и пракси) које и промовише овај институт у контексту уговора о оснивању трговачких друштава, као што то произилази из наведене сумарне анализе, је субјективно поимање.²⁴ Појмови „заједнички интерес“, „заједнички подухват“, намера (воља) оснивања трговачког друштва припадају психолошкој сфери људске активности. Француска правна теорија је свесна тешкоћа доказивања такве намере (воље), те пледира да докази постојања *affectio societatis* могу произилазити из различитих индиција (индиректни докази), које углавном следе након закључења таквог уговора, а квалификација коју таквом правном послу дају саме уговорне стране не мора везивати судије, али побијање квалификације које оне дају свом правном послу мора бити засновано на „посебно карактеристичним елементима“,²⁵ што се показује посебно важним код разграничења овог правног посла од некад блиских института, попут фактичког друштва, друштва креираног као фактичко или фиктивног друштва.

²¹ ЗОПД, чл. 118, 138, 239, 469 и 121, 187-188, 192.

²² Упор. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Београд 2020, 112-113; супротно: Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд 2023, 104-105.

²³ Упор. ЗОПД, чл. 2, 11 и 13.

²⁴ То најбоље илуструје формула да је „*affectio societatis* намера бити у друштву и понашати се као члан друштва“. Истиче се, при том, да то није само тренутна воља при оснивању друштва или при доцнијем уласку у друштво, већ је константна воља током трајања чланства у друштву: Jean François Barbèri, „Le retour sur l’*affectio societatis*, une intention mal aimée“, *Mélange en honneur de Patrick Serlooten*, Paris 2015, 289-296.

²⁵ P. Le Cannu, B. Dondero, 58-59.

Увиђајући рањивост и крхкост субјективног одређења појма *affectio societatis*, француски правни писци више посежу за објективним поимањем уговора о оснивању трговачког друштва (тима и постојања или непостојања *affectio societatis*) и његовом квалификацијом на бази постојања таквих елемената: постојање улога у друштво²⁶ и расподела резултата пословања друштва (учешће у добити – дивиденда, сношење ризика пословања).²⁷ Осим тога, истиче се да многи чланови друштава капитала (посебно мањински и посебно код котираних акционарских друштава код којих је куповина акција на берзи у основи уговор о инвестирању, а не уговор о трговачком друштву) су у суштини пасивни чланови (по самом закону су то и иначе акционари са акцијама без права гласа) и не учествују у управљању друштвом (остају ипак права информисања и латентне контроле, нарочито институционалних инвеститора) у ком гласачка права зависе од процента капитал учешћа – „гласање по капиталу“ - нема једнакости (ово је могуће уговорити и код друштава лица, што је ипак ређе случај због своје ризичности, те је правило „гласања по главама“). Такође, *affectio societatis* по самом свом појму „заједничког интереса и намере удруживања“ искључен је и бесмислен код једночланог друштва (али схваћен у смисли воље оснивања друштва има свој *ratio*). Најзад, неки аутори сматрају да је *affectio societatis* у основи воља да се ступи у привредно друштво, те и не може служити као карактеристични (битни) елемент дефиниције самог појма трговачког (привредног) друштва јер је то „зачарани круг“ (*cercle vicieux*).²⁸

Окретање доброг дела француске правне теорије ка објективном одређењу појма члана трговачког друштва и тиме одређења уговора о његовом оснивању, на подлози наведених кључних разлога (аргумената) ипак није сасвим засенило субјективно одређење појма члана трговачког друштва и на тој основи креираног института *affectio societatis*. Наиме, и покушај одређења члана трговачког друштва на бази објективних карактеристика (постојање улога у друштво и на тој основи стицања чланских права у друштву – имовинских и неимовинских-политичких)

²⁶ „L' *affectio societatis*, koji se procenjuje prema momentu osnivanja društva, ne može biti negiran ne unosom uloga u društvo, što samo čini takvog člana dužnikom prema društvu, za koji je preuzeo obavezu unosa “- Cour de Paris, 10 mars 2004, *Rev. Sociétés* 2004, n. 1002, u: Jean – Paul Valuet, Alain Lienhard, Pascal Pisoni, *Code des sociétés et des marchés financiers – Commenté* 23 édition, Paris 2007, 8.

²⁷ P. Le Canu, B. Dondero, 65.

²⁸ A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, Paris 1978, n. 77.

има снажне противаргументе који оснажују опстајање института *affectio societatis* и његово субјективно одређење. Чланство у друштву може се, наиме, стећи и без кључног објективног елемента – постојање улога у друштво – институт бесплатних акција, на пример. Такође, не води сваки улог у неки економски подухват настанку трговачког друштва, што је основа његовог разграничења од неких блиских института (друштво креирано као фактичко, грађанско друштво, фиктивно друштво, удружење, уговор о зајму, кооперативе и слично), а за ове сврхе постојање института *affectio societatis* са субјективним одређењем има своју сврсисходност. Стога институт *affectio societatis* и даље егзистира у већинској француској правној теорији (неки чак говоре о „ренесанси *affectio societatis*“) ²⁹ и судској пракси, имајући тиме стварну и ефективну улогу, иако лимитиран на вишечлана друштва (појмовно као такав искључен код једночланог). ³⁰ Исправно је запажено у француској правној теорији да је критика установе *affectio societatis* највише настала на основу гледања на њега као на униформан институт (јединствен – монистичка концепција), а у суштини он је вишеслојан (мултиформан – плуралистичка концепција). ³¹ Он је истовремено „и показатељ постојања трговачког друштва, регулатор живота друштва и средство разликовања члана друштва од сродних ситуација“. ³²

4. Улога *affectio societatis* – разграничење трговачког друштва од других изабраних (важнијих) сродних установа

Affectio societatis има вишеструку улогу у животу трговачког друштва, односно у његовом правном одређењу и то најмање троструку. Најпре, у квалификацији постојања друштва или његовог непостојања (посебно разграничење од фиктивног друштва или разграничење од друштва креираног као фактичко ако трговачко друштво нема субјективитет). ³³ Затим, у разграничењу овог уговора од других уговора са неким клаузулама из арсенала уговора о привредном друштву. Такође, у разграничењу трговачког друштва од других форми удруживања са статусом правног лица или форми удруживања имовине без статуса

²⁹ Y. Guyon, 131.

³⁰ Вид. P. Le Cannu, B. Dondero, 66.

³¹ Y. Guyon, 132-136.

³² A. Viandier, 1978, n. 76.

³³ О спорности: Georges Naffah, 241-242.

правног лица (форме неподељене имовине).³⁴ Најзад, ако се прихвати концепт постојања и код једночланог друштва посебна улога воље оснивања привредног друштва и постанком члана друштва.³⁵

4.1. Квалификација постојања друштва

Кад је реч о квалификацији постојања трговачког друштва или његовог непостојања потребно је извршити разграничење од два блиска института: друштва креираног као фактичко и фиктивног друштва.

На првом месту, појам *affectio societatis* који по субјективном одређењу квалификује трговачко друштво близак је појму друштва основаног као фактичко. Наиме, ако код одређеног уговора има објективних елемената да се квалификује као трговачко друштво или друштво основано као фактичко (у француској пракси се постојање оваквог друштва врши управо на основу утврђивања постојања *affectio societatis* код деобе имовине након престанка ванбрачне заједнице)³⁶, а саме уговорне стране нису именовале (идентификовале) тај уговор, онда се његова квалификација може заснивати на понашању тих страна. Исправно се у том смислу каже да *affectio societatis* није неки аутономни појам, ако то није на основу намере испољене на основу понашања.³⁷

На другом месту, потребно је разграничити трговачко друштво и фиктивно друштво. Друштво чији чланови немају намеру да се понашају као његови чланови самим тим није трговачко друштво већ фиктивно друштво (на пример ако је неко лице само појавно члан друштва, а у ствари је позајмљено име³⁸ или евентуално прикривено једночланом друштом чије оснивање по закону није могуће, а код ког нема намере удруживања већ само коришћења предности које закон даје члану овог друштва као једночланог). Друштво чији чланови немају намеру да се понашају као чланови трговачког друштва, дакле фиктивно друштво,

³⁴ Vid. J.P. Valuet, A.Lienhard, P. Pisoni, 8.

³⁵ Patrick Serlooten, 1013-1017. О спорности појма *affectio societatis* код једночланог друштва: Georges Naffah, 239-240.

³⁶ Проста кохабитација између ванбрачних партнера није довољна за утврђивање постојања друштва, потребно је препознавање постојања *affectio societatis* и других битних својстава друштва: Y. Guyon, 61; Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, 55-56.

³⁷ Тако: P. Le Cannu, B. Dondero, 59.

³⁸ Ph. Merle, A. Fauchon, 62.

као такво је ништаво³⁹ (уз сву релативизацију постојања, односно ублажавања основа који воде ништавости друштава у компанијском праву). Ништавост овог друштва уз евентуалну квалификацију и као фиктивног изузетна је из више разлога: најпре, стварну намеру чланова друштва тешко је доказати, а затим, као што је речено, зависно од фактичких и правних околности постоје различити степени *affectio societatis* а тиме и *intuitu personae* односа; затим, одсуство *affectio societatis* није једина одредница која води квалификацији једног друштва као фиктивног и тиме ништавог (то може бити и превара, позајмљено име, симуловани посао, тајни уговор друге природе, тобожњи члан без икакве намере удруживања, злоупотреба права и слично – када се примењују друга правила зависно од датог основа) и, најзад, друштво може постати фиктивно и током свог пословног живота испражњено од своје супстанце („друштво фасада“), када важе правила престанка друштва зависно од основа таквог статуса. Најзад, изостанак *affectio societatis* који потенцијално води фиктивности друштва, може да постоји како код целог друштва, тако и код појединих чланова – *фиктивни члан*, што према околностима случаја не води ништавости друштва већ престанку статуса таквог члана у том друштву.⁴⁰

4.2. Квалификација уговора о друштву и других уговора

Институт *affectio societatis* има важну улогу и код разграничења трговачког (привредног) друштва и уговора о оснивању овог друштва од блиских (сродних) уговора (који каткад могу бити квалификовани као уговори о друштву креираном као фактичко и без субјективитета).⁴¹ Ова улога *affectio societatis* има посебан значај и у случају његовог непостојања на плану смањења основа ништавости оснивачког акта овог друштва и тиме и самог друштва, с обзиром на то да је могуће у садржају неког посла препознати други правни посао који је правно ваљан и који одговара стварној вољи уговорних страна. Наиме, често се догађа да уговорне стране закључе одређени уговор не дајући му квалификацију правне природе или дајући погрешну квалификацију (на пример, квалификујући уговор о друштву уговором о зајму због ризика немогућности

³⁹ Patrick Serlooten, 1013-1014.

⁴⁰ Више: P. Le Cannu, B. Dondero, 60-62; Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, 60-66; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64-66; I. Tchotourian, 21-194.

⁴¹ Patrick Serlooten, 1015-1016; Georges Naffah, 237-238.

повраћаја улога), те је потребно одређивање његове природе, са циљем утврђивања заједничке намере уговорних страна. У сваком случају, привредно друштво се увек базира на уговору с посебним карактеристикама (оснивачи и чланови друштва са посебним чланским правима у том својству у привредном друштву),⁴² а никад на самом закону или другом извору или уговору који нема карактеристике уговора о оснивању привредног друштва. Несигурност постављања граница између сродних уговора и правилне квалификације могу водити разним преварама (повољнији порески третман и слично). Карактеристика сарадње и удруживања која одликује привредно друштво није само одлика оснивачког акта овог друштва, она је присутна и код неких других блиских уговора, али ипак има особену природу код уговора о друштву и даје уговорним странама својство члана друштва. И управо постојање *affectio societatis*, *не свега као субјективан појам*, је најбоља индикација својства члана друштва.

На првом месту потребно је разграничење уговора о оснивању привредног друштва и других уговора који за своју карактеристику имају учешће у добити настале на бази предмета тих уговора. Овде мислимо на уговор о продаји (клаузула о учешћу продавца у користи произведене од предмета продаје – клаузула о варијабилности цене), уговор о депозиту или зајму (учешће депонента или зајмодавца у користи депозитара од предмета депозита – варијабилна камата уместо фиксне), уговор о закупу (клаузула о учешћу закуподавца од користи закупца из предмета закупа).⁴³ Све ове ситуације подсећају на уговор о привредом друштву где чланови друштва улажу неки улог у друштво са правом учешћа у добити друштва (али и ризику) настале делатношћу друштва. Квалификација уговора о друштву (често друштву креираном као фактичко) код ових уговора не може постојати ако нема клаузуле о учешћу у добити и сношењу ризика. Такође, саме за себе клаузуле у овим уговорима о учешћу у добити или клаузула о учешћу у губицима не воде аутоматски квалификацији као уговора о друштву. Дакле, уговор о оснивању привредног друштва увек има неки заједнички циљ оснивача („заједнички интерес“) и изражен *affectio societatis* (субјективно одређење као заједничка намера уговорника да буду чланови друштва) који не постоји као такав (постоје посебни интереси уговорних страна) у овим и другим сродним уговорима⁴⁴ (заједнички

⁴² P. L. Cannu, B. Dondero, 62-63.

⁴³ Више: I. Tchotourian, 574-602.

⁴⁴ I. Tchotourian, 483-602.

циљ и намера удруживања, као и акти материјализације *affectio societatis* – учешће у добити и сношење ризика, постојање улога, као и учешће у управљању и контроли – неопходни квалификативи за стицање својства члана друштва - не постоје у уговорима о продаји где продавац и купац у принципу имају одвојене уговорне циљеве по правилу интересно супротстављене; исти је случај и код уговора о закупу, уговора о услугама, уговор о мандату, уговор о остави, уговора о мандату, уговора о превозу, уговора о заступању, уговора о концесији, уговора о зајму и кредиту, уговора о размени, издавачког уговора,⁴⁵ уговора о удруживању привредних друштава ради остварења других циљева а не добити, али заједнички циљ у смислу грађанског или привредног друштва постоји код уговора о конзорцијуму и слично).⁴⁶ Такође, код свих ових уговора нема учешћа једне уговорне стране у пословима управљања друге уговорне стране („принцип немешања“ – осим код уговора о кредиту код ког финансијска организација може да уговори одређене рестриктивне кредитне клаузуле које задиру у управљање друштвом, када је понекад отворено питање да ли се ради о кредиту или уговору о друштву креираном као фактичко)⁴⁷, а нема ни обавезе сношења ризика насталог у вези предмета датог уговора („нема заједничког ризика“). Код уговора о кредиту (зајму) са овим клаузулама важан елемент је и процена да ли предмет ових уговора представља улог са стицањем својства члана друштва или зајам са стицањем својства зајмодавца (кредитора). Уз процену природе ових клаузула незаобилазан елемент за квалификацију уговора је и субјективно одређење постојања или не *affectio societatis* (намера удруживања и стицања својства члана друштва) за квалификацију постојања друштва или уговора (о зајму, кредиту).

Посебни основи разграничења постоје код уговора о оснивању привредног друштва и уговора о раду. Наиме, за разлику од других уговора уговорног права (трговачких и грађанских), код којих у принципу постоји равноправност уговорних страна (са специфичностима уговора по приступу, типских уговора и слично), код уговора о раду постоји *начело субординације* послодавца у односу на запосленог (и поред релативизације овог начела код нових форми уговора о раду), насупрот

⁴⁵ О разграничењу уговора о друштву и издавачког уговора: Y. Guyon, 135; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 52-53; I. Tchotourian, 549-550.

⁴⁶ Више: J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 20-58; Y. Guyon, 93-129; M. Cozian, A. Viandier, 53-86; P. L. Cannu, B. Dondero, 63-80; I. Tchotourian, 552-571.

⁴⁷ Y. Guyon, 134-135.

томе члан друштва није у субординираном положају у односу на остале чланове (управа друштва коју чине чланови друштва је овлашћеник чланова), у друштво ступа својом вољом и са постојањем *affectio societatis* („заједнички интерес“), уз равноправност између чланова а не субординацију, и у том својству не може добијати налоге од управе друштва, нити учествовати у контроли и управљању друштвом (ипак, могуће су неке форме партиципације у управљању или саодлучивања по основу рада а не по основу својства члана друштва). Запослени у принципу има фиксну или делом варијабилну (зависно од резултата рада) зараду, али је она независна од добити и ризика пословања друштва (у редовним околностима). У овим оквирима и на овим основама врши се разграничење уговора о друштву и уговора о раду, па и кад уговор о раду садржи клаузулу о учешћу запослених у делу добити друштва (сличност са улогом у раду). Ипак, таква клаузула уговора о раду не претвара запосленог у члана друштва са постојањем *affectio societatis* (ипак учешће у добити и губицима друштва, као битно одреднице постојања *affectio societatis* даје могућност побијања претпоставке статуса запосленог и постојања статуса члана друштва), а статус запосленог омогућује му за разлику од статуса члана друштва посебан кишобран колективних уговора о раду и социјалне заштите.

„Чисту“ дистинкцију уговора о раду и уговора о привредном друштву поред релативизације начела субординације савременим формама уговора о раду у извесном смислу „квари“ и кумулација својства запосленог и члана (акционара) друштва (акционарство запослених – партиципација у власништву друштва), с тим што су различити институти (уговор о раду и уговор о стицању акција друштва), те и различита права (и обавезе) по основу сваког од њих појединачно посматрано.⁴⁸ Понекад ипак није лако направити такву дистинкцију, зависно од тога да ли је запослени и већински акционар или само подједнаки.⁴⁹ Ситуацију може још више да компликује могућност улога у друштво у раду или услугама (друштва слободних професија, на пример). Ако је члан таквог друштва са улогом у услугама (режисер филма) и има учешће у добити

⁴⁸ Вид. I. Tchotourian, 564-571.

⁴⁹ Француска теорија истиче да се француска судска пракса у таквим случајевима кумулације понекад задовољава мало начелом субординације, тако да прихвата да и већински члан друштва може бити субординиран управи друштва: P. L. Cannu, B. Dondero, 64.

само по основу таквог улога, онда нема уговора о раду и такав члан није подвргнут начелу субординације и ужива привилегију равноправности са осталим члановима друштва. Ако је такав члан мањински могућа је ситуација да има ефективно мању моћ од руководиоца друштва који има уговор о раду.⁵⁰ У принципу, сматра се да је у оваквим случајевима на оном ко сматра да је реч о трговачком (привредном) друштву да и докаже постојање *affectio societatis*, мада неке одлуке француских трговачких судова заузимају став да се тај доказ може и претпостављати да постоји.⁵¹

4.3. Квалификација привредног друштва и других сродних института

Најзад, институт *affectio societatis* има важну улогу и код разграничења трговачког друштва од других форми удруживања са статусом правног лица или форми неподељене имовине без статуса правног лица (нпр. санаследници, стечајна маса, сусвојина, заједничка имовина, уговор између супружника – брачни уговор, итд.).⁵²

Трговачко (привредно) друштво и разне форме неподељене имовине имају додирну тачку што њихова имовина представља неку форму неподељене имовине. Тачка њиховог разграничења, међутим, налази се у чињеници да у формама неподељене имовине доминира индивидуални интерес сваког од поседника и што се њима управља на бази принципа једногласности (или преко изабраног овлашћеника, чија су овлашћења свакако ужа од овлашћења управа привредних друштава) са циљем очувања вредности те имовине. С друге стране, привредно друштво јесте форма управљања неподељеном имовином на колективни начин, зависно од природе друштва, са лукративним циљем увећања вредности и стицања добити. Коначно, форме привредног друштва одликује правни субјективитет (осим друштва креираног као фактичко и у неким правима и неких других форми, попут тајног друштва и слично), што у принципу није случај са формама неподељене имовине. Ипак, форме неподељене имовине могу бити организоване и као друштва креирана као

⁵⁰ Француска теорија такође истиче да француска судска пракса сматра да ако „наводни члан“ друштва обавља само одређене извршне послове у друштву, а не учествује у управљању друштвом, његова активност (делатност) нема карактеристике улога у услугама: Вид. P. L. Canu, B. Dondero, 64-65.

⁵¹ Вид. Y. Guyon, 136.

⁵² Вид. Georges Naffah, 237.

фактичка, а кључни критеријум за такву квалификацију њиховог статуса чини управо утврђивање постојања или не *affectio societatis* - утврђивање заједничке намере уговорника за удруживањем ради лукративних циљева заједничке експлоатације неподељене имовине (комбинација субјективног и објективног поимања). У том смислу се изјашњавала и француска судска пракса, као и водећа правна доктрина, да „у недостатку намере удруживања нема друштва“ (по правилу креираног као фактичко) већ само неподељена имовина.⁵³

У појмовном смислу привредна друштва су лукративне организације са лукративним циљем стицања добити (овај циљ нека права шире и на терен „уштеде трошкова“). За разлику од привредних друштава која у српском праву имају правни субјективитет, постоје и разне форме удружења које такође имају правни субјективитет, али чија кључна тачка разграничења од привредних друштава је циљна функција: уместо једнодимензионалне лукративне привредних друштава, код удружења она је мулти димензионална и по својој вокацији не лукративна (не ради расподеле добити) – политичка, културна, спортска, хуманитарна. И удружења, као и привредна друштва настају на уговорној основи, чланови им могу бити и физичка и правна лица, имају правни субјективитет, постојање улога, заједнички циљ у складу са циљном функцијом, обављају неку економску делатност.⁵⁴ Чланови удружења сарађују ради реализације заједничког циља удружења и мотивисани су уместо са *affectio societatis* привредног друштва (заједнички интерес расподеле добити) са својеврсним *affectio associationis* (заједнички интерес није расподела добити).⁵⁵ У недостатку овог заједничког циља удружење је фиктивно, што је основ његовог престанка у законом предвиђеном по-

⁵³ Вид. I. Tchotourian, 496-507.

⁵⁴ Српски Закон о удружењима (*Службени гласник РС*, бр. 51/09, 99/11 – др. закони и 44/18 – др. закон) познаје и удружења са субјективитетом и удружења без субјективитета, а такође иако дефинише удружења као „недобитне организације“ омогућује и оснивање удружења „ради одређених делатности у циљу стицања добити“, што није правно конзистентно и на линији је приближавања статуса удружења статусу привредних друштава (члан 2). Тако: Вид. М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, 45.

⁵⁵ Кад је циљна функција привредног друштва стицање и расподела добити онда је то јасна тачка разграничења од удружења чија то није циљна функција, али када је циљна функција привредног друштва „уштеда трошкова“, како је то дефинисао као могућност француски законодавац, онда је то могуће организовањем или привредног друштва или удружења. Више: I. Tchotourian, 518-525.

ступку. Ово разграничење удружења и привредних друштава у пракси, нажалост, није тако поштовано, с обзиром на то да неке форме са статусом удружења у суштини су ближе привредним друштвима него удружењима (паракомерцијализација), а уживају привилегованији порески статус и друга мање рестриктивна законска ограничења само зато што су по свом формалном статусу и регистрацији удружења (изражен пример бројних невладиних а и неких струковних организација). Фактички, разграничење привредних друштава и удружења прети да се истопи комерцијализацијом статуса удружења и обављањем економских, чак и комерцијалних, делатности. Додатно, могућа је трансформација привредног друштва у удружење са континуитетом правног субјективитета, као и трансформација удружења у привредно друштво и без континуитета правног субјективитета (српски компанијски закон искључује могућност трансформације пословног удружења у привредно друштво).⁵⁶

Кад је реч о квалификацији статуса и правне природе задруга (кооператива) у односу на квалификацију статуса привредних друштава и удружења, чини се да она није до краја јасна и неконтроверзна. Оно што је извесно задруге се не уклапају у ову бинарну поделу (привредна друштва и удружења), већ имају многе своје специфичности засноване на чињеници да имају и нека својства привредних друштава али и нека својства удружења. Ове специфичности најбоље одражавају задружна начела, нека блиска привредним друштвима, а нека удружењима: прво, принцип отворености задруге и променљивости капитала; друго, принцип једнакости задругара и гласање „по главама“ (од овог принципа се понекад одступа али лимитативно) а не „по капиталу“; треће, принцип алтруизма (релативизује се ипак тиме што се остатак чистог прихода дели на задругаре према извршеном раду или према вредности пословања са задругом, а не према улогу, а исти принцип се примењује и код расподеле ликвидационог вишка); четврто, принцип добровољности статуса задругара; пето, принцип узајамности и солидарности (код неких форми задруга).⁵⁷

Најзад, постојање *affectio societatis* је изузетно важно и код разграничења привредног друштва од неких других форми организовања, попут европске економске интересне групације, фондације и слично. Европска економска интересна групација је као и привредно друштво

⁵⁶ Вид. ЗОПД, члан 579; више: I. Tchotourian, 509-518.

⁵⁷ Више: М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, 764.

регулисана законом који уређује привредна друштва, попут и регулативе пословног удружења (друге форме удружења регулисане су посебним законом), иако и једна и друга статусна форма нема као привредно друштво за циљну функцију стицање добити, већ остваривање неких „заједничких интереса својих чланова“ (пословно удружење), односно ради остваривања одређених „економских интереса и активности њених чланова“ (групација).⁵⁸

Попут других форми недобитних организација и фондација се разликује од привредног друштва по томе што је њена циљна функција недобитна и састоји се у реализацији неког дела од јавног (општег) интереса. Као и друге недобитне организације и фондација има правни субјективитет и уписује се у прописани регистар. Имајући у виду циљну функцију и предмет делатности фондације *affectio societatis*, за разлику од привредног друштва са или без субјективитета, је појам који је у основи одсутан код ове установе – општи интерес код фондације се не везује за њене осниваче већ за њену мисију (делатност). За разлику од привредног друштва које живи у профитној сфери, живот фондације налази се у некомерцијалној сфери. Како фондацију може основати више оснивача, то има одређених елемената сарадње више актера на реализацији циља фондације, што даје одређене обриси присуства *affectio societatis* и код фондације. Исти случај је и са функцијом имовине фондације. Најзад, ако циљна функција привредног друштва, поред лукративне може бити делом и, попут француског права, „уштеда трошкова“, онда су ово одређени елементи *affectio societatis* и у статусу фондације. Ипак, разграничење је несумњиво у циљној функцији (нелукративна) и делатности фондације (општи интерес), што се ни у ком случају не среће код привредног друштва.⁵⁹

5. Квалификација привредног друштва на основу правног субјективитета

Уговор о привредном друштву у контексту разграничења од других уговора уговорног права посматра се као посебна врста уговора – уговорна природа, мада је он, за разлику од свих других именованих (и

⁵⁸ ЗОПД, чл. 578 и 580 в. Вид. М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, 911-914.

⁵⁹ Вид. I. Tchotourian, 540-544.

неименованих) уговора по својој природи оригиналан јер, за разлику од тих других уговора који сами по себи конституишу свој почетак правног живота правноваљаним закључењем, дотле уговор о друштву као такав не започиње таквим закључењем свој правни живот, већ као такав представља само *iustus titulus* (правни основ) за конституисање новог правног института – привредног друштва уписом у прописани регистар, чиме стиче правни субјективитет (*modus aquirendi* – начин стицања).⁶⁰ У сваком случају, правни субјективитет привредног друштва, у земљама које свакој правној форми ових друштава дају субјективитет, представља значајан елемент дистинкције привредног друштва и својства члана друштва у односу на друге уговоре (често сродне уговорима о привредним друштвима) грађанског и трговинског права који имају и неке битне одлике уговора о друштву (учешће у добити или некад и сношењу ризика, постојање улога, неке елементе заједничког циља и удруживања, каткад и неке форме контроле или учешћа у управљању), али редовно не све кумулативно и редовно уз непостојање у субјективном смислу одређен *affectio societatis* (заједничка намера удруживања у друштво и стицања својства члана, с обзиром на то да осим уговора о друштву ови други уговори не воде настанку правног субјекта, који зависно од форме друштва, има одвојен правни живот од свог оснивачког акта који има уговорну природу а од овог момента институционалну природу - друштва капитала или мешовиту природу - друштва лица.

У земљама које неким формама привредних друштава не дају правни субјективитет (друштва лица у англосаксонском и делом германском праву), као и у земљама у којима постоје неке форме грађанских или и трговачких друштава без правног субјективитета (тајно друштво, друштво креирано као фактичко),⁶¹ правни субјективитет није елемент

⁶⁰ Y. Guyon, 136.

⁶¹ Упоредни закони романске правне традиције признају правни субјективитет свим формама трговачких друштава (изузетак је само *la société en participation* где је спорно да ли је у питању друштво или удружење). Овај став усваја и српско право. Према томе, по овом систему, упркос уговорној основи, сва трговачка друштва спадају у друштва-институције. Више: Ђорђе Мирковић, *Две теорије о правној природи трговачких друштава*, Београд 1934; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 17–20. 45–46.

Насупрот томе, у германском систему само су тзв. колективистичка друштва (друштво са ограниченом одговорношћу, командитно друштво на акције и акционерско) друштва-институције и имају правни субјективитет, док га немају друштва-уговори (јавно трговачко и командитно) – индивидуалистичка друштва. У англо-

битан за квалификацију постојања уговора о друштву (друштво креирано као фактичко, тајно друштво и друго) или неког другог именованог уговора. У овом случају битан елемент ове дистинкције постаје управо *affectio societatis*, пре свега у свом субјективном поимању (заједничка намера удруживања у друштво и стицање својства члана друштва). Српско компанијско право, за разлику од неких упоредних законодавстава, не познаје привредна друштва без правног субјективитета (*partnership*, *offene Handelsgesellschaft*, *société en participation*, *stille Gesellschaft*, *silent partnership*, *Kommanditgesellschaft*). Правни субјективитет привредних друштава траје до престанка моментом брисања из регистра (и објавом брисања).

6. *Affectio societatis* и ништавост привредног друштва

Контроверзе правног режима института *affectio societatis* (као заједничке намере постанка чланом друштва),⁶² у смислу постојања или непостојања овог института (попут контроверзи око постојања института *каузе-основа уговора* са којим се иначе не идентификује, као што се и не идентификује са општим условом настанка уговора – *сагласношћу воља*)⁶³, посебно присутна и расправљана у француској правној теорији

америчком систему *company* (*corporation*) јесу друштва-институције и имају правни субјективитет, док су разне врсте *partnership*-а друштва-уговори и без правног су субјективитета (што важи и за командитно друштво јер му правни поредак не признаје субјективитет, иако се уписује у регистар). Вид. L. C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London 1992, 3–8; Terence Prime, Gary Scanlan, *The Law of Partnership*, London 1995, 1-80, Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991, 16–20.

⁶² Значај овог института посебно се огледа на два терена: прво, на плану правне ваљаности уговора о друштву (да ли друштво може бити подвргнуто ништавости или не) и, друго, на плану правне квалификације уговора о друштву (разграничење овог уговора од других различитих форми правне сарадње – удружење, неподељена имовина, синдикат, конзорцијум, пул, интересна групација, систем главног извођача и подизвођача, разне форме грађанског ортаклука, као и разних именованих уговора: продаја, издавачки уговор, зајам и кредит, закуп, уговор о раду и слично). Тако: Ivan Tchotourian, 14-15

⁶³ У француској теорији се истиче да је појам каузе код уговора о друштву шири од појма *affectio societatis*: Georges Naffah, 236.

У српском праву кауза (основ) се убраја у опште услове за закључење пуноважног уговора (пored способности уговарања, сагласности изјављених воља и предмета, а кад је то посебно прописано или уговорено и форма уговора): ЗОО, члан 51-52.

и пракси, разуме се имају свог одраза и по питању правних последица непостојања заједничке намере овакве природе. Основно правно питање које се у вези непостојања *affectio societatis* чланова одређеног привредног друштва је питање да ли по овом основу може настати ништавост таквог друштва (*affectio societatis* основ ништавости друштва), независно од чињенице да ли је иначе ништавост привредних друштава изузетна појава или не.

Ништавост оснивачког акта и тиме регистрације друштва (односно самим тим ништавост друштва) изузетно је *ретка појава због превентивне контроле* при упису у регистар (суд, управна организација), а у неким земљама (Немачка) постоји и обавезна нотаријална форма оснивачког акта (и свих промена), што углавном спречава постојање таквог основа. Уз то, ту је и институт тзв. *регуларизације оснивачког акта* који има елементе ништавости у остављеном року (подносиоцу пријаве уписа) од органа који води поступак уписа у регистар.⁶⁴

У ЕУ „ништавост привредног друштва“ (ништавост оснивања) уређена је тзв. Првом директивом (члан 11): утврђује *шест основа „ништавости“*, те национална права чланица не могу утврдити више основа, али могу мање или чак и не познавати институт ништавости оснивачког акта привредног друштва, уз појачање мера његове претходне (пре регистрације) контроле. Ову директиву заменила је тзв. Кодифико-

Кауза даје одговор на питање зашто се неко обавезује – кауза је разлог правног обавезивања. Кауза има своје субјективно поимање (своди се на унутрашњу вољу – мотив обавезивања), објективно поимање (економски факт – економски циљ посла) и мешовито – субјективно-објективно. Свака уговорна обавеза мора имати допуштenu каузу (основ). Изостанак постојања каузе, привидност каузе или недопуштена кауза (противна принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима) воде ништавости уговора. Кауза (основ) обавезе не мора бити изражена у уговору – обориво се претпоставља да постоји. Вид. Slobodan Perović, 323-338; Marija Karanikić Mirić, 309-310 и 317-324.

Институт каузе као општег услова за закључење уговора у српском праву преузет је из француског Грађанског законика (*Code civil*, art. 1108 i 1131-1133), док овај институт није никад постојао у швајцарском, британском и немачком праву. Реформа француског Грађанског законика (*Code civil*, 2016, art. 1128, 1162 i 1168-1170) на формалном плану укинула је институт каузе као општег услова за закључење уговора (мада има схватања да је промена више терминологије него суштинска) и уместо ње прописала „допуштenu и одређenu садржину уговора“ (под њом се подразумевају „све обавезе које из њега настају, односно сви њихови предмети“). У релевантној српској правној грађи се истиче да је „кауза облигације нестала, фокус је померен на противчинидбу, а предмет облигације замењен је садржином уговора“. Вид. Marija Karanikić Mirić, 312-317.

64 Вид. Stefan Grundmann, *European Company Law*, Cambridge 2012, 153–154, 187–188.

вана директива (2017).⁶⁵ Кодификована директива (члан 12) задржава исте основе ништавости из одредбе члана 11. тзв. Прве директиве и уређује их строго лимитативно и императивно: 1) ако не постоји оснивачки акт или ако није поступљено по правилима превентивне контроле или захтеваних правних формалности, 2) ако је предмет делатности компаније незаконит или супротан јавном поретку, 3) ако оснивачки акт или статут не садржи име компаније, износ појединачног уписа капитала, укупан износ уписаног капитала или предмет делатности компаније, 4) пропуштање поступања по одредбама националног права које се тичу уплате минималног износа капитала, 5) неспособност свих оснивача, 6) ако је, супротно националном праву које регулише компаније, број оснивача мањи од два. Приметно је да овај релевантни компанијско правни извор права у ЕУ не оперише са институтом *affectio societatis* као могућим основом ништавости трговачког друштва (али ни основима ништавости овог друштва прописаним општим правилима уговорног права), што је поделило француску правну теорију и судску праксу да ли ово могу бити и даље основи ништавости ових друштава.⁶⁶

Српски законодавац један исти институт – „ништавост друштва“ – разлаже на практично три подинститута, на начин који није правно конзистентан: *ништавост оснивачког акта и тиме ништавост друштва* (утврђује закон који уређује привредна друштва), *ништавост регистрације друштва која сама по себи не значи и ништавост друштва* (утврђује закон који уређује регистрацију привредних субјеката).⁶⁷ Тако закон који уређује привредна друштва садржи лимитативно прописане основе ништавости оснивачког акта: 1) непостојање битних елемената оснивачког акта прописаних законом за сваку форму друштва, 2) делатност супротна принудним прописима или јавном поретку, 3) непо-

⁶⁵ Directive EU relating to certain aspects of company law – codification (Кодификована директива компанијског права ЕУ), 2017/1132, *OJ L* 169/17.

⁶⁶ Вид. I. Tchotourian, 110-146.

⁶⁷ Вид. Т. Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда (ПлП)*, 4–6/2017, 71–94; француска теорија и пракса (законодавна и судска) користе јединствен институт „*ништавост друштва*“ (на основу изричите одредбе у закону: непостојање битних елемената оснивачког акта, недозвољеност предмета, фиктивно друштво, општа правила уговорног права о ништавости, превара – при чему највећи број императивних норми у закону није санкционисан ништавошћу, већ се клаузуле у оснивачком акту друштва које су им супротне сматрају да нису ни написане): M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 66–75.

стојање прописане писмене форме, 4) правна и пословна неспособност свих оснивача у моменту потписа оснивачког акта, док закон који уређује поступак регистрације привредних субјеката регулише ништавост регистрације оснивања привредног друштва и основе те ништавости који не морају бити и основи ништавости друштва : 1) ако су у пријави наведени неистинити подаци (евентуално „позајмљено лице“ - фиктивни или симуловани члан или превара ако се докаже), 2) ако је регистрација извршена на основу лажног документа, документа издатог у незаконито спроведеном поступку или документа са неистинитим чињеницама (могући институт преваре уговорног права) и 3) ако постоје други законом предвиђени разлози – *основи ништавости оснивачког акта* из закона који уређује привредна друштва, као и основи ништавости из закона који уређује облигационе односе).⁶⁸

У сваком случају, ништавост утврђује суд (разлози могу бити и отклоњени до главне расправе – тзв. регуларизација акта и друштва - усклађивање са законом, укључујући и успостављање евентуално недостајућег елемента *affectio societatis*),⁶⁹ а ништавост делује само *pro futuro*

⁶⁸ Упор. ЗОПД, члан 13; Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (ЗОПРуАПР, члан 33), „Службени гласник РС“, бр. 99/11, 83/14, 31/19 и 105/21; Закон о облигационим односима (ЗОО, члан 103), „Службени гласник СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89; „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, и „Службени гласник РС“, број 18/20.

⁶⁹ Привредно друштво које је основано у прописаном поступку и које је регистрацијом стекло субјективитет, а које не испуњава све услове за оснивање, ако регуларизација није могућа или није спроведена у одговарајућем судском поступку оглашава се ништавим. Овакво друштво се у теорији назива *фактичко друштво – тобожње друштво* (*société de fait*). За разлику од фактичког (тобожњег) друштва (*société de fait*) које је основано и уписано у регистар, али које је ништаво, *de facto* друштво (*société crée de fait*) јесте друштво које није основано у прописаној форми – није сачињен оснивачки акт у писаној форми (иако он фактички постоји) и *није уписано у регистар*. За *фактичко друштво постоји регистрација* и оно је попримило форму трговачког друштва и према трећим лицима, те га отуда треба тако и прихватити, као и његове осниваче, зависно од форме друштва, док *de facto друштво није могуће конституисати као субјекта права према трећим лицима*, мада га је могуће конституисати у унутрашњим односима (на овој основи почива и концепт тзв. тајног друштва). Вид. М. Cozian, А. Viandier, 512; М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 520-526; Ph. Merle, А. Fauchon, 679-683; J. Hamel, G. Lagarde, А. Jauffret, 129-136; P. L. Cannu, B. Dondero, 919-927; I. Tchotourian, 69-78. У француској судској пракси судови чак признају и извесан степен *affectio societatis* и ванбрачној заједници и чак штите повериоце конкубине сматрајући да су двоје љубавника као чланови ортакког друштва. У недостатку друштва – брака,

(*ex tunc*) и води поступку принудне ликвидације друштва (*ништавост је дакле изједначена са престанком друштва.*)⁷⁰

Српско компанијско право, дакле, раздваја основе ништавости оснивачког акта и тиме и ништавости друштва, од основа ништавости саме регистрације друштва (који се деле на самосталне основе ове ништавости који не морају водити истовремено и ништавости оснивачког акта и тиме и ништавости друштва и „позајмљене основе“ ништавости: основни ништавости оснивачког акта и општи основи ништавости из уговорног права, који воде и ништавости регистрације друштва али могу водити и ништавости оснивачког акта и тиме и ништавости самог друштва). Чини се, дакле, да оваквим решењем није више отворено питање у српском праву да ли се основи ништавости у смислу облигационог права примењују и на ништавост оснивачког акта привредног друштва и тиме и на ништавост самог друштва (с обзиром на то да оснивачки акт има уговорну природу), како то изричито омогућује и француски законодавац.⁷¹

У сваком случају, за тему којом се у овом раду бавимо *affectio societatis* није наведен у смислу могућег основа ништавости оснивач-

дакле, ова заједница може постојати и имати елементе неподељености (солидарна одговорност). Осим између ванбрачних другова, *de facto* друштво (друштво креирано као фактичко) може постојати и између *санаследника*, као и у неким пословним случајевима (узајамна помоћ у сеоским радовима, систем главног извођача и подизвођача, заједнички трошкови у неким професијама – посебно у слободним професијама, уговор о зајму или уговор о плаћеном раду са учешћем у добити). Вид. M. Cozian, A. Viandier, 514-516.

Исто тако, у Француској је суђено да је *однос између главног извођача и подизвођача* однос који постоји у *de facto* друштву (друштву креираном као фактичко), те престанак плаћања главног извођача води солидарној неограниченој одговорности подизвођача. Вид. J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 131-133.

⁷⁰ ЗОПД, члан 14, ст. 3 и 4; Кодификована директива (2017), члан 12. Вид. S. Grundmann, 154-155.

⁷¹ *Code civil* (article 1844-10) и *Code de commerce* (art. 235-1). Француска правна теорија не одриче примену општих правила уговорног права и на ништавост оснивачког акта привредног друштва, када је ништавост апсолутна и свако се може на њу позвати, без рока застарелости, односно преклузије. Ипак, признаје се да је ништавост оснивачког акта привредног друштва, и на овом и на општем плану, изузетно ретка појава у пракси, и то из два разлога: прво, строга превентивна контрола суда при упису у регистар и, друго, остављање могућности у покренутом поступку ништавости за *тзв. регуларизацију ситуације* (отклањање основа ништавости у остављеном року). Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, 83-88; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 71-72;

ког акта и тиме и ништавости друштва, као ни у смислу могућег основа ништавости регистрације друштва која не мора нужно водити (али зависно од основа ништавости и може) и ништавости основачког акта друштва и тиме и ништавости друштва. Овим остаје отворено питање да ли основ ништавости оснивачког акта (тиме и привредног друштва) може бити и утврђење непостојања *affectio societatis*, мада из лимитативног одређења основа ништавости овог акта у закону који уређује привредна друштва би следило да то није могуће јер то није лимитативно утврђени основ ништавости („осим из прописаних разлога...оснивачки акт не може се огласити ништавим по другом основу“).⁷² Ипак, како закон који уређује поступак регистрације проширује ове основе ништавости привредног друштва из матичног закона који уређује привредна друштва и како поред два нова именована основа ништавости (који у основи имају природу преваре уговорног права)⁷³ садржи и генерални основ ништавости „ако постоје други законом предвиђени разлози“, а употреба малог слова „закон“ значи не само основи које уређује закон који регулише привредна друштва већ и други закони, где свакако спада закон који уређује облигационе односе (генерална норма о апсолутној ништавости уговора и посебни институти ништавости: превара,⁷⁴ симуловани – привидни уговор – фиктивно друштво, забрана злоупотребе права)⁷⁵, а како

⁷² ЗОПД, члан 13.став 2.

⁷³ ЗОО, члан 65.

⁷⁴ Више: I. Tchotourian, 147-165.

⁷⁵ „Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ништав је ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго“ (ЗОО, члан 103). Институт преваре (ЗОО, члан 65), институт привидног (симулованог) уговора (ЗОО, члан 66), институт забране злоупотребе права (ЗОО, члан 13).

У француској теорији истиче се да ништавост друштва може постојати само по основима стриктно прописаним законом. У првом реду, основ ништавости друштва је *ништавост оснивачког акта* (по општим правилима грађанског права: мане воље, неспособност уговорних страна, недозвољеност предмета делатности, непостојање каузе, непостојање битних елемената, недостатак прописане форме, превара), осим ако дође до његове регуларизације (усклађивање са законом, успостављање *affectio societatis*). У принципу, одриче се могућност ништавости оснивачког акта друштва капитала због мана воље и неспособности уговорних страна. Ништавост ће уследити и у *случају преваре (fraus omnia corrumpit)*. Ништав је у односу на трећа лица и симулован уговор (фиктивно друштво), али је пуноважан дисимулован уговор (ако се докаже). Ако је реч о позајмљеном имену оснивача, *лице – позајмљено име* лично је одговорно према друштву, осталим члановима и савесном трећем лицу (а за друштво се може применити институт преваре ако се

овај закон познаје и мане воље (са којима се не идентификује *affectio*

докаже). Ништавост друштва не мора уследити ако је оснивачки акт *делимично ништав* (нпр. у односу на неке осниваче који немају пословну способност). Ништавост не мора уследити ни када се ради о неким недозвољеним клаузулама за које се сматра да нису ни написане (нпр. *clausula leonina*). У француском праву, *недостатак формалности регистрације и објаве* традиционално се сматрају апсолутном ништавошћу јер немају за циљ да заштите осниваче већ трећа лица, с тим што се признаје да то скоро не постоји у пракси. Француска теорија и пракса генерално, међутим, сматрају да ништавост привредног друштва као институт има лошу репутацију и *залажу се за обесхрабљивање ових поступака и охрабљивање института који би отклањали основе ништавости*: превентивна контрола, „разређивање“ основа ништавости (уговорни капацитет, кауза, сагласност, предмет, превара и злоупотреба права, симуловани и фиктивни чланови, специфични основи везани за природу уговора о оснивању привредног друштва; поопштравање услова за подношење тужбе за ништавост – застарелост тужбе, могућност регуларизације; ублажавање дејстава ништавости: одсуство ретроактивности, заштита трећих савесних лица; увођење *субинститута ништавости*: *клаузуле које се сматрају да нису написане, тужба за регуларизацију, тужба за покретање питања одговорности за ништавост*; други могући субститути ништавости друштва: „*непостојеће друштво*“, ништавост саме регистрације): P. L. Cannu, B. Dondero, 227–243; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 129–130 и 133–134; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 66–75.

„Ако је неки члан био само позajмљено име да би омогућио неком другом да стекне и експлоатише неко добро под покрићем грађанског друштва, тада није било ни заједничке воље чланова, ни заједничких улога, ни подеље добити или покривања губитака; према томе, друштво овако конституисано је фиктивно и сва актива (имовина), нарочито све непокретности које је такво друштво стекло, морају бити враћене њиховим правим власницима“ – *Rev. sociétés* 1974, 740, note Sortais, у: J.P. Valuet, A. Lienhard, P. Pisoni, 9.

„Чим је утврђено да је друштво било друштво фасада, без обављања делатности, чији је капитал скоро у потпуности поседовао управљач са својом супругом и да се овај ангажовао колико у име друштва толико и у своје име, следи да је управљач, аутор симулованих послова и као такав лично је одговоран према повериоцу накнаде која му је обећана (преузета) од стране друштва“, Cour de Paris, 28. oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, 219, у: J.P. Valuet, A. Lienhard, P. Pisoni, 9.

У немачком праву: *Закон о друштву са ограниченом одговорношћу (GLLA, sec. 75), Federal Law Gazette*, 1892/477; 1898/846; 2004/3166, 3214; 2005/837; 2006/2553; 2007/542; 2008/2026, 2586; 2009/1102, 2479, 2509 се сматра да се већина недостатака оснивачког акта, и поред захтевне претходне контроле (нотарска природа), отклања самим чином регистрације. Ипак, озбиљнији и важнији недостаци (ако оснивачки акт нема одредбе о минималном основном капиталу, ако оснивачки акт не садржи одредбе о сврси компаније а недостатак није отклоњен једногласном одлуком скупштине чланова друштва) могу водити његовом поништају од стране суда, по поднетом захтеву било ког члана друштва или члана надзорног одбора или директора. У *принципу*, ради се о истим основима који обавезују суд да по службеној дужности покрене поступак принудне ликвидације компаније. У мери у којој су ови основи идентични, предузети кораци могу водити или ликвидацији компаније

societatis као основ ништавости (релативна ништавост, рушљивост), то се чини да *affectio societatis* може бити овај основ ништавости уговора о друштву (с тим што његов изостанак не искључује могућу регуларизацију, било да недостаје код само једног члана друштва, мањине или већине али не и ако недостаје код свих чланова друштва).⁷⁶ Овакав став заузима и део француска теорије (која је иначе јако подељена у овом погледу) и судска пракса (која такође није униформна) који су присталице гледишта да је овај институт схваћен у свом субјективном смислу неодвојив елемент оснивачког акта трговачког друштва – одсуство *affectio societatis* основ је ништавости привредног друштва јер се друштво тада сматра фиктивним (а фиктивно друштво је ништаво а не непостојеће).⁷⁷

Српско компанијско право, без сумње, није „заљубљено“ у институт ништавости друштва (могућ због уговорне природе у начину настанка, мада код свих друштава са правним субјективитетом, ипак, ништавост оснивачког акта не води аутоматској ништавости-престанку друштва насталог на његовој основи, већ друштво мора да престане на начин предвиђен законом), пре свега због потребе заштите савесних трећих лица са којима такво друштво послује до утврђења евентуалне ништавости, отуда у мери у којој га и не искључује сводећи га на изузетак, прописује низ специфичности овог института у односу на уговорно право (сужење основа, правно дејство *pro futuro*, форме превентивне контроле уговора о друштву, прописивање рокова за утврђење ништавости и рестрикција активне легитимације за подношење тужбе за утврђење да је „регистрација оснивања привредног друштва ништава“ на „лица која имају правни

или декларисању ништавости која, супротно општим правилима уговорног права, не води дејству од настанка компаније (*ex tunc*), већ само од тренутка проглашења ништавим уписа у регистар – *pro futuro (ex nunc)*, што је дејство и ликвидације друштва. Вид. B. Meister, M. Heidenhain, J. Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main 2010⁷, 97–98.

⁷⁶ Сви основи ништавости привредног друштва могу бити регуларизовани (доведени у склад са законом), осим недозвољености предмета делатности: Више: Ivan Tchotourian, 45-69.

⁷⁷ Вид. Ivan Tchotourian, 31-45, 83-110. Suprotno: „Kada titulari udela društva s ograničenom odgovornošću priznaju da od početka nisu imali *affectio societatis* nužan za konstituisanje društva, takvo društvo u suštini se pokazuje kao društvo koje nije nikad postojalo i pseudo-članovi se mogu pozivati na prevaru imperativnih normi zakona, ma koliko bilo njihovo učešće u toj prevari“ - Civ. 3, 22 juin 1976, D 1977, 619, note Diener, u: J.P. Valuet, A.Lienhard, P. Pisoni, 10.

интерес“,⁷⁸ делимична ништавост,⁷⁹ фикција да неке недозвољене клаузуле нису написане, могућност *тзв. регуларизације* – довођење у склад са законом и то од стране самог друштва и чланова друштва, раздвајање института ништавости оснивачког акта и тиме и ништавости друштва од института ништавости саме регистрације друштва и слично). Постојање ових и других бројних специфичности ништавости уговора о друштву и ништавости привредног друштва у односу на општа правила о ништавости уговора из сфере ништавости и посебно могућности регуларизације (осим недозвољене делатности) – довођење у склад са законом од стране самих чланова друштва и друштва, а што по општим правилима о ништавости није могуће код основа апсолутне ништавости, то се чини да ништавост уговора о привредном друштву и самог друштва, има природу релативне ништавости (рушљивости) у смислу уговорног права а не апсолутне ништавости.

7. Уместо закључка

Институт *affectio societatis*, кога изреком као такав не препознаје српски закон који уређује привредна друштва, али кога по нашем уверењу имплицитно претпоставља, попут каузе (основа) који закон који уређује облигационе односе формално уређује али не захтева да изричито у уговору буде изражен, с обзиром на то да се обориво претпоставља да постоји, важан је институт права привредних друштава. Ово најмање по два основа: прво, за квалификацију постојања и правноваљаности уговора о оснивању привредног друштва, таквог постојања привредног друштва и одређења члана друштва (друштво није фиктивно, није

⁷⁸ ЗОПРyАПР, члан 33.

⁷⁹ Делимична ништавост (ЗОО, члан 105). У француском праву *од основа ништавости треба разликовати клаузуле које се сматрају недозвољеним*, те се сматра као да нису ни написане (примена принципа „корисно се штетним не квари“), али не воде ништавости друштва. У ове клаузуле спадају: *лавовске клаузуле*; клаузуле које управи дају примања која нису утврђена законом; клаузуле о фиксној дивиденди чланова независно од добити; клаузуле које ограничавају слободу опозива председника управног одбора; клаузуле које одређују да управни одбор одлучује ваљано са мање од половине чланова; клаузуле које су супротне надлежности скупштине да промени статут; клаузуле које ограничавају право сваког акционара да гласа писаним путем или да присуствује седници; клаузуле које намећу већину изнад 75% за промену статута; клаузуле које ограничавају подизање тужбе за друштво (деривативна тужба). Вид. M. Cozian, A. Viandier, 83–84; Ivan Tchotourian, 78–80.

ништаво, члан није фиктиван или „позајмљено име“) и, друго, за разграничење овог уговора од бројних других уговора уговорног права који могу садржати неке клаузуле које их приближавају уговору о друштву, као и за разграничење овог уговора од неких других организационих форми обављања одређених делатности које немају природу привредног друштва (*de facto* друштва – друштва креирана као фактичка, тајна друштва, удружења, пословна удружења, кооперативе, синдикат банака, пулови осигурања, економске интересне групације, фондације и друго) или за разграничење форми неподељене имовине.

Институт *affectio societatis* у свом субјективном поимању се своди на психолошки појам „заједничке намере“ за остваривањем одређеног „заједничког економског интереса“ (добит) удруживањем одређене економске вредности (улог) и уз заједничко сношење ризика, што је објективни факт (објективно поимање), дакле у својој целовитости одражава га субјективно-објективно поимање (мешовито одређење). За разлику од објективног факта који је као материјализован лако доказив, субјективно одређење као психолошки појам није видљиво као материјални факт, али је доказиво и претпостављиво (оборива претпоставка) да постоји и кад није изражено и то целовитом садржином уговора (попут еволуције института каузе у француском праву на који се више не гледа као на општи услов за закључење уговора, већ се његово постојање доказује на основу „допуштене и одређене садржине уговора“). Уосталом, и институт тумачења нејасног уговора или појединих уговорних одредби се своди на утврђивање „заједничке намере уговарача“ (што је иначе и циљна функција института *affectio societatis*), што иако психолошки феномен, попут субјективног одређења овог института, има своје законско утемељење у српском уговорном праву.⁸⁰

Све у свему, *affectio societatis* може бити дакле од значаја у праву привредних друштава и, са пуно оправдања и аргумената, може бити стављен у исти ранг са другим елементима неопходним за постојање привредног друштва (улог, добит, ризик). Ово важи за све форме привредних друштава, с тим што је свакако јаче изражен код затворених форми друштава (ортачко, командитно, друштво с ограниченом одговорношћу) и то не само у фази оснивања друштва, већ и током трајања друштва и то код свих чланова друштва. Најбољи доказ за то је чињеница да губитак овог елемента привредног друштва, под одређеним

⁸⁰ ЗОО, члан 99.

околностима, код неког члана друштва лица или код чланова друштва с ограниченом одговорношћу који имају законом прописани износ капитала учешћа може водити престанку друштва одлуком суда или до иступања таквог члана друштва из друштва. Оваква улога *affectio societatis* постоји и код акционарског друштва приликом оснивања друштва (стицање статуса члана друштва), а доцније током живота друштва нешто се релативизује, нарочито код акционарског друштва чијим се акцијама тргује на организованим финансијским тржиштима, посебно када купци тако купљених акција више имају статус инвеститора (акције без права гласа) него акционара. Ипак, да *affectio societatis* не ишчезава сасвим и код ових друштава доказ је чињеница да под одређеним околностима губитак идентификације са друштвом постојањем овог елемента може водити престанку друштва одлуком суда.

Најзад, *affectio societatis* има наглашени значај код друштава без правног субјективитета или других организационих форми или неподељених форми имовине (*de facto* друштва – друштва креирана као фактичка, тајна друштва, друштва лица у неким правима, удружења, неподељена имовина и слично), које форме често настају фактички без икаквог формалног акта, те управо окретање овој установи води њиховој легитимацији, идентификацији и правној квалификацији (код друштава са правним субјективитетом ту улогу у доброј мери може обавити тај субјективитет и захтеви форме његовог стицања). Све ово може водити само једном закључку – појам *affectio societatis* није једнозначан већ плуралан и није непроменљив већ променљив. Управо ова варијабилност овог појма омогућује и његову адаптабилност и прилагодљивост промењеним фактима. То је и кључни разлог објашњења овог института давањем примата субјективном поимању („намера удруживања и стицања својства члана друштва“) или објективном поимању („остварење заједничких економских интереса стицања добити и сношења ризика на бази равноправности чланова“) или субјективно-објективном поимању (мешовита теорија објашњења *affectio societatis*).

Коришћена литература:

1. Barbèri J. F., „Le retour sur l’ affectio societatis, une intention mal aimée“, Mélange en honneur de Patrick Serlooten , Paris 2015,
2. Cannu P. L., Dondero B., Droit des sociétés, Paris 2012,
3. Cozian M., Viandier A., Deboissy F. Droit des sociétés, Paris 2006,
4. Cuisinier V., L’ affectio societatis, Paris 2008,
5. Ivan Tchotourian, Vers une définition de l’ affectio societatis lors de la constitution d’ une société, Paris 2011,
6. Zdzislaw A. Neubauer, L’ affectio societatis dans la sociétés de capitaux, thèse, Lille 1994,
7. Patrick Serlooten, „L’ affectio societatis, une notion à revisiter“, Mélange en l’ honneur de Yves Guyon, Paris 2003,
8. Phillipe Merle, Anne Fauchon, Droit commercial – sociétés commerciales, Paris 2001,
9. Gower L. C. B., Principles of Modern Company Law, London 1992,
10. Grundmann S., European Company Law, Cambridge 2012,
11. Guyon Y, „Droit des affaires, Tom I – Droit commercial général et sociétés, Paris 2003,
12. Hamel J., Lagarde G., Jauffret A., Droit commercial, Tome I, 2 édition, 2 volume, Paris 1980,
13. Hamilton R., The Law of Corporations, Minnesota 1991,
14. Јевремовић Петровић Т., „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, ПиП, 4–6/2017,
15. Јовановић Н., Радовић В., Радовић М., Компанијско право – право привредних субјеката, Београд 2020,
16. Мирковић Ђ., Две теорије о правној природи трговачких друштава, Београд 1934,
17. Meister B., Heidenhain M., Rosengarten J., The German Limited Liability Company, Frankfurt am Main 20107,
18. Naffah G., „L’ affectio societatis, un critère qui n’ en est pas un“, Mélange en l’ honneur de Jean - Jaques Daigre, Paris 2017,
19. Pollaud-Dulian F., „L’actionnaire dans les opérations de portage“, Rev. soc. 1999,
20. Prime T., Scanlan G., The Law of Partnership, London 1995,
21. Schmidt D., „De l’ intérêt commun des sociétés“, J.C.P., 1994, I,

22. Васиљевић М., Јевремовић Петровић Т., Лепетић Ј., Компанијско право – право привредних друштава, Београд 2023,
23. Valuet J.P., Lienhard A., Pisoni P., Code des sociétés et des marchés financiers – Commenté 23 édition, Paris 2007,
24. Viandier A., La notion d' associé, LGDJ, Paris 1978.

Mirko Vasiljević⁸¹

***AFFECTIO SOCIETATIS* AND COMPANY LAW**

Summary: *The concept of affectio societatis in the company law raises numerous controversies. To begin with, this refers to its very existence as a concept. Then, even if its existence is acknowledged, its role is considered differently in legal theory and judicial practice. This concept was mostly discussed in the French legal doctrine and judicial practice, analogous with the discussion on the concept of consideration, while both concepts are not recognized by other relevant laws, such as the German, British and Swiss law. The Serbian company legislation does not acknowledge affectio societatis as an established concept, but the question arises whether it can be assumed to exist, similar to the concept of consideration, which is indeed acknowledged by the Serbian legislator but which is not explicitly stated in the contract, given that its existence can be assumed (rebuttable presumption) and that it can be regarded as a general condition for the contract conclusion such as other similar general conditions (capacity of contracting parties, consenting minds, permitted subject matter, consideration-basis and prescribed or agreed form).*

This paper discusses the issue of the conceptual definition of the affectio societatis concept and states that this concept has both subjective definition (consenting minds to conclude a contract on the establishment of a company and acquire the status of a member of that company) and objective definition (specific investment for the performance of a certain activity in order to generate profit with shared risk). Based on these grounds, it is stated that this concept differs from other general conditions related to the contract conclusion, particularly from the concept of consenting minds of contracting parties

⁸¹ Academician ANURS, Professor Emeritus, University of Belgrade – Faculty of Law

and concept of consideration. Finally, it is concluded that the existence of *affectio societatis* in a contract on the establishment of a company can be assumed by determining its subjective and objective segment (determining the common intention of a contracting party) and, at the same time, it emphasizes the importance of existence due to multiple roles.

The role of *affectio societatis* concept can be synthesized into three aspects. Firstly, the differentiation is made between a company and other organizational forms which may have the nature of a company, but which is not a business company, legally valid company (civil society, *de facto* company, secret company) or legally invalid (fictitious company, existence of a fictional member, simulated contract). Secondly, the differentiation is made between the contract on a business company and other contracts which may have some elements of this company but not all of them (employment contract, credit or loan contract, deposit contract, consortium contract, main contractor and subcontractor contract, etc.). And, thirdly, the differentiation is made between a business company and other organizational forms (economic interest groups, associations, business associations, cooperatives, endowments, bank unions, insurance pools, etc.). This practically grants the *affectio societatis* concept equal status as other general conditions for concluding a company contract and other essential elements of this contract, the absence of which can result in the nullity of both the contract and the company itself, the concept which is otherwise extremely rare in the company law due to legal certainty of third parties doing business with the company.

Key words: *affectio societatis*, role of *affectio societatis*, company, contract on the establishment of a company, nullity of a company.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРЕДУЗЕТНИКА ПРЕМА НОВОМ ЗАКОНУ О САМОСТАЛНИМ ПРЕДУЗЕТНИЦИМА

Проф. др Зоран Васиљевић¹

Резиме: У раду се анализира правни положај самосталних предузетника као једне од двије основне врсте привредних субјеката, уз привредна друштва. Аутор указује на ступање на снагу новог Закона о самосталним предузетницима почетком текуће године и указује на новине у односу на рјешења раније важећег Закона. Поред сагледавања општих карактеристика предузетника као физичког лица које се самостално бави привредним дјелатностима, разматрају се и предности и недостаци у односу на привредна друштва као другу правну форму обављања привредних дјелатности. Закључује се да се новим Законом настоји појачати озбиљност правне форме предузетника, што је видљиво кроз онемогућавање истовременог регистровања више предузетничких дјелатности, детаљније регулисање услова и поступка регистрације, омогућавање преноса предузетничке дјелатности, као и привременог и трајног наставка пословања након смрти предузетника, чиме се сама дјелатност у одређеној мјери осамостаљује у односу на субјекта који је обавља, што је карактеристика и привредних друштва, кад се посматра однос његових оснивача и дјелатности за коју се друштво региструје. С друге стране, Закон онемогућава нова удруживања предузетника, те се закључује да то води у правцу форсирања самосталног обављања предузетничке дјелатности.

Кључне ријечи: самостални предузетник, регистрација, пренос и престанак обављања дјелатности.

¹ Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, Email: zoran.vasiljevic@pf.unibl.org ORCID ID: 0000-0002-9691-424X

1. Уводна разматрања

Основне двије врсте привредних субјеката су предузетници (физичка лица) и привредна друштва (правна лица). Томе, као трећу врсту, можемо додати и задруге, које, ипак, имају и одређене специфичности које се огледају у постојању задружних начела. Предузетник је, поред тога, и облик организовања индивидуалне форме предузећа, уз једночлано привредно друштво које се може основати у облику друштва са ограниченом одговорношћу или затвореног акционарског друштва.

Управо ова правна форма најбоље одражава и традиционално одређење појма трговца, било субјективном или објективном теоријом. Према субјективној концепцији, која води поријекло из њемачког права, трговцем се сматра свако лице које се бави трговачком дјелатношћу у виду професије. С друге стране, према објективној концепцији чији су коријени у француском Трговинском законнику из 1807. године, полази се од одређења послова као трговачких, па су сва лица која их обављају уједно и трговци. Ипак, ријетко гдје се ове концепције јављају у чистом облику,² тако да у стварности и нема различитих схватања појма трговца.

Крајем прошле године је усвојен нови Закон о самосталним предузетницима, који је ступио на снагу 1. јануара ове године. Доношење овог Закона је унијело одређене новине у односу на рјешења до тада важећег Закона о занатско-предузетничкој дјелатности из 2011. године. У даљем тексту ћемо извршити аналиту правног положаја предузетника према рјешењима новог Закона.

2. Настанак, појам и опште карактеристике предузетника

Предузетништво се појављује још у старом вијеку и у том периоду је било практично и једини облик обављања привредне дјелатности. Тако су и поједини крајеви тада познатог свијета били препознатљиви по одређеним занатским производима, попут коринтских бронзаних предмета, феничанског пурпура и стакла, керамике из Етрурије и Тоскане, и сл.³ Међутим, у то вријеме статусно право предузетника још није било развијено. До стварања сталежа трговаца и занатлија, удружених у гилде

² Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, 11. измењено и допуњено издање, Београд, 2019., 45.

³ Вид. Велисав Марковић, *Индивидуални предузетник – правни оквир пословања*, Београд 2016., 14.

и цехове, долази у средњем вијеку. На нашем подручју, падом под турску власт, у доброј мјери се мијења и структура заната. Нови занати увезени са истока и који су служили за потребе турске војске потискују старе занате.⁴ Тек ослобођењем од Турака и стварањем јужнословенске државе Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, почиње озбиљније да се приступа регулисању предузетничке дјелатности. Тако је 1931. године донијет Закон о радњама, по којем су се све радње дијелиле на трговачке, занатске, индустријске, грађевинске и електротехничке. Преласком на социјалистички облик уређења замире и предузетничка дјелатност, која није била у складу са новим концептом. Тек је доношењем Устава из 1974. године зајамчена слобода личног рада на средствима за производњу у својини грађана.⁵ Преласком на тржишни облик привређивања, предузетници се изједначавају са осталим облицима обављања привредне дјелатности, али губе значај који су некад имали, услијед немогућности да конкуришу привредним друштвима.

Некадашњи Закон о предузећима из 1998. године је регулисао и предузетнике, поред привредних друштава и јавних предузећа. Данас су предузетници регулисани посебним законом, што је и оправдано, јер се ради о индивидуалној, а не колективној форми обављања привредне дјелатности. У нашем праву се под предузетником (енг. *sole trader*; њем. *Einzelkaufmann*, франц. *entrepreneur*)⁶ сматра физичко лице које обавља предузетничку дјелатност у своје име и за свој рачун ради стицања добити, и као такав је уписан у регистар предузетника.⁷ Дакле, искључиво се ради о физичким лицима, која лично одговарају за обавезе из своје дјелатности и која се поистовјећују са својим предузећем. Предузетник је, уз то, носилац свог предузећа.⁸ Што се тиче дјелатности којом се предузетник може бавити у смислу занатско-предузетничке, то је свака

⁴ Више: *ibid*, 16. и даље.

⁵ *Ibid*, 25.

⁶ У правној теорији се заступа и став како би назив „предузетник“ требало преименовати у „индивидуални предузетник“, чиме би се физичко лице, које је регистровано у овој форми обављања привредне дјелатности, термилолошки разликовало од општег, генусног и економског појма „предузетник“. Вид. В. Марковић, *Индивидуални предузетник – правни оквир пословања*, 29.

⁷ Чл. 4. ст. 1. т. 2) Закона о самосталним предузетницима, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 98/24 (у даљем тексту: ЗСП).

⁸ Вид. Марко Рајчевић, „Предузетник у праву Републике Српске“, *Право и привреда*, 4-6/2012, 85, 88.

привредна дјелатност утврђена важећом класификацијом дјелатности коју физичко лице обавља производњом, прометом и пружањем услуга на тржишту, ради стицања добити и за чије обављање није потребан други облик организовања. У предузетнике се не убрајају носиоци слободних професија (нпр., адвокати), осим ако прописима који их уређују није другачије одређено.⁹

Посебан облик предузетничке дјелатности представља занатска дјелатност, која обухвата занатску производњу (која се односи на производњу мањих серија производа уз коришћење машина и техничке опреме на начин да то нема обиљежја индустријске производње), пружање занатских услуга (које обухватају поправку и одржавање производа, уређаја, објеката и вршење личних услуга), као и традиционалне занате, који обухватају старе занате (израда и дорада предмета претежно ручним радом), умјетничке занате (обликовање разних врста материјала, при чијој изради долази до изражаја лични укус и вјештина произвођача, по сопственој или замисли, односно нацрту другог лица) и домаћу радиност (обухвата израду, дораду и оплемењивање предмета код којих преовладава ручни рад и који имају естетско обиљежје народне умјетности).¹⁰ Зависно од дјелатности којом се претежно баве, предузетнике можемо подијелити на предузетнике уопште и занатлије. У сваком случају, предузетници могу обављати само дјелатности за које су се регистровали. У супротном, чине прекршај за који се изриче новчана казна.¹¹

Према томе, опште карактеристике предузетника се састоје у томе да је у питању физичко лице, да може обављати све дјелатности осим оних за које је законом прописано да се могу обављати искључиво у одређеној форми организовања привредног друштва (нпр., банкарски послови), да има лукративни циљ обављања дјелатности (стицање добити), да дјелатности обавља у виду занимања и за то се региструје, те да

⁹ Овакво становиште је потврђено и у судској пракси. Вид. Н. Јовановић у Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Београд, 2020., 86.

¹⁰ Традиционални занати подразумевају послове израде и дораде производа претежно ручним радом, употребом традиционалних или савремених алата, под условима и на начин којим се чува и одражава израз традиционалног народног стваралаштва, знања и вјештина. Види чл. 9. ст. 1. ЗСП.

¹¹ Вид. чл. 94. ст. 1. т. 2) ЗСП. За разлику од привредних друштава код којих је напуштена доктрина *ultra vires* и заузето схватање да и овакви правни послови обавезују привредна друштва, уколико је друга уговорна страна била савјесна.

за обавезе настале у правном промету обављањем дјелатности одговара лично, цјелокупном својом имовином.

Некада се приликом регистрације предузетника наводила и скраћеница с.з.р. (самостална занатска радња), на основу чега се у теорији развило и схватање да предузетничка радња може бити и посебан субјект права, што није тачно. Предузетник уколико има обавезу прибављања пословног простора, може да га означи различитим прикладним називима као што су радња, студио, атеље, ординација, продавница, агенција, биро и сл., али то не значи да тиме ствара и посебан субјективитет одвојен од сопствене личности. Утемељење за ово погрешно схватање је отклоњено још 2002. године доношењем Закона о занатско-предузетничкој дјелатности који није захтијевао било какву скраћеницу у називу предузетника, поред његовог имена, а то је потврдио и Закон из 2011. године, који је предвидио скраћеницу, али у облику с.п. што значи „самостални предузетник“. Овакво рјешење је задржано и у новом законском тексту.¹²

Најважнији елементи индивидуализације предузетника су сједиште и пословно име. Критеријум за одређивање сједишта предузетника је мјесто у коме он обавља дјелатност или из којег управља својим пословањем, а ако за обављање дјелатности није потребан пословни простор сједиштем се сматра мјесто у коме предузетник има пребивалиште, односно боравиште.¹³ Сједиште за предузетника, у принципу, има исти значај као и за привредно друштво.¹⁴ Зависно од сједишта се одређује надлежност пореских органа, судова, мјеродавно право, мјесто испуњења обавеза, и сл.

Пословно име предузетника, као други елемент индивидуализације, обавезно садржи опис дјелатности (навођење предмета пословања на јасан начин у складу са претежном дјелатности и, евентуално, осталим дјелатностима предузетника), назив који се наводи под наводницима, име и презиме предузетника, ознаку с.п. (самостални предузетник) и сједиште (назив јединице локалне самоуправе сједишта, без навођења адресе и насељеног мјеста), а може садржавати и друге посебне ознаке, као што су цртежи, слике, ознаке којима се ближе одређује радња или дјелатност, и сл. Што се тиче забрањених елемената, пословно име не

¹² Вид. чл. 21. ст. 3. т. 4) ЗСП.

¹³ Чл. 18. ст. 4. ЗСП.

¹⁴ М. Рајчевић, „Предузетник у праву Републике Српске“, 92.

може садржавати описе, називе и ознаке који вријеђају јавни морал или су у супротности за важећим прописима и међународним конвенцијама. Предузетник, такође, може имати и скраћено пословно име које садржи назив, име и презиме предузетника, ознаку с.п. и сједиште. На сва питања која нису посебно уређена по питањима пословног имена предузетника, сходно се примјењују одредбе ЗПД-а.

С обзиром на то да се, као што је истакнуто, ради о елементима индивидуализације у правном промету, пословна имена предузетника се морају разликовати како не би изазивала забуну о идентитету или у погледу дјелатности предузетника на подручју исте јединице локалне самоуправе. Пословно име предузетника мора бити истакнуто на улазу у објекат у сједишту или у издвојеној јединици, као и на улазу у стамбени објекат или на поштанском сандучету, ако дјелатност обавља без пословног простора или у стамбеном простору. Ако предузетник обавља дјелатност изван сједишта, односно без пословног простора, дужан је да пословно име истакне на начин који је видљив и разумљив за сва лица на локацији гдје се та дјелатност обавља.¹⁵

Измјенама раније важећег Закона, које су учињене 2019. године, физичким лицима је омогућена и резервација пословног имена, што је уграђено и у текст новог Закона. Наиме, регистрациони орган прихвата резервацију уколико су испуњени сви законски услови (недовођење до забуне са другим постојећим или резервисаним пословним именом, односно већ поднесеним захтјевима за регистрацију предузетника или промјене пословног имена већ регистрованих предузетника, а пословно име мора да садржи и све елементе у складу са законом). Резервација пословног имена важи 90 дана.¹⁶

3. Регистрација предузетника

Предузетници се разликују од привредних друштава и по томе што се не региструју у судском регистру, већ код надлежног органа јединице локалне самоуправе за послове привреде. Некада је постојала обавеза за предузетнике који имају већи годишњи обрт од 200.000 КМ (тзв. велики предузетници) да региструју своје пословање у судском регистру, међутим, овај услов више не постоји.

¹⁵ Вид. чл. 22. ст. 2-3. ЗСП.

¹⁶ Вид. чл. 25-28. ЗСП.

Поступак регистрације се заснива на начелима приоритета (поступање по захтјевима према редослиједу пријема), једнообразности захтјева (подношење захтјева на јединственом обрасцу), формалности (регистрациони орган доноси акте на основу података из захтјева и приложених доказа), јавности и доступности (у правилу, свако може остваривати увид у податке из регистра), временског настанка података (воде се према времену уписа у регистар) и једнакости подносилаца захтјева (забрана било ког облика дискриминације).

Да би могао обављати предузетничку дјелатност, предузетник мора испуњавати одређене услове који се односе на његову личност или се тичу врсте дјелатности којом жели да се бави. Ради се о слиједећим општим условима: пунољетство, посједовање идентификационог документа са сликом (лична карта или пасош), непостојање правоснажне одлуке надлежног органа којом би била изречена мјера забране обављања жељене дјелатности (или да је таква мјера извршена, ако је била изречена), непостојање неизмирених пореских обавеза, као и неплаћених новчаних казни, трошкова принудне наплате и трошкова поступка за учињени прекршај из области економског и финансијског пословања.¹⁷ Поред тога, за отпочињање пословања могу се тражити и посебни услови, као што је посебна здравствена способност или запошљавање лица које је посједује ако је посебним законом прописана за обављање одређених дјелатности, посједовање одговарајуће стручне спреме (или запошљавање лица које је посједује), ако се то тражи посебним прописом за обављање одређене дјелатности, те посједовање опреме, односно средстава рада, кадрова и одговарајућег пословног простора, када се то тражи за обављање одређене дјелатности.¹⁸ Предузетник, у правилу, обавља дјелатност сопственим средствима, али може и закупљивати или на други начин обезбјеђивати пословни простор и средства за рад, уколико их нема у свом власништву.

Физичко лице које намјерава обављати предузетничку дјелатност мора да поднесе захтјев надлежном органу јединице локалне самоуправе за послове привреде, на чијем подручју намјерава имати сједиште. Захтјев се може поднијети путем поште или електронским путем. Уколико се подноси електронским путем, подносилац захтјева мора имати метод аутентикације и електронског потписивања у складу са законом којим

¹⁷ Вид. чл. 32. ст. 1. ЗСП.

¹⁸ Вид. чл. 33. ст. 1. ЗСП.

се уређује регистрација пословних субјеката, као и креиран кориснички налог у јединственој електронској апликацији, путем које се и подноси захтјев. У случају овог начина подношења захтјева, није потребно подносити доказе о постојању општих услова за обављање дјелатности (родни лист, лична карта, докази из судског регистра и регистра пореске управе).¹⁹

Регистрациони орган је дужан донијети рјешење о регистрацији предузетника најкасније у року од два дана од дана достављања уредног захтјева. Изузетно, у случају постојања објективних околности које спречавају поступање по захтјеву, регистрациони орган може одлучити у року од четири радна дана од дана престанка тих околности.²⁰ Без посједовања рјешења о регистрацији, предузетник не може почети са обављањем дјелатности, а када га добије, дужан је да почне са обављањем дјелатности у року од 30 дана од дана достављања.²¹ Дакле, предузетнички статус се стиче од момента достављања рјешења, а не од уписа у регистар предузетника, што наводи на закључак да упис у регистар нема конститутивно дејство.²² Ова обавеза се не односи једино на стране држављане, који су везани роком достављања овјерене копије акта о одобреном привременом или сталном боравку у БиХ у року од 60 дана од дана издавања рјешења о регистрацији предузетника.²³ Ова додатна обавеза страних држављана не постоји само у случајевима ако се региструју као предузетници у виду додатног занимања или ако не обављају дјелатности личним радом. Надлежни инспекцијски орган провјерава испуњеност услова за обављање дјелатности у року од 45 дана од дана достављања рјешења.²⁴

¹⁹ Вид. чл. 45. ст. 3. ЗСП.

²⁰ Чл. 51. ст. 3. ЗСП.

²¹ Или у наведеном року од дана достављања одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа, ако је то потребно за почетак пословања. Вид. чл. 31. ст. 1. т. 2) ЗСП.

²² Међутим, да би неко, по дефиницији, имао статус предузетника, мора бити уписан и у регистар предузетника. Излаз из ове контрадикторности би се требао тражити у обавезивању регистрационог органа да прво упише предузетника у регистар, а потом достави рјешење уписаном предузетнику. Вид. М. Рајчевић, „Предузетник у праву Републике Српске“, 89.

²³ Чл. 54. ст. 1-2. ЗСП. Видљиво је да се у случају страних држављана рок не рачуна од момента достављања рјешења, већ од дана његовог доношења, јер они доказ о мјесту свог привременог или сталног боравка достављају накнадно.

²⁴ Чл. 52. ст. 3. ЗСП.

Регистрациони орган води регистар предузетника, и то у папирном²⁵ и електронском облику. Предузетници у регистру могу имати статус активног- који обавља дјелатност, привремено одјављеног- који само у одређеном периоду не обавља дјелатност и одјављеног- коме је утврђен престанак обављања дјелатности. Поред наведеног регистра, постоји и Централни регистар предузетника у Републици Српској, који води Агенција за посредничке, информатичке и финансијске услуге. Овај регистар има третман јавне књиге и дио је Регистра пословних субјеката Републике Српске и обухвата податке из регистра предузетника које воде надлежни регистрациони органи.

4. Вођење послова и пренос обављања дјелатности

Као што је у уводу истакнуто, предузетник обавља регистровану дјелатност у своје име и за свој рачун, али он може повјерити вођење послова и запосленом раднику у својству пословође, који ће то чинити у име и за рачун предузетника. Предузетнику који обавља дјелатности старих и умјетничких заната, односно домаће радиности, могу помагати и чланови породичног домаћинства који имају најмање 15 година, без заснивања радног односа, на начин да раде у његовом присуству.²⁶ Такође, и у вршењу осталих регистрованих дјелатности, предузетнику могу помагати чланови породичног домаћинства који су старости од 15 до 18 година, чланови који су редовни ученици средње школе, односно редовни студенти до 26 година старости и чланови који су корисници пензије.²⁷

Предузетничка дјелатност се може обављати у пословном простору, стамбеном простору или без пословног простора. Без пословног простора се могу обављати само оне дјелатности за које је то посебно прописано правилником који доноси министар привреде и предузетништва. Овдје се ради о дјелатностима код којих је то по природи ствари то могуће или уобичајено или је у складу са посебним прописима. Надлежни министар доноси и правилник којим се уређује листа предузетничких дјелатности које се могу обављати у стамбеном простору. То

²⁵ У Закону је употребљен термин „писаном“, који није у потпуности адекватан, јер се и у електронском облику ради о писаном материјалу. Вид. чл 71. ст. 1. ЗСП.

²⁶ Вид. М. Рајчевић, „Предузетник у праву Републике Српске“, 88.

²⁷ Вид. чл. 12. ст. 3. ЗСП.

су дјелатности чије обављање не захтијева измјену постојећих услова коришћења стамбеног простора и не ометају друга лица у њиховом мирном коришћењу стамбеног простора, заједничких просторија и уређаја, као и припадајућег земљишта за редовну употребу објекта. Ове дјелатности се односе на израду, дораду и оплемењивање предмета или на пружање услуга које, по својој природи, не захтијевају пословни простор.²⁸

Уколико се за обављање предузетничке дјелатности региструје физичко лице које није у радном односу, оно је може обављати као своје основно занимање, а уколико је у радном односу са пуним радним временом код другог послодавца, онда своју предузетничку дјелатност обавља као допунско занимање, најдуже до половине седмичног пуног радног времена. Коначно, уколико је физичко лице које се региструје као предузетник, у радном односу на неким другим пословима или у статусу студента, корисника пензије, лица са инвалидитетом, као и друга лица која у складу са посебним прописима имају то право, она могу обављати предузетничку дјелатност као додатно занимање. У том случају је обавезно и да запосли лице које испуњава услове за обављање те дјелатности.²⁹ Предузетник, такође, може регистровати и периодично обављање дјелатности, и то најдуже девет мјесеци у току календарске године.³⁰ Предузетник је дужан да у пословном простору посједује рјешење за обављање дјелатности, да је обавља квалитетно и савјесно у складу са прописима, добрим пословним обичајима, пословним моралом и правилима струке, мора имати истакнуто радно вријеме, цјеновник својих производа или услуга, те испуњавати све законом прописане услове за обављање дјелатности.

Предузетник, по правилу, обавља регистровану дјелатност самостално. Међутим, раније важећим Законом је била регулисана и могућност удруживања са одређеним бројем физичких лица (највише 10) са којима би заједнички обављао дјелатност.³¹ Овим лицима је и новим Законом омогућен наставак пословања, али без могућности приступања нових ортака, осим уколико се не ради о потомцима, супружницима или браћи и сестрама предузетника који испуњавају опште услове за регис-

²⁸ Вид. чл. 6. ст. 2-8. ЗСП.

²⁹ Вид. чл. 17. ЗСП.

³⁰ Чл. 15. ст. 4. ЗСП.

³¹ Та могућност је била регулисана у чл. 16. ст. 1. Закона о занатско-предузетничкој дјелатности из 2011. год. Вид. Зоран Васиљевић, Вук Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Бања Лука, 2023., 26-27.

трацију предузетника, и то у случајевима коад један од ортака испуни услове за нензију и не жели даље да дјелује у својству предузетника. Такође, ова могућност се даје и насљедницима предузетника у случају смрти једног од ортака, а у складу са правилима за привремени или трајни наставак обављања дјелатности.³² Лица која заједнички обављају дјелатност имају својство ортака и о овом облику удруживања се сачињавао уговор, који има правну природу грађанскоправног ортаклука. Разлика у односу на трговачки ортаклук у виду привредног друштва је што овај облик удруживања нема правни субјективитет, нити своју посебну имовину, одвојену од личне имовине ортака. Међутим, и овај облик ортаклука се пријављивао ради издавања рјешења за регистрацију предузетника.

Према новом Закону, више није могуће закључивање нових уговора о зајеничком дјеловању, али је, умјесто тога регулисан институт преноса обављања дјелатности предузетника. Наиме, предузетник може пренијети на друго физичко лице обављање дјелатности, с којим у том случају мора закључити нотарски обрађен уговор.³³ На основу уредног захтјева, регистрациони орган доноси рјешење о регистрацији преноса обављања дјелатности чиме предузетник стицалац ступа у све пословно-правне односе предузетника и преузима сва његова права и обавезе у вези са пословањем. Ова промјена захтијева и измјену пословног имена предузетника у дијелу замјене личног имена, док назив и јединствени идентификациони број предузетника могу да се задрже.

Удружење предузетника се зове Комора самосталних предузетника и њена улога је да усклађује и заступа интересе предузетника на територији Републике Српске. Предузетници уписом у регистар предузетника аутоматски постају чланови Коморе и морају да плаћају чланарину, из које се Комора финансира, поред накнада за услуге које врши и других извора. Органи Коморе су скупштина, управни одбор и директор, а при Комори постоји и суд части, који води поступке и одлучује о повредама пословних обичаја, уговора, тржишних правила и других прописа, неизвршавању обавеза чланова и непоштовању одлука органа Коморе.

³² Вид. чл. 98. ст. 3. ЗСП у вези са чл. 67-68. ЗСП.

³³ Нотарска обрада уговора није неопходна само код преноса обављања дјелатности између предузетника у његовог брачног или ванбрачног друга, дјеце или усвојеника, као и брата или сестре, већ је довољна само овјера потписа сауговарача. Вид. чл. 64. ст. 7. и 9. ЗСП.

5. Престанак обављања дјелатности и статуса предузетника

У току пословања предузетник може привремено престати са обављањем дјелатности у укупном трајању до шест мјесеци у периоду од двије године. Изузетно може и дуже у случајевима болести (најдуже до једне године непрекидно), те стручног усавршавања или више силе (најдуже до двије године непрекидно), односно у случају коришћења породилског одсуства (најдуже до навршене друге године живота дјетета).³⁴ С друге стране, предузетник трајно престаје са обављањем дјелатности по основу захтјева која се подноси надлежном органу јединице локалне самоуправе (регистрационом органу), и то најкасније посљедњег дана свог пословања, а у коме може навести и други конкретан дан престанка обављања дјелатности, који не може бити каснији од 30 дана од дана достављања захтјева³⁵

Обављање дјелатности се може забранити и по сили закона, када надлежни орган доноси рјешење о престанку обављања дјелатности и брисању предузетника из регистра. Разлози за ово могу бити:

а) смрт предузетника, ако се не поднесе захтјев за наставак обављања дјелатности у року од 60 дана од дана смрти, а који подноси један од насљедника у циљу привременог наставка обављања дјелатности у периоду од двије године од наставка пословања,³⁶

б) ако се у периоду од двије године од привременог наставка пословања након смрти предузетника не донесе рјешење о трајном наставку обављања дјелатности,

в) ако престану да постоје природни и други услови за обављање дјелатности,

г) ако предузетник не именује пословођу најкасније у року од 30 дана од дана ступања на казну издржавања затвора,

д) ако предузетник буде правоснажно осуђен за кривична дјела против привреде и платног промета,

³⁴ Вид. чл. 57. ст. 6. ЗСП.

³⁵ Ако је захтјев уредан, регистрациони орган доноси рјешење о престанку обављања дјелатности. Вид. чл. 61. ст. 1. У вези са чл. 60. ст. 4. и ст. 6. ЗСП.

³⁶ Вид. чл. 62. ст. 1. т. 1) у вези са чл. 67. ЗСП. Послије окончања оставинског поступка, а најкасније у периоду од двије године од наставка пословања, насљедник имовине и права која се користе у пословању може и трајно наставити са обављањем дјелатности. Ако их има више, потребно је да закључе споразум у коме се наводи ко ће трајно наставити пословање. Вид. чл. 68. ст. 1. и 4. ЗСП.

ђ) губитак пословне способности, ако не буде поднесен захтјев за наставак обављања дјелатности у року од 60 дана од стране стараоца предузетника,³⁷

е) ако страни држављанин не достави надлежном органу овјерену копију радне дозволе у року од 60 дана од дана издавања рјешења о регистрацији предузетника,

ж) ако предузетник има регистровану само једну дјелатност која се може обављати искључиво у форми правног лица, те у року од 30 дана од дана достављања позива регистрационог органа не поднесе захтјев за измјену или брисање ове дјелатности,

з) ако се предузетнику укине посебно одобрење, сагласност, дозвола или други акт надлежног органа, под условима да је регистрован само за дјелатност за коју је издато одобрено, а не поднесе захтјев за измјену те дјелатности у року од 30 дана од дана достављања позива регистрационог органа,

и) ако предузетник не региструје промјену пословног имена у року од 30 дана од дана правоснажности пресуде којом се налаже промјена пословног имена,³⁸ и

ј) ако надлежни орган утврди да је предузетнику издато рјешење о регистрацији на основу лажних исправа.

У нашем праву није могуће вођење стечаја над предузетником, за разлику од све ширег коришћења овог института у упоредном праву. Према нашем Закону о стечају, стечајни поступак се може покренути само у односу на привредна друштва, те ортаке и комплементарне привредних друштава, који могу бити и физичка лица, али не и у статусу предузетника.

6. Закључна разматрања

Предузетници данас немају значај који су имали некад, јер су га изгубили са појавом привредних друштава. Ипак, они и данас представљају најмасовнију врсту привредних субјеката. Обављање дјелатности у форми предузетника има своје предности, које се нарочито огледају у ниским трошковима оснивања, без прописивања обавезног улога, једноставном организовању без потребе за формирањем посебних органа,

³⁷ Вид. чл. 62. ст. 1. т. 5) у вези са чл. 69. ЗСП.

³⁸ Вид. чл. 62. ст. 1. т. 9) у вези са чл. 24. ст. 3. ЗСП.

независности од других фактора (самостално одлучивање и пословни углед који зависи од самог предузетника), непостојању двоструког опорезивања (имовина предузетника је јединствена), и сл. Они су значајни и за државу, јер смањују незапосленост и повећавају друштвени производ, па држава често прописује пореске и рачуноводствене олакшице и додјељује кредите у циљу још већег стимулисања овог облика вршења привредне дјелатности. Ипак, постоје и одређени недостаци, који се нарочито састоје у тешкоћама прибављања веће количине капитала и зависности готово искључиво од сопствене финансијске моћи, као и ризику неограничене одговорности за обавезе у правном промету, те немогућности обављања свих врста дјелатности, односно обављања дјелатности само у мањем обиму због ограничених капацитета.

Новим Законом о самосталним предузетницима је, могли бисмо закључити, нодограђена регулатива из раније важећег Закона. Најзначајнија промјена се састоји у непостојању могућности регистравања нових заједничких дјелатности више предузетника и ускраћивању могућности приступања нових ортака у оним које су биле регистроване у периоду прије ступања на снагу новог Закона. Јасан је циљ да се у перспективи у потпуности угаси заједничко обављање дјелатности. Остале значајније новине, које доприносе подизању озбиљности ове правне форме обављања привредне дјелатности, састоје се, нарочито, у недозвољавању могућности регистравања више предузетничких радњи, већ умјесто тога регистравању издвојене јединице и пословању под једним именом, затим, могућношћу преноса обављања дјелатности са једног на другог предузетника, као и могућношћу привременог и трајног наставка обављања дјелатности након смрти предузетника, што је прецизно законом дефинисано.

ЛИТЕРАТУРА

1. Васиљевић, Зоран/ Радовић, Вук, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Бања Лука, 2023.
2. Васиљевић, Мирко, *Компанијско право – право привредних друштава*, 11. измењено и допуњено издање, Београд, 2019.
3. Јовановић, Небојша/ Радовић, Вук/ Радовић, Мирјана, *Компанијско право- право привредних субјеката*, Београд, 2020.
4. Марковић, Велисав, *Индивидуални предузетник – правни оквир пословања*, Београд 2016.

5. Рајчевић, Марко „Предузетник у праву Републике Српске“, *Право и привреда*, 4-6/2012.
6. Закон о самосталним предузетницима, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 98/24.

Prof. Dr. Zoran Vasiljević³⁹

LEGAL STATUS OF ENTREPRENEURS UNDER THE NEW LAW ON SOLE ENTREPRENEURS

Abstract: *This paper analyzes the legal status of sole entrepreneurs as one of the two main types of business entities, alongside companies and partnerships. The author highlights the entry into force of the new Law on Sole Entrepreneurs at the beginning of the current year and points out the novelties in comparison to the provisions of the previously applicable law. In addition to examining the general characteristics of entrepreneurs as natural persons independently engaged in business activities, the paper discusses the advantages and disadvantages of this legal form in comparison to companies (and partnerships) as the other legal form for conducting business. The conclusion is that the new Law seeks to enhance the seriousness of the legal form of the entrepreneur, which is evident through the prohibition of simultaneous registration of multiple entrepreneurial activities, more detailed regulation of the conditions and procedures for registration, enabling the transfer of entrepreneurial activity, as well as the temporary and permanent continuation of business after the entrepreneur's death. These measures partially separate the business itself from the person performing it, a feature that also characterizes companies when considering the relationship between founders and the registered activity. On the other hand, the Law prohibits new associations of entrepreneurs, leading to the conclusion that it promotes the individual performance of entrepreneurial activity.*

Keywords: sole entrepreneur; registration, transfer and termination of business activity.

³⁹ Full Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka,
Email: zoran.vasiljevic@pf.unibl.org ORCID ID: 0000-0002-9691-424X

САНАЦИЈА ДРУШТАВА ЗА ОСИГУРАЊЕ И РЕОСИГУРАЊЕ - са освртом на реорганизацију -

Проф. др Владимир Чоловић¹

Анстракт: Поступци који омогућавају наставак рада друштава за осигурање и реосигурање у случајевима инсолвентности нису регулисани у законодавству Републике Србије. Но, у актима законодавства у ЕУ су они дефинисани као реорганизација и санација. Акти који регулишу наведене институте су Директива Солвентност II која регулише реорганизацију друштава за осигурање и реосигурање, као и Директива ЕУ бр. 1/2025 о која регулише опоравак и санацију ових друштава. Да би поступак санације био успешан, надзор над радом друштава за осигурање и реосигурање мора бити ефикасан у смислу откривања проблема која та друштва имају. У раду се посвећује пажња, пре свега, најважнијим карактеристикама санације, с тим што се посебно анализирају овлашћења тела која спроводе овај поступак, а посебно садржина плана санације који је кључан документ у овом поступку. Осим тога, аутор поклања пажњу и надзору над радом друштава за осигурање и реосигурање, а кратко се осврће и на нека питања везаних за реорганизацију тих друштава.

Кључне речи: осигурање, реосигурање, санација, опоравак, реорганизација.

¹ Редовни професор, научни саветник; Правни факултет Универзитета Унион Београд; mail: vladimir.colovic@pravnofakultet.edu.rs; <https://orcid.org/0000-0002-2016-1085>.

1. УВОД

Пословање друштава за осигурање и реосигурање, везано је за посебности које чине и саму делатност осигурања. Те посебности су везане и за ситуације, када су та друштва у финансијским тешкоћама, које могу довести до инсолвентности, а, самим тим, и до стечаја, односно њиховог „гашења“. Но, да ли свака инсолвентност мора да доведе до престанка рада и брисања из регистра? Да ли би та друштва могла да наставе да раде уз испуњење услова, као што је то случај са другим привредним друштвима која, у поступку реструктурирања и реорганизације, могу да испуне своје обавезе и наставе даље да обављају своју делатност? У законодавству Републике Србије нису регулисани поступци „оздрављења“ друштава за осигурање и реосигурање (даље: друштва). Оно не регулише реструктурирање, реорганизацију, као ни санацију ових друштава, што значи да не регулише ни један модел наставка пословања тих друштава. У Републици Србији се посебним законом регулише стечај и ликвидација друштава за осигурање.² Истим законом се регулише и стечај и ликвидација банака и давалаца финансијског лизинга. Но, овај акт не регулише ниједан од поступака који доводи до наставка рада друштава. Он, чак, не дефинише шта су друштва за осигурање, што, наравно, чини статусни закон. На примјер, кад је у питању овај законски акт, тек из одредаба о исплатним редовима се може видети на која друштва се он примењује.³ Међутим, обзиром на чињеницу да је, пре свега, у праву ЕУ донесен акт који регулише опоравак и санацију друштава, ми ћемо, у овом раду, пре свега да посветимо пажњу основним карактеристикама санације, али и поступку реорганизације која је регулисана у Директиви „Солвентности II“ (даље: Солвентност II).⁴ Наравно, нећемо детаљно говорити о свим аспектима санације друштава, које је предвиђено у законодавству ЕУ, али ћемо се осврнути на најбитније карактеристикете-ла који спроводе поступак санације, затим аката у овом поступку, као и самог поступка санације. Такође, имајући у виду да је надзор над радом

² Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, *Сл.гласник Р.Србије* бр. 14/2015и 44/2018 – др.закон.

³ J.Lepetić, „Poseban režim stečaja društava za osiguranje“, *Tokovi osiguranja* br. 3/2024, Beograd 2024, 601.

⁴ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast) *Official Journal* L 335, 17.12.2009, p. 1–155.

друштва кључан код уочавања и дефинисања проблема у раду истих, па самим тим и финансијских тешкоћа, посветићемо се и овој области.

1.1 Потреба за регулисањем санације друштава

Санација није непознат појам у праву Републике Србије. Раније је овај институт био регулисан у неколико законских аката. Наравно, санација се није односила на друштва која обављају делатност осигурања. Поменућемо само Закон о санацији престанку организација удруженог рада из 1980, који је био на снази до 1986. године.⁵ Санација је имала за циљ спречавање покретања стечајног поступка. Санација је била правило, а стечај изузетак. Иначе, овај Закон је познавао пет поступака санације.⁶

Данас кад говоримо о санацији у осигурању, морамо имати на уму да друштва имају, несумњиво, значајну позицију у свим развијеним тржишним привредама, али и у привредама у транзицији, како са аспекта покрића ризика, тако и са аспекта положаја тих друштава на финансијском тржишту и све израженију улогу као институционалних инвеститора. Због тога сенамеће неопходност увођења санацијеи реорганизације друштава.⁷

Оно што представља доказ да је регулисање ових института потребно је значајан раст интерних трошкова, пореза, као и бруто зараде и накнаде. Раст тих трошкова доприноси сужавању простора за смањење премија осигурања, чиме се ствара монополска конкуренција, у којој друштва не смањују своје трошкове и не повећавају своје финансијске приходе. Осим тога, повећање интерних трошкова доводи до тога да маргина солвентности буде на вишем нивоу, чиме се пословање доводи до ивице ликвидности, што доводи до исплате мањих накнада осигураницима, као и повећања резерви за неисплаћене штете.⁸

⁵ *Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, Sl. list SFRJ*, br. 41/80, 25/81, 60/81, 9/86 i 43/86.

⁶ I. Tošić, B. Stjepanović, „Razvoj stečajnog prava Srbije u periodu od 1945.-1989.godine“, *Zbornik Vek i po regulisanja stečaja u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2019., 57.

⁷ S. Ostojić, „Neophodnost restrukturiranja osiguravajućih društava u Srbiji“, *Privredna izgradnja*, XLVII: 1-2, 2004, 86-87.

⁸ S. Ostojić, 92-93.

2. Надзор над радом друштава

Рекли смо, напред, да је немогуће дефинисати мере које друштво у финансијским тешкоћама треба да предузме без одговарајућег надзора. Због тога је веома битно дефинисати, пре свега, ко врши надзор, а и мере које надзорни орган може изрећи друштву. У поступку надзора се могу приметити неадекватно пословање друштва, неизвраћавање обавеза по уговорима о осигурању и реосигурању, непоштовање закона, итд. Кад је у питању Република Србија, материју надзора над радом друштава, као и изрицање мера према њима регулише Закон о осигурању (даље: ЗО)⁹. Иначе, у Србији надзор над осигурањем обаља Народна банка Србије, док је у другим земљама различита ситуација. Нпр. у скандинавским земљама постоји интегрисан надзор, због добро развијеног финансијског сектора. Надзор обавља Агенција за осигурање, а Министарство финансија посредно контролише њихов рад. Финска је једина која нема јединствен надзор. У Финској, надзор врши Министарство за здравље и социјална питања.¹⁰ Са друге стране, у Белгији, надзор обавља Биро за интегрисани надзор и Комисија за осигурање.¹¹ Надзор у Француској врше Комисија за контролу осигурања и Комисија за организацију осигурања.¹² У другим земљама је присутан традиционални концепт надзора у осигурању. Углавном, надзор врши Министарство финансија, Централна банка (ретки случајеви) или Агенције за осигурање. У Бугарској надзор обавља Управа за надзор која доноси одлуке везане за пословање осигуравајућих друштава и Национални савет осигурања, који даје и одузима дозволе за рад осигуравајућим друштвима. У Чешкој, надзор врши Министарство финансија. У Словенији надзор обавља Агенција за осигурање.¹³ Важно је што смо поменули који органи врше надзор, обзиром на њихову значајну улогу у поступку санације. Наравно, морамо имати на уму и мере које надзорни органи могу изрицати. Но, ми ћемо се, на овом месту, ослонити само на оне које су предвиђене у законодавству Републике Србије.

⁹ Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. закон

¹⁰ M. Balaban, „Nadzor u osiguranju“, sl. 12, доступно на адреси: http://www.swot.ba/dokumenti/pdf_20090717105911.pdf, 3.04.2016.

¹¹ *Ibid.*

¹² М. Балабан, сл. 13.

¹³ М. Балабан, сл. 14 и 15.

Наиме, Народна банка Србије може предузети одређене мере према друштвима уколико се утврде неправилности у њиховом раду.¹⁴ Пре свега, може се упутити писмена опомена, која је најблажа мера и која се изриче, ако се утврде неправилности које нису утицале на финансијско стање друштва, стабилност тржишта осигурања и права и интересе осигураника и корисника осигурања.¹⁵ Затим, следећа мера се односи на могућност јавног објављивања информације о неизвршавању обавеза друштва или о пословању друштва, које се одвија супротно прописима.¹⁶ Следеће, може се изрећи мера којом се налаже отклањање незаконитости или неправилности у пословању друштва. Следеће, надзорни орган може изрећи меру због непоступања у складу са правилима о управљању ризиком.¹⁷ Најзад, могу се изрећи привремене мере, ако је угрожен интерес потрошача, односно осигураника. Привремене мере могу бити различите мере које се односе на забрану располагања својом имовином, забрану закључивања нових уговора о осигурању, забрану проширивања покрића осигурања по већ закљученим уговорима, забрану спровођења одлука скупштине и надзорног одбора без претходне сагласности Народне банке Србије, итд.¹⁸ Морамо имати у виду да се ове мере изричу када пословање друштава прети њиховом сопственом бојитету, па, самим тим, и извршавању обавеза по уговорима о осигурању. Сигурно је да од спровођења мера које изрекне надзорни орган зависи и даља судбина ових друштава, што значи да може наступити њихова инсолвентност, која може довести до њиховог престанка. Но, ове мере, у случају регулисања реорганизације или санације, могу бити путоказ ка дефинисању оних мера које треба спровести у тим поступцима. Оне морају да буду такве да побољшају отпорност сектора осигурања и помогну спречавање да се финансијске тешкоће и проблеми развију у системски ризик за цело тржиште, односно не само тржиште осигурања.¹⁹

¹⁴ Члан 161 ЗО; В.Чоловић, „Реорганизација осигуравајућих друштава по Директиви „Солвентност II“, *Право и привреда* бр. 7-9/2016, 550.

¹⁵ N. Petrović Tomić, *Pravo osiguranja Sistem*, knjiga I, Beograd 2019, 229.

¹⁶ *Ibid.*, 230.

¹⁷ *Ibid.*, 231.

¹⁸ *Ibid.*, 232.

¹⁹ IAIS, IAIS welcomes the release of the FSB's first list of insurers subject to resolution planning standards consistent with the FSB Key Attributes, <https://www.iais.org/2024/12/iais-welcomes-the-release-of-the-fsbs-first-list-of-insurers-subject-to-resolution-planning-standards-consistent-with-the-fsb-key-attributes-2/>, приступ 29.5.2025.

3. Реорганизација друштава

Поменули смо да је један од поступака који доводи до наставка рада друштава реорганизација. Законодавство Србије не познаје термин „реорганизација друштава”, док се под институтом реорганизација правних лица подразумева другачији поступак са другачијим циљем, у односу на институт који се користи у Солвентности II, а који се регулише стечајним законодавством. Најједноставнија дефиниција реорганизације је да она представља поступак за наставак рада осигуравајућег друштва, када се предузима низ мера, које треба да доведу до тога да дужник настави са пословањем.²⁰ Главни узрок покретања ових поступака је неадекватно управљање ризицима и средствима од стране друштава. Покретање поступка реорганизације, који може довести до изрицања мера против друштава, може, али и не мора бити само знак претеће или постојеће инсолвентности.²¹ Веома је битно адекватно управљање ризицима, које делимо на: 1) ризике осигурања или техничке ризике, који морају указати на износ средстава резервидруштава, који морају бити довољни за извршавање обавеза и покриће штета или дугова; 2) ризике имовине или ризике, којима су осигуравајућа друштва изложена приликом улагања слободних средстава резерви и којима та друштва морају стално управљати и 3) нетехничке ризике, који су узроковани понашањем управе, као што је намерно одређивање нижих премијских стопа, како би се остварио брзи продор на тржиште и преузео већи тржишни удео, што као последицу има мањак средстава за исплату штета и трошкова пословања.²² У сваком случају, под мерама реорганизације подразумева се било које деловање надлежних органа које је намењено очувању или поновном успостављању стабилне финансијске ситуације у осигуравајућем друштву. Наведено се односи и на претходна права и односи се и на мере које подразумевају могућност обуставе плаћања, одлагање мера спровођења, као и смањење потраживања.²³ Иначе, по одредбама Солвентности II, само надлежни органи матичне државе чланице имају право да донесу одлуку о мерама реорганизације у односу на друштво, а

²⁰ V.Čolović, *Osiguravajuća društva, Zakonodavstvo Srbije, pravo EU, uporedno pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010, 193.

²¹ В.Чоловић(2016), 542.

²² L.Jauković, V. Kašćelan, „Nova regulativa solventnosti osiguravajućih kompanija u EU – projekat Solventnost II“, *Montenegrin Journal of Economics* No 5, 2007, 79.

²³ Члан 268 Солвентност II.

што има дејства и на филијале истог.²⁴ Што се тиче мера реорганизације, оне укључују интервенције надлежних државних органа које имају за циљ очување или обнављање финансијског статуса друштва, а које утичу и на постојећа права уговорних страна и осталих субјеката у односу осигурања и не ограничавају се само на мере које укључују могућност обуставе плаћања, обуставу извршења мера или смањење потраживања.²⁵ Реорганизација представља комплекснији и захтевнији процес од санације у смислу предузимања мера која се тичу и статуса друштва.

4. Регулисања санације друштава у праву ЕУ

Пре дефинисања потребе свеобухватног регулисања питања опоравка и санације друштава, Европско надзорно тело за осигурање и струковно пензијско осигурање (ЕИОПА) је 2017. године објавило своје мишљење о хармонизацији оквира за опоравак друштава, а 2019. је издало консултативни документ о одредбама Солвентности II.²⁶ Према ЕИОПА, ниво минималне хармонизације укључује оквир који се састоји од четири елемента: - припрема и планирање; - рана интервенција; - давање решења; и – прекогранична сарадња.²⁷

Почетком 2025. године, тачније 8. јануара, Европски парламент и Савет ЕУ су усвојили Директиву 1/2025 о успостављању оквира за опоравак и санацију друштава за осигурање и друштава за реосигурање (даље: Директива 1/2025)²⁸, чија је сврха усклађивање правила и поступка за са-

²⁴ Члан 269 Солвентност II.

²⁵ K. Noussia, P. Underwood, S. Frastanlis, „Restructuring, Winding-Up & Portfolio Transfer of Insurance Companies in Distress“, *The Governance of Insurance Undertakings*, Corporate Law and Insurance Regulation, AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, vol. 6, Springer 2022, 188.

²⁶ M. Siri, A. Van den Hurk, „Recovery and Resolution of Insurance Companies and Director's Duties“, *The Governance of Insurance Undertakings*, Corporate Law and Insurance Regulation, AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, vol. 6, Springer 2022, 148.

²⁷ M. Siri, A. Van den Hurk, 155.

²⁸ Directive (EU) 2025/1 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2024 establishing a framework for the recovery and resolution of insurance and reinsurance undertakings and amending Directives 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2007/36/EC, 2014/59/EU and (EU) 2017/1132 and Regulations (EU) No 1094/2010, (EU) No 648/2012, (EU) No 806/2014 and (EU) 2017/1129, *Official Journal L*, 2025/1, 8.1.2025.

нацију наведених друштава.²⁹ Посветићемо пажњу најбитнијим одредбама Директиве 1/2025, имајући у виду сложеност овог поступка, као и ситуације у којој се може наћи једно друштво, пре доношења одлуке о санацији. Директива 1/2025 предвиђа и обавезну реакцију надлежних органа држава чланица, ако се питање функционисања друштава постави и на прекограничном нивоу. Основни циљ санације ових субјеката је заштита осигураника, али и самих друштава. Наравно, поступком „оздрављења“ друштава, доприноси се и стабилности привреде и финансијског система једне земље.

Иако ћемо се, пре свега, посветити санацији, дефинисаћемо план опоравка који се односи на могућност наставка рада, иако постоје финансијске тешкоће, а који се спроводи на унутрашњем нивоу, без учешћа спољних тела. Код санације се укључују и спољни надлежни органи и спровode се управљачке и друге мере, које укључују смањење обима пословања, као и друге мере.³⁰ Код санације се ради о тежем финансијском положају друштва.

4.1. Поглед на Директиву 1/2025

Касније ћемо детаљније да се посветимо најважнијим одредбама Директиве 1/2025, а пре тога ћемо навести кратки преглед целог овог акта, како би се стекла слика о овом акту. Директива 1/2025 дефинише именовање тела која ће спроводити санацију, као и надлежних државних органа, односно министарстава у овој области. Тим телима и државним органима морају да буду омогућени одговарајући ресурси. Уколико именовано тело обавља и друге послове, мора се донети одлука о одвајању тих послова од послова који су повезани са санацијом друштава.

Поменућемо и опоравак друштва коме овај акт посвећује значајну пажњу. Наиме, друштва морају да израде превентивни план опоравка, који ће морати сходно потребама да ажурирају. Надзорна тела имају следећа овлашћења: - дефинисање плана опоравка ускладу са величином друштва, њиховог пословног модела, профила ризика, међусобне повезаности, важности за привреду, евентуалних прекограничних актив-

²⁹ Иначе, скраћеница ове Директиве је IRRD, али због писма које се користи у овом раду, користићемо класичну скраћеницу овог акта.

³⁰ KPMG, A resolution framework for insurers – what can industry expect?, July 2022, 4; <https://kpmg.com/xx/en/our-insights/regulatory-insights/a-resolution-framework-for-insurers.html>, приступ 28.5.2025.

ности, итд; и - рад на обезбеђивању одговарајућег обима тржишта осигурања, тј. да најмање 60 %, како тржишта животног, тако и неживотног осигурања и реосигурања државе чланице подлеже захтевима превентивног плана опоравка. Наведено не важи за мала друштва (по обиму пословања), осим ако та друштва представљају посебан ризик како на националном, тако и на регионалном нивоу. Планови се морају ажурирати на сваке две године.³¹ Планови опоравка морају да буду подргнути темељној процени од стране надзорних органа, а што се односи на садржину тих планова, тј. шта они обухватају у спровођењу опоравка, као и да ли постоји шанса да се они спроведу. То се односи на процену вероватности да ће се спровођењем аранжмана који су предложени у плану у одговарајућем периоду одржати финансијски положај друштва.³²

Са друге стране, тела која спроводе санацију дужна су да израде планове за друштва за која процене да би, у односу на друга друштва, санација успела, као и да би мере које се примењују у том поступку, биле у јавном интересу у случају пропасти друштва, односно за које процене да обављају кључну улогу у санацији. Тела која спроводе санацију су дужна да обезбеде да најмање 40% тржишта животног и тржишта неживотног осигурања државе чланице подлеже плану санације. Ова тела морају да процене у којој мери је могуће да код тих друштава санација буде спроведена са успехом, без претпоставке било какве јавне финансијске помоћи.³³ Циљеви санације су следећи: - заштита заједничких интереса уговарача осигурања, корисника осигурања и подносилаца захтева за накнаду штете; - одржавање финансијске стабилности и тржишне дисциплине; - заштита јавних финансијских средстава, тако да се ослањање на јавну финансијску помоћ сведе на најмању могућу меру.³⁴

Затим, санација се мора спровести у складу са следећим правилима: - акционари друштва први морају да сnose губитке; - повериоци друштва у санацијисносе губитке након акционара; - орган руковођења друштва и његов надзорни орган се замењују у поступку санације, осим

³¹ HANFA, Direktiva (EU) 2025/1 o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju društava za osiguranje i društava za reosiguranje (IRRД), <https://www.hanfa.hr/vijesti/direktiva-eu-20251-o-uspostavi-okvira-za-oporavak-i-sanaciju-drustava-za-osiguranje-i-drustava-za-reosiguranje-irrd/>, приступ 27.5.2025.

³² KPMG, Resolution regime for insurers, <https://kpmg.com/xx/en/our-insights/regulatory-insights/resolution-regime-for-insurers.html>, приступ 27.5.2025.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

ако се задржавање свих или појединих чланова наведених органа сматра потребним; и - сва физичка и правна лица која учествују у раду друштава имају и грађанску и кривичну одговорност за инсолвентност друштава.

У случају прекограничног обављања делатности осигурања, тела која спроводе санацију (даље: тела за санацију) оснивају санационе колегијуме. Ако друштво из треће земље или матично друштво из треће земље има друштво ћерку у ЕУ са седиштем у две или више држава чланица, односно ако има филијалу у тим земљама, тада се могу основати колегијуми за санацију у наведеним државама чланицама, како би се спровео овај поступак.

Иначе, Директива 1/2025 је ступила на снагу 28. јануара 2025., а мора се имплементирати у законодавство држава чланица најкасније до 29. јануара 2027.

5. Битне одредбе Директиве 1/2025

Како смо рекли, посветићемо пажњу само најбитнијим одредбама Директиве 1/2025 које се односе на санацију друштава, имајући у виду сву сложеност овог поступка, а што се односи како на дефинисање надлежности тела која спроводе санацију, тако и на саму садржину планова за санацију друштва.

Тела за санацију могу бити централне националне банке, надлежна министарства, органи јавне управе и органи којима су поверени послови јавне управе. Свака чланица именује једно министарство као надлежно. Чланице морају да обезбеде успостављање одговарајућег механизма за координацију са другим именованим министарствима. Уколико наведено тело није министарство, оно мора без одлагања да обавести надлежно министарство о одлукама које се доносе на основу Директиве 1/2025, као и да не спроводи одлуке које имају директно финансијско дејство, док не добије одобрење надлежног министарства. Ако чланица именује више тела, тада се о томе морају обавестити и Комисија и ЕИОПА, како би се образложила та одлука и како би се дефинисало распоређивање надлежности између тих тела.³⁵

Обзиром да од успеха спровођења плана опоравка друштва зависи и покретање поступка санације, надзорна тела ће бити дужна да доставе телима за санацију све превентивне планове опоравка. Тела за са-

³⁵ Члан 3 Директиве 1/2025.

нацију испитују те планове како би се утврдиле могуће мере из плана које би могле негативно да утичу на санацију друштва, а у вези са тим достављају надзорном телу одговарајуће препоруке.³⁶ Уколико надзорна тела закључе да у плану постоје битни недостаци који спречавају његово спровођење, они ће о томе обавестити друштва од којих ће захтевати да у року од два месеца поднесу ревидирани план.³⁷

Што се тиче планова за санацију, њих израђују тела за санацију након одговарајуће комуникације са надзорним телима и то за свако друштво посебно. План санације садржи мере које тео за санацију предузима, ако друштво испуњава услове. Поменућемо само неке од битних елемената плана санације:³⁸ - опис најбитнијих елемената плана; - опис најважнијих промена у друштву које су наступиле од задњих информација о санацији; - опис начина на који би се кључне функције пословања могле правно и економско одвијати од других функција, како би се осигурао континуитет у случају пропасти друштва; - имовина која би била употребљена у поступку санације; - процена периода у коме се може спровести сваки појединачни аспект плана; - опис могућности санације; - финансирање санације, без ванредне јавне финансијске помоћи; - дејство плана на запослене у друштву; итд.³⁹

Ако тело за санацију закључи да мера санације може бити у јавном интересу, оно предузима следеће: - дефинише одговарајућу меру која се може применити у постизању циља санације у односу на структуру друштва; - процењује да ли та мера може да се примени у одговарајућем временском периоду; - процењује дејство те мере на финансијски систем и тржиште осигурања у односној земљи.⁴⁰ Уколико тело за санацију процени да постоје битне препреке у примени тих мера, оно о томе мора да обавести односно друштво које треба да предузме одговарајуће мере у том погледу.⁴¹ Тела за санацију морају да обезбеде да се све мере санације предузимају на основу вредновања, с тим да се истовремено мора

³⁶ Члан 6, ст. 2 Директиве 1/2025.

³⁷ Члан 6 ст. 4 Директиве 1/2025.

³⁸ Lex Go, EU has adopted the Insurance Recovery and Resolution Directive (IRRDR), <https://www.lexgo.be/en/news-and-articles/14092-eu-has-adopted-the-insurance-recovery-and-resolution-directive-irrd><https://www.lexgo.be/en/news-and-articles/14092-eu-has-adopted-the-insurance-recovery-and-resolution-directive-irrd>, приступ 29.5.2025.

³⁹ Члан 9 Директиве 1/2025.

⁴⁰ Чл. 13, ст. 2 Директиве 1/2025.

⁴¹ Члан 15, ст. 1 и 2 Директиве 1/2025.

изградити праведна, реална и логична процена имовине, као и права и обавеза друштва.⁴²

Инструменти спровођења санације су следећи: –инструмент солвентног истека портфеља осигурања; - продаја пословања; - формирање прелазног друштва; - одвајање имовине и обавеза; - отпис или конверзија дуга.⁴³ Код првог инструмента, рећи ћемо да тело за санацију одређује обуставу активности друштва и забрану преузимања обавеза по новим уговорима.⁴⁴ Код другог инструмента тело за санацију обезбеђује да се пренесе имовина, права и обавезе на једног или више субјеката за управљање имовином и обавезама. Тај субјект мора да испуни услове по Директиви 1/2025.⁴⁵ Код продаје пословања, тела за санацију имају овлашћење да на купца, који не сме бити прелазно друштво, пренесу акције или друге власничке инструменте које је издало друштво у санацији, као и сву или поједину имовину, права и обавезе друштва у санацији.⁴⁶ Иначе, Директива 1/2025 дефинише које друштво може имати статус прелазног друштва.⁴⁷ Тела за санацију могу именовати посебног управника који ће заменити управљачко или надзорно тело друштва у санацији. Посебни управник мора да има одговарајуће квалификације, знање и способност како би извршавао дужности у поступку санације.⁴⁸

Поменућемо и да Директива 1/2025 у глави IV регулише и санацију у случају преограничног обављања делатности осигурања и реосигурања, чему нећемо посвећивати пажњу.

5.1. Осврт на поједине одредбе Директиве 1/2025

Анализираћемо неке од дилема које се постављају у вези санације друштава. Прва дилема је дефинисање тела које ће спроводити санацију. Да ли би то било надлежно министарство или надзорни орган који већ врши контролу у сектору осигурања или Агенција за финансијски надзор, односногарантни фонд у осигурању, банкарски гарантни фонд, и сл. Од чега треба поћи да би се донела одлука о томе. Пре свега, од

⁴² Члан 23, ст. 1 Директиве 1/2025.

⁴³ Члан 26, ст. 3 Директиве 1/2025.

⁴⁴ Члан 27, ст.1. Директиве 1/2025.

⁴⁵ Члан 30, ст. 1 и 2 Директиве 1/2025.

⁴⁶ Члан 31, ст.1 Директиве 1/2025.

⁴⁷ Члан 32 Директиве 1/2025.

⁴⁸ Члан 44 ст.1 Директиве 1/2025.

оптимизације организације поступка и пословања ових тела у поступку санације. Затим, од анализе усклађености циљева санације са јавним интересом и макроекономским циљевима у једној земљи. Најзад, веома је битно и знање и искуство на тржишту осигурања, које се везује за лица која ће обављати наведене послове у оквиру тих тела. Осим тога, треба јаснодефинисати разлоге који ће бити основа за доношење одлуке којима ће се одвојити улога тела у свакодневном надзору друштава од послова санације које оно треба да обавља.⁴⁹ Ти аргументи су следећи: - избегавање потенцијалних сукоба интереса између надзора и санације; - обезбеђивање оперативне независности тела које ће обављати послове санације, - заузимање другачијег става о сталном пословању друштава и положаја у кризним ситуацијама, - минимизирање ризика да надзорна тела могу одложити одлуку о покретању поступка санације, јер се то може сматрати неуспехом, - дефинисање оперативног капацитета за коришћење одговарајућих инструмената за санацију, укључујући потребу за доношењем одлука у вези са стварањем прелазног друштва и именовањем његовог управног и надзорног одбора.⁵⁰ Поменућемо искуство у Пољској, у којој је као тело које би решавало проблеме осигураваача, одређен Банкарски Гарантни фонд (БГФ). Поменућемо разлоге који су преовладали у доношењу такве одлуке. Пре свега, искуство БГФ на банкарском тржишту. Проценило се да искуство, које БГФ има на банкарском тржишту, може послужити и на тржишту осигурања. Затим, БГФ има велико искуство у процени макроекономске перспективе субјеката финансијског тржишта. Веома је значајно и искуство које БГФ има у решавању проблема у банкама. Најзад, процењено је да нема потребе за дуплирањем администрације и инфраструктуре, односно само је требало створити посебно одељење које би се бавило решавањем проблема у осигурању, док би се искористиле већ постојеће службе у БГФ, као што су правна, ИТ, људски ресурси, рачуноводствена, итд.⁵¹ Имајући у виду наведено, у Републици Србији би то тело могла да буде само Народна банка Србије, обзиром на то да, већ више од две деценије, она обавља надзор у осигурању. Примена Солвентности II захтева и интензивирани надзор уз дефинисање посебних активности надзорног органа када

⁴⁹ D. Wiczorek-Bartczak, „Resolution model for insurance sector“, *Safe Bank, Problems and Opinions* 1(90), BFG, Warsaw, 2023, 10.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, 11.

средства друштва падну испод износа који се захтева за солвентни капитал. Због тога је битно јасно поделити и надлежности између надзорног органа и тела која ће водити санације друштва, односно надлежности између служби у оквиру једног тела, које спроводи и санацију.⁵²

Следеће што је потребно анализирати код примене поступка санације су послови које обавља именовано тело. Ти послови се могу поделити на оне који морају да регулишу одговарајуће фазе поступка, а можемо их дефинисати као регулаторне, затим, оне који се баве садржином санације, као и оне који су оперативни.⁵³ Регулаторни послови обухватају и концепт санације. Неопходно је узети у обзир већ постојеће прописе у области осигурања, али и друге прописе којима тичу оведатности. Именовано тело мора сарађивати и са одговарајућим телима у другим земљама. То јесте дефинисано у праву ЕУ, а најважнија сарадња је са ЕИОПА. Битна је сарадња и са националним телима и агенцијама на тржишту осигурања једне земље. Оперативни ток се, осим рада на санацији, односи и на континуирану сарадњу са националним институцијама. То су нпр., министарство финансија, агенција за финансијски надзор, гарантни фонд у области осигурања. Садржински део пословања се односи на примену одговарајуће методологије за ефикасно функционисање механизма за решавање проблема, а што обухвата укључивање и искључивање друштава из обухвата планирања решавања проблема, затим моделирање циља за решавање тих проблема, развој методологије за одређивање критичних елемената у пословању друштава, развој система раног упозорења на проблеме и дефинисање елемената за „праћење“ пословања ових друштава. Веома је битно квалитетно анализирати макроекономско окружење и његов утицај на тржиште осигурања. Исто тако, битно је изградити и упоредноправну студију о решењима за наведене проблеме у другим земљама.⁵⁴

Изазов у спровођењу санације представља и стварање одговарајућег фонда за финансирање санације. Директива 1/2025 оставља државама слободу финансирања овог поступка. Државе чланице морају да обезбеде да тело за санацију има на располагању одговарајућа средства. Та средства треба да се прикупљају како од друштава за осигурање и друштава за реосигурање, тако и од филијала тих друштава која се нала-

⁵² *Ibid*, 15.

⁵³ *Ibid*, 12.

⁵⁴ *Ibid*, 13.

зе у трећим земљама. Сврха прикупљања тих средстава је финансирање исплата акционарима, осигураницима, као и другим повериоцима.

Посматрајући стабилност сектора осигурања на дужи рок, важно је не одлагати почетак прикупљања средстава, што је изузетно важно у смислу постизања равнотеже између оптималног нивоa сигурности сектора осигурања, посебно његових клијената, и финансијског стања сектора. Достизање минималног нивоa фонда ће омогућити санацију друштва којеима финансијске проблеме, али и који ће осигурати континуитет покрића осигурања, као и заштитити јавна средства и избећи потребу за коришћењем државне помоћи. Трошкове стварања и управљања овим системом мораће да сноси тржиште осигурања. У сваком случају, боље је сносити наведене трошкове који су знатно нижи од трошкова који произлазе из стечаја једне финансијске институције, као што је осигуравајуће друштво. Стечај није само скупљи, у финансијском смислу, за финансијску мрежу сигурности и субјекте из сектора, већ има и много већи утицај на здраве и добро управљане субјекте који су учесници на финансијском тржишту и тржишту осигурања.⁵⁵

Још један изазов у овој области је и обезбеђење приступа подацима о осигурању. Да би се то омогућило, потребно је стварање правног основа којим ћесе омогућити размена података са надзорним органом, како друштва не би морала да израђују дупле финансијске извештаје. Битно је обезбедити све податке који су потребни за исупуњавање обавеза које произлазе из потреба санације. Приступ подацима омогућава телу за санацију да, унапред, предвиди промене на тржишту осигурања. Такође, ти подаци омогућавају да се израде планови санација и да се идентификују потенцијалне препреке у поступку санације. Неки од тих података су јавно доступни, а неки треба редовно да се пријављују надзорном телу. Навешћемо неке од примера тих података: - финансијски извештаји, као што су рачуноводствени извештаји, извештаји ревизора, итд.; - процена сопственог ризика и солвентности друштава; - резултати спроведених тестова функционисања у условима финансијских тешкоћа; - политика расподеле дивиденди. Затим, наведимо и неке примере података који се достављају надзорном органу: - развој пословања; - предлози о преносу портфеља; - подаци о стицању акција; - подаци о престанку рада; - подаци о организацији и управљању осигуравајућим друштвом; - подаци о споровођењу препорука и одлука надзорног органа.

⁵⁵ *Ibid*, 16-17.

Тело за санацију мора имати приступ свим информацијама потребним за обављање својих обавеза у складу са потребама санације, што подразумева развој редовног, структурираног, квалитетног модела за пренос података од надзорног органа према телу за санацију.

Једно од питања које се поставља односи се и на чланове тима тела за санацију. Наиме, чланови тог тима морају да буду високо компетентни и специјализовани са знањем и искуством у сектору осигурања. У вези са тим, неопходно је наставити са стварањем и едукацијом квалификованих, професионалних стручњака за осигурање који разумеју функционисање осигуравајућих друштава у различитим областима, као што су модели осигурања, управљање ризицима, актуарско извештавање, финансијска и солвентна способност осигуравајућих друштава, итд.⁵⁶

*

* *

Шта стоји на располагању земљама, у којима није регулисана санација друштава, односно земљама које нису чланице ЕУ. Санација обезбеђује континуитет покрића осигурања, стабилност финансијског система и заштиту економије једне земље од утицаја стечаја. Да би се увела санација као институт у законодавство једне земље, потребно је, пре свега, дефинисати оквир за овај институт у складу са специфичностима тржишта осигурања једне земље. Осим тога, потребно је обезбедити да надзор врши само један надзорни орган који, како смо видели има битну улогу у поступку санације. Санација спречава кризу на тржишту осигурања, што је много ефикасније од управљања кризама до чега доводи престанак друштава. Санација омогућава спречавање и ограничавање негативних ефеката на осигуранике и друге субјекте на тржишту осигурања. Санација треба да се дефинише као модел управљања кризама у сектору осигурања.⁵⁷

Друштва су обавезна да обезбеђују ликвидност и да благовремено исплаћују штете и друге обавезе по уговорима о осигурању. Она су дужна да у пословању средствима осигурања предузимају потребне мере за обезбеђење сигурности депоновања, односно, улагања тих средстава, са циљем да се не угрози њихова реална вредност и ликвидност друштва у

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid*, 18.

извршавању обавеза из уговора о осигурању и других обавеза.⁵⁸ Такође, друштва су дужна да, на крају обрачунског периода, утврде техничке резерве за покриће обавеза из обављања послова осигурања. У зависности којом врстом осигурања се друштво бави, зависиће и начин издвајања техничких резерви.⁵⁹

6. Уместо закључка

Како смо рекли, у законодавству Републике Србије се не регулише ни један вид евентуалног наставка рада друштава у случају њихове инсолвентности, односно финансијских проблема. Што се тиче привредних друштава, стечајно законодавство предвиђа поступак реорганизације ових субјеката, који се не примењује када су у питању друштва у области осигурања, што се изричито и наводи у одредбама закона који регулише стечај. Питање наставка рада ових друштава везано је за могућност испуњења обавеза према повериоцима, али и за чињеницу да се ради о специфичној делатности. Иако су ова друштва која обављају делатност на нашој територији искључиво домаћа, морамо имати у виду да су нека од њих основана страним капиталом, па и капиталом из земаља ЕУ. То значи да је утицај аката који регулишу ову материју могућа и реална. То се односи на оба акта која смо поменули у раду, како на Солвентност II, тако и на Директиву 1/2025.

Сигурно је да би ова материја захтевала доношење посебног законског прописа, што значи да се не би могло очекивати да се санација и реорганизација регулишу статусним законом о осигурању. Такође, морало би се јасно одредити који органи би могли да се именују као тела за санацију, а главну улогу у томе би имао надзорни орган, односно Народна банка Србије. Наравно, поставило би се и питање разликовања друштава који су оновани искључиво домаћим капиталом у односу на страна друштва. Но, са друге стране и страна друштва су са становишта оснивања домаћа, што значи да би се примењивали домаћи прописи на њих. Но, морамо узети у обзир и повезаност тих друштава, као и евентуалне групе друштава, што је веома битно и за одлуку о санацији.

Да ли постоји простор у Републици Србији за регулисање могућности санације, али и реорганизације? Морамо позитивно одговорити

⁵⁸ V.Čolović (2010), 91.

⁵⁹ *Ibid*, 90.

на ово питање, не само због присуства друштава, која су основана од стране иностраних друштава, већ и због сигурности домаћег тржишта осигурања и домаћих друштава, чиме се штите и осигураници, као и сви други субјекти који учествују у односу осигурања.

Код регулисања ове материје би се морало поћи од поменутих правила, које регулишу акти ЕУ, али и од специфичности које су везане за тржиште осигурања наше земље и обим пословања домаћих друштава.

Литература:

Чланци, монографије:

- Jauković Lidija, Kaščelan Vladimir, „Nova regulativa solventnosti osiguravajućih kompanija u EU – projekat Solventnost II“, *Montenegrin Journal of Economics* No 5, 2007, 77-84.
- Noussia Kyriaki, Underwood Peter, Frastanlis Stergios, „Restructuring, Winding-Up & Portfolio Transfer of Insurance Companies in Distress“, *The Governance of Insurance Undertakings*, Corporate Law and Insurance Regulation, AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, vol. 6, Springer 2022, 171-197.
- Lepetić Jelena, „Poseban režim stečaja društava za osiguranje“, *Tokovi osiguranja* br. 3/2024, Beograd 2024, 595-613.
- Ostojić Siniša, „Neophodnost restrukturiranja osiguravajućih društava u Srbiji“, *Privredna izgradnja*, XLVII: 1-2, 2004, 77-98.
- Petrović Tomić Nataša, *Pravo osiguranja Sistem*, knjiga I, Beograd 2019.
- Siri Michel, Van den Hurk Arthur, „Recovery and Resolution of Insurance Companies and Director's Duties“, *The Governance of Insurance Undertakings*, Corporate Law and Insurance Regulation, AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, vol. 6, Springer 2022, 141-170.
- Tošić Iva, Stjepanović Bogdana, „Razvoj stečajnog prava Srbije u periodu od 1945.-1989.godine“, *Zbornik Vek i po regulisanja stečaja u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2019., 49-61.
- Čolović Vladimir, *Osiguravajuća društva, Zakonodavstvo Srbije, pravo EU, uporedno pravo*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010.
- Чоловић Владимир, „Реорганизација осигуравајућих друштава по Директиви „Солвентност II“, *Право и привреда* бр. 7-9/2016, 540-554.
- Wiczorek-Bartczak Dagmara, „Resolution model for insurance

sector“, *Safe Bank, Problems and Opinions* 1(90), BFG, Warsaw, 2023, 8-20.

Прописи:

- Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast) *Official Journal* L 335, 17.12.2009, p. 1–155.
- Directive (EU) 2025/1 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2024 establishing a framework for the recovery and resolution of insurance and reinsurance undertakings and amending Directives 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2007/36/EC, 2014/59/EU and (EU) 2017/1132 and Regulations (EU) No 1094/2010, (EU) No 648/2012, (EU) No 806/2014 and (EU) 2017/1129, *Official Journal* L, 2025/1, 8.1.2025.
- Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 и 139/2014 – др. Закон.

Извори са Интернета:

- Balaban Mladenka, „Nadzor u osiguranju”, sl.12, доступно на адреси: http://www.swot.ba/dokumenti/pdf_20090717105911.pdf, 3.04.2016.
- IAIS, IAIS welcomes the release of the FSB’s first list of insurers subject to resolution planning standards consistent with the FSB Key Attributes, <https://www.iais.org/2024/12/iais-welcomes-the-release-of-the-fsbs-first-list-of-insurers-subject-to-resolution-planning-standards-consistent-with-the-fsb-key-attributes-2/>, приступ 29.5.2025.
- KPMG, A resolution framework for insurers – what can industry expect?, July 2022, 4; <https://kpmg.com/xx/en/our-insights/regulatory-insights/a-resolution-framework-for-insurers.html>, приступ 28.5.2025.
- KPMG, Resolution regime for insurers, <https://kpmg.com/xx/en/our-insights/regulatory-insights/resolution-regime-for-insurers.html>, приступ 27.5.2025.
- Lex Go, EU has adopted the Insurance Recovery and Resolution Directive (IRR), <https://www.lexgo.be/en/news-and-articles/14092-eu-has-adopted-the-insurance-recovery-and-resolution-directive-irrdhttps://www.lexgo.be/en/news-and-articles/14092-eu-has-adopted-the-insurance-recovery-and-resolution-directive-irrd>, приступ 29.5.2025.

- HANFA, Direktiva (EU) 2025/1 o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju društava za osiguranje i društava za reosiguranje (IRRD), <https://www.hanfa.hr/vijesti/direktiva-eu-20251-o-uspostavi-okvira-za-oporavak-i-sanaciju-drustava-za-osiguranje-i-drustava-za-reosiguranje-irrd/>, приступ 27.5.2025.

Prof. Vladimir Čolović Ph.D⁶⁰

RESOLUTION OF INSURANCE AND REINSURANCE COMPANIES - with reference to reorganization -

Summary: *Procedures that enable the continuation of the work of insurance and reinsurance companies in cases of insolvency are not regulated in the legislation of the Republic of Serbia. However, in EU law they are defined as reorganization and resolution. However, in EU legislation they are defined as reorganization and rehabilitation. The acts regulating the aforementioned institutes are the Solvency II Directive, which regulates the reorganization of insurance and reinsurance companies, as well as EU Directive No. 1/2025, which regulates the recovery and resolution of these companies. For the resolution process to be successful, supervision of the work of insurance and reinsurance companies must be effective in terms of detecting the problems that these companies have. The paper focuses primarily on the most important characteristics of resolution, with a special analysis of the powers of the bodies implementing this procedure, and especially the content of the resolution plan, which is a key document in this procedure. In addition, the author also pays attention to the supervision of the work of insurance and reinsurance companies, and briefly addresses some issues related to the reorganization of these companies.*

Keywords: *insurance, reinsurance, resolution, recovery, reorganization.*

⁶⁰ Full time professor, Principal Research Fellow; Faculty of Law Union University Belgrade; mail: vladimir.colovic@pravnikafakultet.edu.rs <https://orcid.org/0000-0002-2016-1085>.

УДК 347.72/.73:[657.3:336/01(497.11)

doi 10.7251/PR7125529M

Прегледни научни чланак

КОНСОЛИДАЦИЈА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У ЛЕГИСЛАТИВИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ, ПРОЦЕСНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ

Проф. др Маријана Дукић Мијатовић¹

Резиме: У овом истраживању обједињени су како правни, тако и економски аспекти консолидације привредних субјеката у легислативи Републике Србије и Републике Српске, са освртом на процесно-правни оквир. Компаративно-правном, али и хронолошким анализом утврђена је основна садржина првенствено института реструктурирања и његових појавних облика у правним новелама у последњих неколико деценија, али и целисходност примене у свакодневној пословној пракси. Управо сагледавање еволуције овог института, његове применљивости и односа са изворним решењима стране легислативе, из које су реципирани, води ка оцени динамике развоја и квалитета стечајне легислативе у овом сегменту.²

Кључне речи: стечајна легислатива, реструктурирање, правне новеле, Република Србија, Република Српска.

¹ Ванредни професор, Универзитет у Новом Саду, Факултет техничких наука, Нови Сад, Република Србија, e-mail: marijana.mijatovic@uns.ac.rs ORCID бр. 0000-0003-1327-0889

² Ово истраживање је подржано од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација (бр. уговора: 451-03-137/2025-03/200156) и Факултета техничких наука Универзитета у Новом Саду кроз пројекат “Научноистраживачки и уметничкоистраживачки рад истраживача у наставним и сарадничким звањима Факултета техничких наука Универзитета у Новом Саду 2025” (бр: 01-50/295).

І Увод

Након Другог светског рата у условима административне привреде и државне својине стечај је био у стагнацији, с обзиром да су привредни субјекти само формално имали својство правног лица.³ Инсолвентност привредних организација у периоду радничког самоуправљања била је регулисана Уредбом о престанку предузећа и радњи од 18. децембра 1953. године. Нова регулатива увела је институт принудне ликвидације за предузећа, која су била презадужена.⁴ Законом о принудном поравнању и стечају из 1965. године уместо појма принудна ликвидација, законодавац је вратио појам стечај.⁵ У наредном периоду услед тежње да се у условима самоуправних односа, друштвене својине и радничког самоуправљања стечај уреди на најбољи могући начин донесени су Закон о санацији и престанку организација удруженог рада из 1980. године и 1986. године, којима је законодавац регулисао да привредни субјекти одговарају неограничено за своје обавезе, али да се предност над банкротом у сваком случају даје судској санацији.⁶ У СФРЈ, а потом СРЈ до конституисања Државне заједнице Србија и Црна Гора примењивао се Закон о принудном поравнању, стечају ликвидацији из 1989. године.⁷ Република Србија је 2004. године донела Закон о стечајном поступку, те 2009. године Закон о стечају, који је закључно са 2018. годином имао више измена и допуна.⁸ У Републици Српској важећи је Закон о стечају

³ Привредна друштва су одговарала за своје обавезе имовином, која им је дата на управљање, али нису могли да отуђују основна средства, нити су могла да буду предмет принудног извршења. За привредно друштво, које није могло да измири обавезе, одговарала је држава, путем надлежног административног органа. Једино надлежни државни орган могао је ликвидирати привредно друштво са негативним пословним билансом.

⁴ Дукић Мијатовић М., (2019). Специфичности стечајне легислативе Републике Србије у транзиционој фази развоја привреде, У: Шаркић, Н., et al. (ур.), *Век и по стечаја у Србији* стр. 87-94). Београд: Институт за упоредно право.

⁵ Законом је регулисано и принудно поравнање ван стечаја, с тим што се између принудног поравнања у стечају и ван стечаја није правила разлика. Принудно поравнање је имало знатну предност у односу на стечај, како код правних лица, тако и код ималаца радњи.

⁶ Дукић Мијатовић М., *Стечајно право*, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија Нови Сад, 2010, 34-35.

⁷ Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији („Службени лист СФРЈ“ бр. 84/89 и „Службени лист СРЈ“ бр. 37/93 и 28/96)

⁸ Закон о стечају Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018)

из 2016. године,⁹ након дугогодишње примене Закона о стечајном поступку из 2002. године.¹⁰

II О принудном поравнању као рудиментарном облику консолидације и реструктурирања привредних субјеката

Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1989. године били су регулисани услови за спровођење и поступак принудног поравнања, стечаја и ликвидације правних лица, која су трајније неспособна за плаћање /инсолвентност/, као и у другим случајевима одређеним законом.¹¹ Поступак принудног поравнања спроводио је суд у већу тројице судија,¹² а могао се покренути и на предлог дужника и повериоца ако се дужник сагласио. Када се предлагала исплата потраживања у смањеном износу, процент који дужник нуди повериоцима за намирење њихових потраживања није могао бити мањи од 50% - ако се плаћање нуди у року од једне године, ни мањи од 60% - ако се плаћање нудило у року од две године. Ако се повериоцима предлагала исплата потраживања у пуном износу, рок за исплату није могао бити дужи од три године. Веће поравнања је одбацивало предлог ако је утврдило да је дужник способан да и без принудног поравнања одговара својим обавезама.¹³ Повериоци су одлучивали о предложеном поравнању гласањем.¹⁴ Закључено принудно поравнање

⁹ Закон о стечају Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 16/2016)

¹⁰ Закон о стечајном поступку Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 67/02; 77/02; 38/03; 96/03; 68/07; 12/10 и 16/10)

¹¹ Инсолвентни дужник могао је пре покретања стечајног поступка, као и у току стечајног поступка предложити повериоцима закључење принудног поравнања, с тим уколико је поступак принудног поравнања покренут пре покретања стечајног поступка до окончања поступка принудног поравнања, није било допуштено против дужника покренути стечајни поступак.

¹² У предлогу за принудно поравнање предлагао се начин и рок исплате потраживања, а ако се предлагала исплата потраживања у смањеном износу, наводио се и процент који се нуди повериоцима за исплату њихових потраживања.

¹³ Ако је веће поравнања нашло да су испуњени услови за покретање поступка принудног поравнања, доносило је решење о отварању овог поступка. Рок за пријаву потраживања повериоца је био 30 дана од дана објављивања огласа о отварању поступка принудног поравнања.

¹⁴ Принудно поравнање сматрало се прихваћеним ако за њега гласају повериоци чија потраживања износе више од половине потраживања оних поверилаца који имају право гласа и кад принудно поравнање одобри веће поравнања, у супротном веће поравнања је одбијало предлог за закључење принудног поравнања и по службеној дужности отворити стечајни поступак.

имало је правно дејство и према повериоцима који нису учествовали у поступку, као и према повериоцима који су учествовали, а њихова потраживања су оспорена, ако се накнадно утврде. Решење о одобрењу принудног поравнања имало је снагу извршне исправе за све повериоце чија су потраживања утврђена. Сваки поверилац који је учествовао у принудном поравнању могао је у року од шест месеци по истеку рока за извршење принудног поравнања поднети захтев већу поравнања да стави ван снаге закључено принудно поравнање,¹⁵ које је потом обавештавало надлежни регистарски суд о донетим одлукама.¹⁶

III Основни модалитети консолидације привредних субјеката у легислативи Републике Србије

Поступак консолидације привредних субјеката у Републици Србији одвија се како кроз унапред припремљени план реорганизације, план реорганизације али и споразумно финансијско реструктурирање. Институт *pre pack*-а у стечајно законодавство Републике Србије реципиран је из америчког Закона о банкрутству¹⁷, где је његова традиција у примени дала изузетно позитивне резултате у правцу економског опоравка привредних субјеката са тешкоћама у пословању, а у великој мери представља осавремењен рудиментарни облик института принудног поравнања.¹⁸ Значајан је и *cram-down* који овлашћује суд да наметне стечајни план уколико је већина поверилачких група изгласала план потребном већином гласова. У Европској унији извор права у стечајној материји била је Уредба из 2000. године.¹⁹ „Током више од деценије примене Уредбе 1346/2000 уочена су ограничења која су спречавала

¹⁵ Захтев се могао поднети ако је дужник могао из својих средстава да измири потраживања поверилаца у висини већој од износа утврђеног у закљученом принудном поравнању, под условом да се тиме не умањи способност дужника да уредно испуњава обавезе према повериоцима.

¹⁶ Види више Дукић Мијатовић М., & Козар В., (2019). *Постулати корпоративног стечаја у Републици Србији – монографија*, Нови Сад: Правни факултет Универзитет Привредна академија у Новом Саду, стр. 12-21.

¹⁷ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/subchapter-I> приступ 30.3.2025.

¹⁸ Одредбе Главе XI у америчком стечајном закону, које регулишу класичну реорганизацију често називају и “слободан пад”, јер нема сигурности и сигурног исхода. За разлику од класичне *pre pack* се закључује за 90 дана или краће.

¹⁹ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 30. 6. 2000.

успостављање ефикасног режима прекограничног стечаја на нивоу ЕУ. Најпре, Уредба 1346/2000 није регулисала поступке који су имали за циљ реструктурирање пословања и отпуст дугова, без отварања стечајног поступка. У међувремену су многе државе чланице ЕУ увеле у своје право поступке реструктурирања и сличне поступке, у складу са измењеним циљем стечаја, који подразумева пружање дужницима шансе за опоравак и нови почетак.²⁰ Европска комисија је 2014. године усвојила Препоруку о новом приступу пословном неуспеху и стечају²¹, инсистирајући на новелама у стечајној легислативи у правцу превентивног реструктурирања, а 2015. године усвојене су измене Уредбе о стечајном поступку²² регулишући реструктурирање, која је реципирана у Србији регулисањем вансудског реструктурирања у Закону о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава.²³ Корак напред у побољшавању ЕУ легислативе учињен је доношењем Директиве 2019/1023 о реструктурирању и стечају.²⁴

Сагледајмо хронолошки, које законске могућности у правцу консолидовања привредних субјеката су могуће у складу са легислативом Републике Србије. Претходно важећи стечајни закон је прописивао да се план реорганизације може поднети истовремено са подношењем предлога за покретање поступка стечаја, као и да план реорганизације може бити поднет и од стране стечајног дужника.²⁵ Ако се план реор-

²⁰ Марковић Бајаловић Д. (2023) Реформа законодавства о реструктурирању и стечају – Прилог за даљу хармонизацију националних права са правом ЕУ, тематски зборник *Реформа законодавства о реструктурирању, реорганизацији и стечају у светлу европских тенденција* (ур. Д.М. Бајаловић и др.), Универзитет Источно Сарајево Правни факултет, Пале, стр. 15.

²¹ Commission Recommendation 2014/135/EU of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, OJ L 74, 14. 3. 2014.

²² Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ L 141, 5. 6. 2015.

²³ Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава („Службени гласник Републике Србије“, број 89/15)

²⁴ Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debts and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), OJ L 172, 26. 6. 2019.

²⁵ Одредбе члана 127.став 2. и 129. став 1. Закона о стечајном поступку нису омогућавале примену унапред припремљеног плана реорганизације, с обзиром да је стечајни дужник могао да поднесе предлог за реорганизацију истовремено са предлогом за

ганизације подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка његов назив се према Закону о стечају мења у унапред припремљен план реорганизације.²⁶ Стечајни дужник је дужан да уз предлог поднесе доказ о постојању неког од стечајних разлога из члана 11. Закона о стечају.²⁷ План мора да садржи елементе прописане чланом 156. Закона, где се уочава рок од 5 година за спровођење плана у ставу 1. тачка 15, али и ограничење да се не односи на одређене мере за реализацију плана реорганизације.²⁸

Новелом из 2017. године битно је измењен и допуњен члан 159. који регулише претходни поступак за утврђивање испуњености услова за покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације. Стечајни судија у року од три дана од дана подношења уредног предлога, доноси решење о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације којим заказује рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану на које позива све повериоце (став 1). Измена члана 159. став 1. обавеза позивања поверилаца на рочиште за гласање о предлогу УППР проширена на све повериоце, чиме је усклађена са праксом по којој се позив упућује само путем огласа упућеног свим повериоцима.²⁹ Новелираним ставом 2. про-

покретање стечајног поступка, а у другим ситуацијама није било могућност и за подношење овог предлога због одредби члана 130. став 1. којима је прописано да се подношење плана врши најкасније 90 дана од дана покретања (отварања) стечајног поступка, а даном истицања огласа о покретању стечајног поступка на огласну таблу суда сва корпоративна овлашћења прелазе на стечајног управника. Самим тим одредбе закона које су уређивале сам поступак реорганизације нису могле бити тумачене и примењене као да је у питању унапред припремљени план реорганизације.

²⁶ Члан 155. став 4. Закона о стечају.

²⁷ Дукић Мијатовић М., *Стечајно право*, Правни факултет за привреду и правосуђе, Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2010, стр. 107.

²⁸ У питању су мере везане за предвиђање отплате потраживања у ратама, измене рокова доспелости, каматних стопа или других услова зајма, кредита или другог потраживања или инструмента обезбеђења, период отплате кредита или зајма узетог у току стечајног поступка или у складу са планом реорганизације, као ни на рокове доспелости дужничких хартија од вредности.

²⁹ Није сасвим јасно како се решењем о покретању претходног поступка на рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану могу позвати „сви“ повериоци, а не само „познати“ повериоци, тј. на који начин ће се позвати повериоци који нису познати суду.

писано је да се рочиште за гласање о УППР одржава најкасније у року од 90 дана од доношења решења о покретању претходног поступка, а све у циљу побољшања процесне економије и спречавања вишеструких одлагања рочишта до којих у пракси долази услед кратког рока у којем се рочишта заказују у пракси.³⁰ Ограничавањем броја измена УППР на једну, које је извршено новелом из 2017, уклоњена је једна од процесних препрека ефикасном спровођењу стечајног поступка и намирања поверилаца у банкротству, реорганизацији и унапред припремљеним плановима. На пример, у случају унапред припремљених планова реорганизације, измене и допуне плана у пракси су се вршиле и више од пет пута.³¹ Услед тако бројних измена и допуна, повериоци често нису били сигурни о садржају плана о коме гласају. Рокови за подношење приговора од стране поверилаца, као и одговори дужника, у досадашњем тексту закона, такође су неповољно утицали на дужину трајања поступка. У пракси су дужници подносили УППР као одбрану од извршења, уколико стечајни судија, на предлог подносиоца плана, одреди забрану извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини стечајног дужника. Новелом из 2017. године у члану 160. став 2. (који је већ новелиран 2014), поново је измењен тако што је прописано да стечајни судија на захтев заинтересованог лица може извршити процену висине потраживања за потребе гласања, ако то лице достави доказе да висина потраживања наведена у унапред припремљеном плану реорганизације није тачна.³²

Унапред припремљени план реорганизације је одлично решење када дужник има ограничен број поверилаца, те је на суду да процени да ли је у поступку који је претходио подношењу овог плана дошло до

³⁰ У новелираном ставу 7. у тачки 2) прецизирано је да су основ или висина потраживања само један од основа оспоравања самог УППР, како би се предупредила различита тумачења самих учесника у поступку која су била присутна у досадашњој пракси. Такође обавезују се заинтересована лица да примедбе на план достављају само надлежном суду (а не и стечајном управнику, према образложењу новела) што је и до сада била преовлађујућа пракса, а врши се и усклађивање са новим чланом 159а, који регулише примедбе на унапред припремљени план реорганизације и измене плана.

³¹ Види више Дукић Мијатовић М., & Козар В., (2019). *Постулати корпоративног стечаја у Републици Србији – монографија*, Нови Сад: Правни факултет Универзитет Привредна академија у Новом Саду, стр. 12-21.

³² Један од значајнијих случајева ове врсте у САД био је Chrysler. Види: https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Roe_645.pdf, приступ 28.2.2025.

поштовања свих когентних норми стечајног закона. Суд се не упушта у економску оправданост и изводљивост плана. Међутим, околност да је унапред припремљени план реорганизације усвојен од поверилаца, не значи да суд мора да га потврди. Новелом из 2017. године у члану 158. додати су нови ст. 8, 9. и 10, којима се уређује поступање суда у случају конкуренције предлога за стечај и УППР. Ако је пре доношења одлуке по предлогу повериоца за покретање стечајног поступка стечајни дужник поднео предлог за покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, стечајни судија ће прво решавати по предлогу стечајног дужника за покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације (став 8). Наведеним одредбама кодификована је, односно реципирана досадашња судска пракса по којој предлог стечајног дужника за покретање стечаја у складу са УППР има предност у односу на обичан предлог за покретање стечаја који подноси поверилац.³³

У “Службеном гласнику РС”, бр. 44/2018 од 8. јуна 2018. године објављен је Закон о изменама и допунама Закона о стечају, који се примењује од 1. јануара 2019. године. Измењено је осам чланова (чл. 62, 79, 82, 94, 96, 126, 157, 159б), основног законског текста, и додата су три нова члана (14а, 50а, 206а).³⁴ Новелама из јуна 2018. године Закона о стечају усклађен је са Законом о финансијском обезбеђењу³⁵, у домену намирења потраживања поверилаца по основу посебне врсте уговора – уговора о финансијском обезбеђењу, који је уређен наведеним *lex specialis*.³⁶ Према одредбама члана 14а Закона о стечају „Права и оба-

³³ Види више Дукић Мијатовић М., & Козар В., (2019). *Постулати корпоративног стечаја у Републици Србији – монографија*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета Привредна академија у Новом Саду, стр. 12-21.

³⁴ Козар В., Приказ новела Закона о стечају које се примењују од 1. јануара 2019. године на права и обавезе из уговора о финансијском обезбеђењу, Радно-правни саветник, бр. 7-8/2018, стр. 59-70.

³⁵ Закон о финансијском обезбеђењу („Сл. гласник РС“ бр. 44/2018)

³⁶ Према члану 2. став 1. ЗФО Уговором о финансијском обезбеђењу обавезује се давалац обезбеђења да, ради обезбеђења извршења своје или туђе финансијске обавезе, пренесе средство обезбеђења примаоцу обезбеђења или да на том средству установи заложно право у корист примаоца обезбеђења, а прималац обезбеђења обавезује се да, у складу с тим уговором, примљена или еквивалентна средства обезбеђења врати даваоцу обезбеђења по извршењу финансијске обавезе, односно истовремено с тим извршењем. У ставу 2. прописано је: „Давалац обезбеђења, на основу уговора о финансијском обезбеђењу којим се преноси средство обезбеђења,

везе из уговора о финансијском обезбеђењу који је закључен у складу са законом којим се уређује финансијско обезбеђење, укључујући давање, стицање, промену и реализацију средства обезбеђења у смислу тог закона, извршавају се несметано без обзира на покретање, отварање и спровођење поступка стечаја над стечајним дужником – даваоцем или примаоцем средства обезбеђења (ст. 1). Одредба става 1. овог члана сходно се примењује на остваривање права на нетирање по основу других финансијских уговора у смислу закона којим се уређује финансијско обезбеђење (ст. 2). На намирење поверилаца из средстава обезбеђења по основу уговора о финансијском обезбеђењу не примењује се овај закон (ст. 3). На намирење поверилаца из става 3. овог члана примењује се закон којим се уређује финансијско обезбеђење” (ст. 4).³⁷

Други модалитет консолидације привредних субјеката у Републици Србији спроводи се вансудски кроз институт споразумног финансијског реструктурирања. Споразум о финансијском реструктурирању има за циљ да привредном субјекту као дужнику, који је постао платежно неспособан омогући да се над истим спроведе поступак финансијског реструктурирања и да се тако опорави како би постао платежно способан и то у још бољим и повољнијим условима, па је тако чл. 2 ст. 2 овог Закона прописано да се поступак не спроводи над лицима у стечају и лицима над којима је покренут претходни стечајни поступак у складу са унапред припремљеним планом реорганизације. Финансијско реструктурирање може се спроводити ако у њему учествују најмање две домаће или стране банке, у својству поверилаца, док у случају да је дужник предузетник, финансијско реструктурирање може се спроводити ако у њему учествује најмање једна банка. Споразумно финансијско реструктурирање окончава се уговором о споразумном финансијском реструктурирању, који се закључује између дужника и повериоца, према чл. 17 овог закона и обухвата низ мера.³⁸

примаоцу обезбеђења: 1) преноси право својине на новчаним средствима или финансијским инструментима који су средство обезбеђења; 2) преноси потраживање које је средство обезбеђења.

³⁷ Види више Дукић Мијатовић М., & Козар В., (2019). *Постулати корпоративног стечаја у Републици Србији – монографија*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета Привредна академија у Новом Саду, стр. 12-21.

³⁸ Најчешће одређене мере за спровођење финансијског реструктурирања су: предвиђање отплате у ратама, измену рокова доспелости, каматних стопа или других услова кредита, зајма или другог потраживања или инструмента обезбеђења;

Потраживање, које се реструктурира и које је обезбеђено хипотеком, односно заложним правом на покретним стварима и правима, замењује се реструктурираним обезбеђеним потраживањем, тако да хипотека, односно заложно право на покретним стварима и правима, као споредно право везано за обезбеђено потраживање које се реструктурира, наставља да постоји као средство обезбеђења реструктурираног потраживања, у складу са уговором о финансијском реструктурирању. Одредбама чл. 19 ст. 1 Закона о споразумном финансијском реструктурирању прописано је да се порески подстицаји за финансијско реструктурирање, у смислу пореског ослобођења отпуста дуга код поверилаца, као и могућности репрограмирања дуга по основу јавних прихода, утврђују законом којим се уређује порез на добит правних лица, односно законом којим се уређује порески поступак и пореска администрација. Институционално посредовање у поступку финансијског реструктурирања обавља Привредна комора Србије према чл. 14. ст. 1 Закона о споразумном финансијском реструктурирању.

IV Специфичности реструктурирања привредних субјеката по Закону о стечају Републике Српске

„Реорганизација дужника је, вид његовог реструктурирања схваћеног у ширем смислу. Међутим, реструктурирање схваћено у ужем смислу, било да је у питању судско или вансудско реструктурирање, представља алтернативу поступку реорганизације, као једном од исхода стечајног поступка. У томе се састоји и суштинска разлика јер се вансудско реструктурирање спроводи мимо стечајног поступка, док судско представља облик предстечајног поступка.“³⁹ „Законом о стечају из 2016. године, у Републици Српској је уведен нови институт реструктурирања изван стечаја. Реструктурирање је сложен поступак јер садржи у себи многе активности као што су: спајање, заједнички подухват, ст-

уновчење имовине или пренос такве имовине ради намирења потраживања; отпуст дуга; извршење, измену или одрицање од заложног права; давање додатних средстава обезбеђења од стране дужника или трећих лица, укључујући давање јемстава и гаранција; претварање потраживања у капитал; закључивање уговора о кредиту, односно зајму; издавање хартија од вредности и друге мере од значаја за реализацију финансијског реструктурирања.

³⁹ Васиљевић З., (2020). Реструктурирање као мјера опоравка дужника у праву Републике Српске, *Право и привреда*, вол. 58, бр. 1, стр. 137-159

варање стратешких савеза, продаја и друго. Увођењем овог института у предстечајном поступку даје се могућност да дужник постигне споразум са својим повериоцима у погледу реструктурирања дугова и тако избегне покретање стечајног поступка и престанак постојања у крајњем исходу.⁴⁰

У праву Републике Српске, поступак реструктурирања је регулисан као судски поступак, који се спроводи пре покретања и вођења стечаја ради финансијског реструктурирања дужника, а регулисан је стечајном легислативом. Одредбама чл. 2 Закона о стечају Републике Српске прописано је да се поступак реструктурирања спроводи ради уређивања правног положаја дужника и његовог односа према повериоцима, а у циљу наставка обављања његове делатности, док се стечајни поступак спроводи ради групног намирања поверилаца стечајног дужника, уновчењем његове имовине и поделом прикупљених средстава повериоцима, с тим да се може спровести и реорганизација стечајног дужника у циљу одржавања његове пословне делатности и очувања радних места.

Поступак предстечајног реструктурирања се може спровести над имовином правног лица и имовином дужника појединца, под којим се сматрају ортак и комплементар. Може се отворити и над имовином правног лица које је у већинском власништву Републике Српске или јединице локалне самоуправе, али не и над имовином Републике Српске, јединица локалне самоуправе, као ни јавних фондова који се у целости или делимично финансирају из буџета. Поступак реструктурирања може се отворити према чл. 4 Закона о стечају ако се утврди постојање претеће платежне неспособности и ако дужник касни са измирењем претузетих новчаних обавеза до 60 дана, а под претећом платежном неспособности сматра се немогућност поступања по плану доспећа новчаних у наредних 12 месеци.⁴¹

Поступак реструктурирања као и стечајни поступак покреће се предлогом овлашћеног субјекта код надлежног суда. Суд по службеној дужности утврђује све чињенице које су од важности за поступак реструктурирања и стечајни поступак и може изводити све потребне дока-

⁴⁰ Чоловић В. (2018). Реструктурирање дужника, *Годишњак факултета Правних наука*, 8-8, Бања Лука, стр. 158.

⁴¹ Разлог отварања стечајног поступка је платежна неспособност стечајног дужника за разлику од претеће платежне неспособности, која води за реструктурирању, а због претеће платежне неспособности само стечајни дужник може поднети предлог за отварање стечајног поступка.

зе. У поступку реструктурирања и стечајном поступку свим повериоцима обезбеђује се једнак третман и равноправан положај поверилаца истог исплатног реда. Поступак реструктурирања и стечајни поступак омогућава најповољније намирење поверилаца.⁴² У питању су поступци, који су хитни, рокови су преклузивни, а поступак реструктурирања и стечајни поступак спроводи се тако да се омогући остваривање највеће могуће вредности имовине дужника у поступку реструктурирања и стечајног дужника и највећег могућег степена намирења поверилаца у што краћем времену и са што мање трошкова. Одредбама чл. 15 ст. 2 Закона о стечају поступак реструктурирања је дефинисан као судски поступак који суд спроводи пре покретања и вођења стечајног поступка ради финансијског и оперативног реструктурирања дужника, док је чл. 15. ст. 22 реорганизација уређена као посебан поступак, који се спроводи у оквиру стечајног поступка ради утврђивања правног положаја стечајног дужника и његовог односа према повериоцима, а посебно ради одржавања његове делатности и очувања радних места.

Поступак се покреће на предлог дужника или повериоца, ако је дужник сагласан, а органи поступка су Суд и повереник, кога именује суд са листе стечајних управника. Поступак реструктурирања ће се окончати у року од пет месеци од дана његовог отварања, уз продужење од највише 90 дана. Суд испитује прихватљивост предлога за отварање поступка реструктурирања у року од осам дана од дана подношења у складу са чл. 30 ст.1 Закона о стечају, са могућношћу допуне предлога у року од 8 дана од достављања на уређење предлога. Одредбама чл. 32 Закона прописани су обавезни елементи Извештаја о финансијском стању и пословању дужника.⁴³ За разлику од стечајног управника у сте-

⁴² Чл. 6-9. Закона о стечају Републике Српске.

⁴³ План финансијског и оперативног реструктурирања, који се доставља суду садржи Законом прописане елементе: 1) чињенице и околности из којих произлази постојање претпоставки за отварање поступка реструктурирања, 2) износ недостатка ликвидних средстава утврђен на бази финансијских извештаја, 3) мере финансијског реструктурирања и оперативног утврђивања њихових ефеката на недостатак ликвидних средстава, профитабилност пословања и отклањања платежне неспособност, 4) план пословања за текућу годину и за најмање две наредне календарске године, уз детаљно образложење сваке појединачне позиције плана, 5) биланс стања на последњи дан периода за који се сачињава план пословања, 6) анализу потраживања према величини, категорији (потраживања радника, излучна права, разлучна права и друга потраживања), ниво очекиваног намирења и предлоге рокова за њихово намирење, 7) понуда дужника повериоцима о начину, роковима и

чајном поступку који преузима послове органа стечајног дужника, повереник има само задатак да прати пословање дужника, испита његово материјално и финансијско стање, пријави потраживања поверилаца и с тим упозна стечајног судију, дужника и повериоце како би имали увид у економско и финансијско стање дужника пре доношења одлуке о закључењу споразума.⁴⁴ Послове дужника и даље воде његови органи. Стога је и законодавац флексибилнији у погледу оптерећености повереника, навођењем да суд приликом именовања треба да води рачуна о броју поступака реструктурирања, односно стечајних поступака у којима је то лице већ именовано.

Суд решењем о отварању поступка реструктурирања, које се објављује у „Сл. гласнику Републике Српске“, позива повериоце да, у року од 30 дана од дана објаве, пријаве своја потраживања, као и да у року од осам дана од дана објаве извештаја о пријављеним потраживањима, оспоре она потраживања која сматрају непостојећим, уз навођење разлога. И дужник и повереник се изјашњавају о сваком пријављеном потраживању. Решењем се заказује и рочиште за испитивање потраживања и налаже се да се по службеној дужности у судски регистар и друге јавне регистре упише забележба отварања поступка реструктурирања. Након испитног рочишта суд сачињава табелу признатих и оспорених потраживања, те се после достављања плана реструктурирања заказује рочиште за гласање о плану. Према резултатима финансијског и оперативног плана реструктурирања и праву гласа, повериоци поступка реструктурирања разврставају се у редове: 1) повериоци којима се утврђена потраживања умањују у складу са њиховом изјавом о смањењу потраживања, 2) повериоци којима се утврђена потраживања умањује у складу са законом, 3) повериоци којима су потраживања оспорена, 4) повериоци на чија потраживања поступак реструктурирања не утиче. Да би суд прихватио план и потврдио поравнање у поступку реструктурирања, за план мора гласати најмање 25% поверилаца по главама и натполовична већина од укупног износа потраживања поверилаца који су гласали.⁴⁵

Правобранилаштво Републике Српске даје мишење о прихватању плана реструктурирања. Правоснажно решење којим се потврђује поравнање у поступку реструктурирања доставља се Агенцији за посред-

условима намирења потраживања, 8) обрачун трошкова реструктурирања.

⁴⁴ Чл. 39. Закона о стечају Републике Српске.

⁴⁵ Чл. 43. Закона о стечају Републике Српске.

ничке, информатичке и финансијске услуге Републике Српске, регистарском суду и другим надлежним органима ради уписа у јавне регистре. Уколико се ради о дужнику у форми акционарског друштва, решење се доставља и берзи на којој се тргује акцијама тог друштва.⁴⁶ Отварање поступка реструктурирања производи и процесна дејства у смислу прекида парничних, извршних и управних поступака покренутих против дужника, долази до прекида тока каматеа на потраживања према дужнику, осим оних поверилаца на које поступак не утиче. Повериоци, који буду намирени у складу са постигнутим поравнањем, сматраће се потпуно намиреним. Остали повериоци могу остваривати своја права у стечајном поступку, и то у износу поравнања закљученог у поступку реструктурирања. Ако је планом финансијског и оперативног реструктурирања или измењеним планом финансијског и оперативног реструктурирања предложено претварање потраживања кредитне институције у основни капитал дужника, којим би кредитна институција прешла ограничење улагања у капитал нефинансијских институција, прије заказивања рочишта за гласање, кредитна институција дужна је да затражи претходну сагласност Агенције за банкарство Републике Српске.⁴⁷ „Поступак судског реструктурирања законодавац Републике Српске је уредио аналогно поступку реорганизације у стечају, али мање детаљно, остављајући бројне правне празнине. С правно-политичког аспекта, поставља се питање оправданости уређења судског поступка реструктурирања, ако Закон о стечају већ нормира поступак стечајне реорганизације. Судско реструктурирање има своје оправдање само ако је уређен као квалитативно другачији институт, што се мора оцењивати поређењем норми о поступку реструктурирања и стечајне реорганизације.“⁴⁸

Вансудско реструктурирање је у праву Републике Српске регулисано Законом о споразумном вансудском реструктурирању⁴⁹ и Правил-

⁴⁶ Чл. 45. Закона о стечају Републике Српске.

⁴⁷ Чл. 52. ст. 1. Закона о стечају Републике Српске.

⁴⁸ Марковић Бајаловић Д. (2023) Реформа законодавства о реструктурирању и стечају – Прилог за даљу хармонизацију националних права са правом ЕУ, тематски зборник *Реформа законодавства о реструктурирању, реорганизацији и стечају у светлу европских тенденција* (ур. Д.М. Бајаловић и др.), Универзитет Источно Сарајево Правни факултет, Пале, стр. 42.

⁴⁹ Закон о споразумном финансијском реструктурирању („Службени гласник Републике Српске“бр. 99/20).

ником о поступку споразумног финансијског реструктурирања,⁵⁰ те се уређује поступак реструктурирања, који се спроводи ван суда и окончава добровољним споразумом, који се закључује између дужника и поверилаца, који мора бити усвојен консензусом. Вансудски поступак реструктурирања је економичнији од судског поступка, краћи су рокови, а одвија се уз посредовање Привредне коморе Републике Српске. Пре формалног покретања поступка споразумног вансудског финансијског реструктурирања, дужник и повериоци треба да испуне одређене услове. Најзначајнији услов за дужника се односи на ниво кризе у којој се налази, односно да привредном друштву или предузетнику не прети пословни неуспех и да се финансијске потешкоће у којима се налази нису развиле до нивоа који захтева покретања стечајног поступка. Формални предуслови, које дужник мора да испуни пре покретање поступка споразумног вансудског финансијског реструктурирања су: да над дужником није покренут поступак реструктурирања или стечајни поступак; да дужнику прети платежна неспособност и да жиро рачун дужника није блокиран дуже од 60 дана непрекидно. Најзначајнији услов за повериоце је њихова спремност на постизање компромиса са дужником што ће допринети њиховом намирењу потраживања, делимично или у целости. Поред наведених услова, закон прописује да у поступку споразумног вансудског финансијског реструктурирања мора да учествује дужник и најмање два повериоца, од којих је један банка или друга финансијска организација, док други поверилац може бити било који добављач роба или услуга.⁵¹

Учесници у поступку финансијског реструктурирања, испитују одрживост пословања дужника и преговарају о другачијем уређивању односа између дужника и поверилаца. У току испитивања одрживости пословања дужника и преговарања о другачијем уређивању односа између дужника и поверилаца, учесници у поступку разматрају раније закључене уговоре и друге правне послове и износе предлоге мера за финансијско реструктурирање. Ако се испитивање и преговарање не може обавити на првом састанку, због потребе за разматрањем додатне финансијске и друге пословне документације дужника или из других разлога,

⁵⁰ Правилник о поступку споразумног финансијског реструктурирања („Службени гласник Републике Српске“ број 77/21).

⁵¹ <https://komorars.ba/sporazumno-vansudsko-finansijsko-restrukturiranje/>, приступ 7.4.2025.

посредник заказује додатне састанке са учесницима у поступку у што краћем року, а уз сагласност свих учесника.⁵²

Споразум, којим се окончава поступак садржи следеће податке: пословно име и седиште дужника и повјерилаца, износе свих дуговања, који су предмет финансијског реструктурирања, све мере финансијског реструктурирања, којима је на другачији начин уређен однос између дужника и сваког појединачног повериоца, који је закључио споразум, податак о периоду мировања дугова, ако је у току поступка финансијског реструктурирања закључен уговор о мировању дугова и друге податке од значаја ново уређивање дужничко-поверилачких односа. Посредник израђује извештај о поступку финансијског реструктурирања, који доставља Привредној комори. Након покретања поступка финансијског реструктурирања, па све до његовог окончања, дужник или повериоци могу одустати од учешћа у поступку. Дужник или повериоци одустају од даљег учешћа у поступку финансијског реструктурирања давањем писане изјаве, која се доставља посреднику или Привредној комори, ако посредник није именован. Привредна комора доноси решење о обустављању поступка финансијског реструктурирања у следећим случајевима: да дужник одустане од даљег учешћа у поступку или да на поверилачкој страни не учествују најмање два повериоца, од којих је један банка или друга финансијска организација банкарског система.⁵³

Закључак

Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1989. године били су регулисани услови за спровођење и поступак принудног поравнања, стечаја и ликвидације правних лица. Консолидација привредних субјеката у облику принудног поравнања као рудиментарног облика „оздрављења“ привредних друштава у савремено доба у Републици Србији и Републици Српској има неколико процесно правних модалитета, почев од унапред припремљеног плана реорганизације и плана реорганизације, који су релативно уједначено регулисани у оба стечајна закона. Легислатива Републике Србије познаје институт спора-

⁵² Чл. 7. Правилника о поступку споразумног финансијског реструктурирања Републике Српске.

⁵³ Чл. 11. Правилника о поступку споразумног финансијског реструктурирања Републике Српске.

зумног финансијског реструктурирања, који има за циљ да привредном субјекту као дужнику, који је постао платежно неспособан омогући да се над истим спроведе поступак финансијског реструктурирања и да се тако опорави и посредник је Привредна комора Србије. У Републици Српској консолидација привредних субјеката врши се и реструктурирањем у предстечајном судском поступку. Вансудско реструктурирање у праву Републике Српске се окончава добровољним споразумом, који се закључује између дужника и поверилаца у поступку, који је економичнији од судског поступка, са краћим роковима, уз посредовање Привредне коморе Републике Српске. Време пред нама и емпиријски подаци о учесталости и добробити спровођења поступака реструктурирања како у Републици Србији тако и Републици Српској ће показати неопходност правних новела закона, посебно посматрано са аспекта циљева задатих у Директиви ЕУ о реструктурирању и инсолвентности.

Литература

1. Васиљевић З., (2020). „Реструктурирање као мјера опоравка дужника у праву Републике Српске“, *Право и привреда*, вол. 58, бр. 1, стр. 137-159
2. Дукић Мијатовић М., (2019). „Специфичности стечајне легислативе Републике Србије у транзиционој фази развоја привреде“, У: Шаркић, Н., et al. (ур.), *Век и по стечаја у Србији* стр. 87-94). Београд: Институт за упоредно право.
3. Дукић Мијатовић М., *Стечајно право*, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија Нови Сад, 2010, 34-35.
4. Дукић Мијатовић М., & Козар В., (2019). *Постулати корпоративног стечаја у Републици Србији – монографија*, Нови Сад: Правни факултет Универзитет Привредна академија у Новом Саду, стр. 12-21.
5. Козар В. (2018) „Приказ новела Закона о стечају које се примењују од 1. јануара 2019. године на права и обавезе из уговора о финансијском обезбеђењу“, *Радно-правни саветник*, бр. 7-8, стр. 59-70.
6. Марковић Бајаловић Д. (2023) „Реформа законодавства о реструктурирању и стечају – Прилог за даљу хармонизацију националних права са правом ЕУ“, тематски зборник *Реформа законодавства о реструктурирању, реорганизацији и стечају у светлу европских тенденција* (ур. Д.М. Бајаловић и др), Универзитет Источно Сарајево Правни факултет, Пале, стр. 15.

7. Чоловић В. (2018) „Реструктурирање дужника“, *Годишњак факултета Правних наука*, 8-8, Бања Лука, стр. 158.

Прописи

8. Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (*Службени лист СФРЈ* бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ* бр. 37/93 и 28/96)
9. Закон о стечају Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018)
10. Закон о стечају Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 16/2016)
11. Закон о стечајном поступку Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 67/02; 77/02; 38/03; 96/03; 68/07; 12/10 и 16/10)
12. Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 89/15)
13. Закон о споразумном финансијском реструктурирању (*Службени гласник Републике Српске* бр. 99/20).
14. Закон о финансијском обезбеђењу Републике Србије (*Сл. гласник РС* бр. 44/2018)
15. Правилник о поступку споразумног финансијског реструктурирања (*Службени гласник Републике Српске* бр. 77/21).
16. Commission Recommendation 2014/135/EU of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, OJ L 74, 14. 3. 2014.
17. Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 30. 6. 2000.
18. Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debts and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), OJ L 172, 26. 6. 2019.
19. Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ L 141, 5. 6. 2015.

Интернет извори

- <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11/subchapter-I> приступ 30.3.2025.

- <https://komorars.ba/sporazumno-vansudsko-finansijsko-restrukturiranje/>, приступ 17.4.2025.
- https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Roe_645.pdf, приступ 28.2.2025.

Prof. Marijana Dukić Mijatović, PhD⁵⁴

CONSOLIDATION OF BUSINESS ENTITIES IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND REPUBLIC OF SERBIA, PROCEDURAL LAW ASPECTS

Summary: *In this research, the legal and economic aspects of the consolidation of companies in the legislation of the the Republic of Serbia and Republic of Srpska, as well as the procedural and legal framework for the recovery of economic entities in this procedure, have been combined. The basic content of institute of restructuring and its manifestations in legal amendments in the last few decades, as well as the expediency of its application in everyday business practice, have been established through comparative legal and chronological analysis. It is the observation of the evolution of this institute, its applicability and relationship with the original solutions of the foreign legislation, from which they were received, that leads to an assessment of the dynamics of the development and quality of the bankruptcy legislation in this segment.*

Key words: *bankruptcy legislation, restructuring, legal amendments, Republic of Srbija, Republic of Srpska.*

⁵⁴ Associate Professor, University of Novi Sad, Faculty of Technical Sciences, Novi Sad, Republic of Serbia, e-mail: marijana.mijatovic@uns.ac.rs ORCID no. 0000-0003-1327-0889

СИСТЕМ КОНТРОЛЕ БАНАКА НАСПРАМ ОПШТЕГ РЕЖИМА КОНТРОЛЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА¹

Дамјан Даниловић²

Анстракт: Привредни субјекти, посебно акционарска друштва сами по себи подразумевају укрупњавање капитала, али и организационе структуре. То условљава да наведене форме захтијевају сегментацију правне контроле, која се усложњава заједно са величином и значајем организације. Аутор у овом раду анализира сегменте контроле регулисане банкарском легислативом, које у значајној мјери одударају од опште компанијске легислативе. Уочава се да полазна основа банкарске легислативе захтијева модификованију и построжену контролу, која увелико превазилази интерни систем контроле, чак прелазећи на супранационале нивое. Систем контроле на интерном плану подразумева посебно организовану контролну структуру више организационих цијелина које имају самосталну надлежност. На спољном плану је евидентна значајна улога регулаторних тијела која такође превазилази општи компанијски режим, гдје се поред регулатора тржишта хартија од вриједности појављују посебна банкарска регулаторна тијела. Систем контроле и на унутрашњем и на спољашњем плану је вишеструк, што у укупности треба резултирати адекватним системом контроле банака.

Кључне ријечи: банке, интерна контрола, екстерна контрола.

¹ Проширено истраживање из докторске дисертације Дамјан Даниловић, Специфичности корпоративног управљања у банкарском сектору БиХ-правни аспекти, Правни факултет Бањалука, 2017.

² Универзитет у Источном Сарајеву-Економски факултет Пале

1. УВОД

Адекватан приступ компарацији наведених система контроле поставићемо утврђивањем важних дистинкција између система општег правног режима и банкарског режима. Сама привредно-правна организација подразумијева различите правне односе како унутар исте, тако и изван ње. Хармонично функционисање не постоји у идеалном смислу, али право конституише цијели низ правила и правних института ради успостављања хармоничних односа у и изван организације, при чему систем контроле има јако битну улогу у томе. Предмет овога рада је битно генерално ограничити разматрањем у оквиру агенцијских проблема³. Први агенцијски проблем представља односе између управе и акционара, можемо шире рећи и управе наспрам самога друштва. Нарочито је овај проблем актуелан у ситуацији дисперзованог акционарства јер тада управа доминира друштвом и у стању је да првенствено остварује своје интересе изнад интереса друштва, чему може погодovati и сам законски систем организације управе ако је ријеч о једнодомним моделима у који организационо омогућује концентрацију моћи управе. Други агенцијски проблем се тиче односа између већинског и мањинских акционара. Моћ чланског органа/акционара се одређује мјером учешћа у капиталу, тако да овдје већински акционар може фактички самостално да доноси одлуке, занемарујући интересе мањинских акционара. Трећи агенцијски проблем поставља питање односа саме компаније наспрам трећих заинтересованих страна.

У општем компанијском праву највише се расправља, а легислатива регулише различите механизме за превазилажење првог и другог агенцијског проблема. Контрола управе се врши кроз системе избора и опозива чланова управе, наметањем дужности у привредним друштвима⁴, обавезама управе на информисање акционара⁵, правима мањин-

³ Шире у Милена Јовановић Затила, Контролни механизми корпоративног управљања, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2016, вол. 55, бр. 74, стр. 189-201

⁴ Сања Стојковић Златановић, Рајко Совиљ, Дужност лојалности институт(анти) конкуренције радном и компанијском праву, *Страни правни живот* 3/2023, стр. 535-540

⁵ Зоран Арсић, Извештаји управног одбора акционарског друштва и колективно право на информисање, *Зборник радова Правног факултета Нови Сад*, 2010., вол. 44, бр. 3, стр. 93-101

ских акционара⁶ и низом других механизма. Такође се као особен приступ легислативе појављују и кодекси корпоративног управљања⁷ који кроз систем „меког права“ каналишу успостављање добрих пракси корпоративног управљања. Насупрот томе цјелокупна статусна и стечајна легислатива банака је окренута рјешавању трећег агенцијског проблема, тј. односу према заинтересованим странама, у коме доминира интерес државе за обезбјеђењем финансијске стабилности и спрјечавањем настанка финансијских криза које су банке способне да произведу. Нема ни мало простора за меко право, управо супротно надзорна функција је појачана до мјере да би у већини нефинансијских компанија такав приступ био престрог и непотребан. Стога се и на интерном и на екстерном нивоу надзора банака уочава усложњавање у систему контроле, док напротив општа легислатива то не захтијева, али неке од органа нуди као опцију која може бити одређена интерним актима друштва. У овом раду ћемо се најприје позабавити интерном контролном структуром, потом и екстерном.

2. Интерна контролна структура

Раздвајање акционарства од управљања акционарским друштвима, регулисање подијељених надлежности ове двије структуре доводи до специфичних између њих која зависи како од модела управљања тако и акционарских концентрација. Акционари као базични инвеститори у друштво задржавају неприкосновену позицију избора и разрјешења одређених управљачких структура као што су управни/надзорни одбори, што је потенцијално врло битан механизам контроле. Чланови управа се бирају на мандатне периоде, међутим право да самостално у складу са интересима друштва управљају друштвом, не значи да између њих и акционара нема односа контроле. Напротив акционари могу опозивати њихове мандате. Опозив може бити из оправданих разлога⁸, што

⁶ Марија Тасић, Мањински акционари: општа питања о дефинисању појма и механизмима правне заштите, *Право-теорија и пракса* бр. 4-6/2017, стр. 42-52

⁷ Марија Мијатовић, Марија Мијатовић, „Меко“ уређење корпоративног управљања у праву Србије-методолошко угледање на легислативу Европске Уније, *Civitas* вол. 9, бр. 1.2019, стр. 42-55

⁸ Шире у Драгана Кнежић Поповић, Опозив из оправданог разлога чланова управе привредних друштава у упоредном праву, *Право и привреда* вол. 40. Бр. 5-8, 2003., стр. 122-134

је у суштини случај када се чланско не придржава законских дужности, или пак и без основаног разлога⁹, што је у домаћем праву случај ако акционари сматрају да је то у најбољем интересу привредног друштва. Истина неосновано разрјешење може довести до одштетних захтјева према друштву, што је значајна кочница за потпуну доминацију акционара над члановима управе. Фактички утицај акционара на управу значајно зависи од концентрације акционарства конкретном привредном друштву, гдје се уочава корелација да дисперзовано акционарство води јачању управе, док концентрисано акционарство води управу у већу зависност од акционара.

Акционарски активизам може имати различите ефекте на систем управљања. Нека истраживања показују да нема директне повезаности активизма са финансијским перформансама компаније, али да има значајне корелације између активизма и одговорности управе и спрјечавања превара.¹⁰ Управо је тенденција домаћег законодавца да акционари буду активни контролори у права банака, што је битно одступање од општих компанијских прописа. Са једне стране се захтијевају посебни услови за одређене прагове стицања капитал учешћа. Наравно да акционарски активизам зависи од информисаности акционара, тако да су и овдје захтјеви за транспарентношћу постављени на виши ниво. Тако подзаконска легислатива Агенције за банкарство низом прописа установљава садржај извјештаја са детаљним елементима које сачињавају управе¹¹, чиме се отклања нетранспарентност управе која може бити одговорна директно регулаторним тијелима уколико не поступа по утврђеним дужностима.

Први контролни механизми у развоју компанијског права, у смислу тијела чија је примарна функција надзор, су били ослоњени искључиво на интерне механизме. Унутар сложених организација се управљачко тијело раздвајало на двије структуре управни/надзорни одбор и извршни одбор, такође су формирана тијела чији је примарни фокус интерна контрола, као што су одбор за ревизију, интерни ревизор, и сл.

9 Шире у Драгана Кнежић Поповић, Опозив *ad nutum* чланова управе привредних друштава праву, *Право и привреда* вол. 38. бр. 5-8, 2001., стр. 154-165

10 Nagesh Rudrakanthwar, Recent Trends in Shareholder Activism and its Impact on The Firm's Financial Performance and its Governance, *Indian Journal of Law and Legal Research* Vol. IV Iss. V, 2022., стр. 682-718

11 Одлука о објављивању података и информација банке, *Службени гласник Републике Српске* бр. 89/17, чл. 1.-15.

Дводомни модел управљања који је настао у Њемачкој је имао за циљ заштиту интереса компаније.¹² Сматрамо добрим опредјељење домаћег законодавца који је унутрашњу управљачку структуру банке уредио по дводомном моделу, у коме постоји строга сепарација између контроле и управљања у банци, што је институционални предуслов постизања објективности приликом вршења контролне функције. Правни системи који успостављају једнодомни систем управљања су „недовољну објективност“ контролне функције због непостојања досљедне сепарације контролне и извршне функције надомјештали институтом независних директора, који у суштини није ријешао наведене проблеме. Међутим, банкарска легислатива је и поред сепарације надзорне и управљачке функције нужно захтијевала повећане стандарде независности носилаца кључних функција у банци, како у домену негативних претпоставки независности које требају отклонити сукоб интереса, тако и у погледу позитивних претпоставки независности које требају допринијети професионалном и правно одговорном управљању у банци.¹³

Надзорни одбор се са правом може сматрати основним стубом контроле у банци чија се контролна улога протеже на низ важних функција у банци, што закон децидно и прописује¹⁴. У свим државама чланицама ЕУ које имају дводомне системе управљања задатак надзорног одбора јесте праћење рада извршног одбора.¹⁵ Важна функција је одлучивање о подизању тужби против чланова управе, процјењујући одговорност кршења стандарда дужне пажње, установљену судском праксом да одговорности нема ако су чланови дјеловали у интересу компаније на бази адекватних информација.¹⁶

Надзорна функција у банкама је много шира од наведеног. Унутар банака организованим по двостепеном систему, надзорни одбори

¹² Мирко Васиљевић, „Бермудски троугао“ компанијског, стечајног и права преузимања акционарских друштава (три субјекта заштите-компанија, поверилац и акционар), *Страни правни живот* 2/2021, стр. 197

¹³ Дамјан Даниловић, Независни директору у реалном и банкарском сектору, *Право и привреда* 4-6, 2016., стр. 200-213

¹⁴ Закон о банкама Републике Српске, Службени гласник бр. 4/2017, 19/2018 – исправк, 54/2019 и 65/2024, чл. 66., у даљем тексту ЗОБРС

¹⁵ Jean Nicolas Caprasse, Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, Risk Metrics Group, Stockholm, 2009., стр. 37

¹⁶ Klaus J. Hopt, Patrick C. Leyens, Board models in Europe-Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, United Kingdom, France, and Italy, *ECGI Working Paper no. 18/2004*, 2004., стр. 5 -6

обављају функцију стратешког надзора.¹⁷ Кључно тијело одговорно за финансијску контролу и извјештавање јесте надзорни одбор, а да би се функције из његове надлежности квалитетно обављале, неопходна је његова темељитост и независност.¹⁸ Побројане дужности су врло важне, но функције надзорних одбора су плод правне еволуције. Након недостатака традиционалистичког концепта у коме је надзорни одбор банака био одговоран за успоставу поштовања законских прописа, финансијски неуспјеси 80-тих су утицали на додавање надлежности у домену ризика, у оквиру кога надзорни одбор процјењује, надзире и пружа потпору управљању банкарским ризицима.¹⁹ Подзаконска легислатива додатно прецизира контролне надлежности надзорног одбора : 1) успостављање ефикасне организационе структуре; 2) доношење пословног плана са јасним циљевима и политиком која обухвата дефинисање прихватљивих нивоа ризика и одговорност руководства за идентификацију, контролу и праћење тих ризика; 3) интеграцију стратешких планова у пословне планове; 4) обезбјеђење да пословни планови садрже подјелу надлежности и дефинисање функције извјештавања; 5) обезбјеђивање да виши нивои управе врше сталну контролу нижих нивоа; 6) обезбјеђивање успостављања одговарајућих рачуноводствених процедура; 7) обезбјеђивање процедура за заштиту активе; 8) обезбјеђивање да систем интерне контроле буде под сталним надзором интерне и екстерне ревизије; 9) донесе план перманентне контроле система интерне контроле од стране одбора за ревизију, као и програм његовог развоја и унапређења.²⁰ Надзорни одбор даје сагласност на послове управе који доводе до велике изложености банке, што предсавља износ од 10% потраживања банке према једном лицу или групи повезаних лица.

Општи компанијски прописи не захтијевају обавезно постојање додатних контролних органа у друштву, док банкарски прописи уређују и друге обавезне органе. Пошто су контролне функције у банци разгранате и прецизно дефинисане, а подзаконска легислатива захтијева посебне стандарде у обављању истих, то би практично било немогуће надзорном

¹⁷ Giuseppe Cassellati-Sforzolini, Valentina Zadra, New Rules on Italian Banks Organization and Corporate Governance, *Banking Law Journal* Vol. 125. no. 9, 2008., стр. 875

¹⁸ Jonatan Chraham, Guidans for the Directors of Banks, *The World Bank* 2003., стр. 29

¹⁹ Heenie van Greuning, *Анализа и управљање банковним ризицима*, Мате, Загреб, 2006., стр. 35-36

²⁰ Одлука о минималним стандардима система интерне контроле у банкама, *Службени гласник РС* 12/03, чл. 3.

одбору да све то постигне, стога легислатива утврђује посебна помоћна тијела у систему интерне контроле. Надзорнои одбор има надлежност конституисања контролног система у банци.

Један од обавезних је одбор за ревизију у банкама²¹. Само име му сугерише и природу функције, али је битно нагласити да исти одбор може да поступа као савјетодавни орган управе, али то не ослобађа одговорности управу банке, већ помаже управи извршавању задатака.²² Састављен је од независних и стручних лица са прецизираним дужностима у неколико сегмената као што је контрола извјештаја (интерних контролних тијела и годишњег финансијског извјештаја), разматра функционисање система контроле (интерних контрола и система за управљање ризицима), извјештавајућа функција(о активностима, отклањању неправилности, о усклађености пословања са законским оквиром). Одбори за ревизију предлажу надзорном одбору усвајање плана рада интерне ревизије, контролише њен рад и извјештава надзорни одбор о евентуалним одступањима. Нарочито је битно да се приликом оцјене извјештаја контролише усклађеност са прописима и релевантним рачуноводственим стандардима, а приликом извјештавања о кршењу истих одбор је дужан да предложи препоруке за отклањање уочених неправилности. Будући да је одбор за ревизију под директном контролом надзорног одбора то је надзорни одбор надлежан за перманентну контролу испуњености услова за избор у чланство одбора, као и евентуално покретање питања одговорности чланства због кршења дужности у банци и евентуално узроковане штете.

Додатно је надзорни одбор дужан изабрати одбор за именовања и одбор за накнаде. Са становишта компанијеске легислативе је ријеч о релативно новијој тековини. У правној теорији не постоји општа прихваћеност ових одбора као сталних органа. Сматра се да одбори веома ријетко обављају своје активности, јер избори за чланове управе нису чести, док са друге стране акционари одређују примања чланова управе, тако да за овом комисијом такође нема потребе, или ако већ постоје да буду *ad hoc* органи.²³ Супротна схватања од ових указују да одбор за

²¹ ЗОБРС, чл. 79. и 80.

²² Миле Станишић, Улога одбора за ревизију у банкама, *Бакарство*, вол. 35, бр. 7-8, 2006., стр. 33

²³ Ивица Јановец, Управни одбор акционарског друштва(неколико напомена уз закон о привредним друштвима), у Миодраг Мићовић „Ново привредно законодавство“, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2005., стр. 41. и 42.

накнаде има шире дужности од предлагања чланова органа банака. Његова је дужност перманентне контроле политике запошљавања, процјене укупне организационе структуре и оцјене ефикасности и компетенција носилаца кључних функција. И у случају одбора за накнаде ситуација није тако проста. У банкама систем накнађивања није у надлежности акционара што није никаква случајност пошто се питање накнађивања директно integriше у банкарске ризике, за шта акционари нису стручни, тако да је оправдано да стручно тијело одређује висину и фиксног и варијабилног дијела накнада, као и врсте накнада, што све скупа треба да погодује привлачењу стручне управе као и остварењу дуговрочне финансијске стабилности.²⁴ Не улазећи дубље у наведене аспекте, чини се оправданим да у банкама то буду стална тијела, поготово што дјелокруг накнада не обухвата само носиоце кључних функција у банци, већ цјелокупну персоналну структуру банке. У позитивном праву РС котирана акционарска друштва реалног сектора обавезно формирају комисије за накнаде и комисије за именовања, које се састоје најмање од три члана и доносе одлуке већином од укупног броја чланова.²⁵ Генерално, у односу на стандарде независности директора, надзорних одбора и одбора за ревизију, критеријуми за независност чланова комисије за накнаде су блажи. Док се у првом случају за процјену независности узима статусни, радни и имовински однос са компанијом за одређен протекли период, исти односи за протекли период нису релевантни када се процјењује независност чланова комисије за именовања. У случају двије најпознатије њујоршке берзе у NYSE, директори слободно процјењују независност, тако да имовинска, статусна и радна веза са компанијом не морају бити препреке чланству у комисији за накнаде, док по правилима NASDAQ-а постојање наведених односа није допуштено.²⁶ Банкарска легислатива у Републици Српској захтијева да чланови ових одбора такође буду из реда независних чланова, при чему морају испуњавати све услове независности.

²⁴ Шире у Дамјан Даниловић, Систем накнађивања чланова управе и банкарска легислатива, *Зборник радова Правног факултета Пале, Право, традиција, промјене*, Источно Сарајево, 2020., стр. 226-240

²⁵ Закон о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник* бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 и 17/2023, чл. 308. ст. 1) и 2)

²⁶ Weil, Gotshai & Manges LLP, *Alert SEC Disclosure and Corporate Governance*, New York, 2013., стр. 1-2

Обавезан контролни орган у банци јесте интерни ревизор.²⁷ Сврха овог инокосног органа је бољи надзор над компанијом у сегменту рачуноводствених и административних дјелатности.²⁸ Регулацивом Агенције за банкарство су детаљније прецизирани и унификовани минимални стандарди система интерне ревизије, у оквиру чега је назначена функција контроле ризика. Циљ овог органа је спрјечавање губитака, подизање нивоа објективности и тачности финансијских информација, те утврђивање услова који могу утицати негативно на самоодрживост банке.²⁹ Наведени дјелокруг обавља путем независне процјене адекватности, ефикасности и успјешности система интерне контроле, информисања одбора за ревизију о провођењу тог система и давањем препорука за његово унапређење, при чему програм интерне ревизије мора обухватити минималне елементе: 1) циљ предлагања, развијања и провођења плана ревизије; 2) дефинисање подручја која носе ризик; 3) степен обухватности и дјелатности по подручјима која носе ризик; 4) листа приоритета дјелатности и процјене ризика са образложењем; 5) начин и рокове извјештавања у оквиру надлежности; 6) дефинисање услова сазивања сједница одбора за ревизију од стране интерног ревизора; а поред тога програм мора имати детаљну разраду елемената рада и поступака интерне ревизије, што обухвата периодичност активности, предмете оперативних радњи, документациона основа обављених активности, израда извјештаја(начин и рокови), давање приједлога одбору за ревизију.³⁰

Посљедњи закон о банкама контролну функцију предвиђа организовану на начин да поред интерног ревизора стратешка контрола подразумијева конституисање и одбора за усклађеност и одбора за ризике који имају самосталне надлежности као организационе цјелине, који су заједно под контролом надзорног одбора.³¹ Функција усклађености у првом плану. Такође закон таксативно наводи цијели низ ризика који требају бити контролисани. Кредитни ризик је ризик губитка насталог услед невраћања кредита. Банке подешавају унутрашње стратегије контролом обима кредитирања(већи обим кредитирања значи већи ризик),

²⁷ ЗОБРС, чл. 96.

²⁸ Борис Тушек, Допринос интерног ревизора успјешном управљању компанијом, *Ревикон*, Сарајево, 2007., стр. 350

²⁹ Одлука о минималним стандардима интерне и екстерне ревизије у банкама, *Службени гласник Републике Српске*, 12/03, чл. 1..

³⁰ Одлука о минималним стандардима интерне и екстерне ревизије у банкама, чл. 3.

³¹ ЗОБРС, чл. 92.

кредитне политике(већи однос пласмана кредита у односу на активу значи повећање ризика) и кредитног микса(високо учешће комерцијалних и индустријских кредита значи већи ризик), са тим што у свакој фази кредитирања банке воде рачуна о кредитној способности клијената.³² Економске кризе као макроекономске појаве могу јако негативно утицати на кредитне ризике мимо контроле банака. Благовременим детектовањем симптома кризе и благовременом реакцијом регулатора би се могли ублажавати неповољни ефекти. Ризик (не)ликвидности је губитак који настаје услед немогућности краткотрајног измирења доспјелих обавеза због непоклапања прилива и одлива финансијских средстава. Добре пројекције управљања новчаним токовима тј. прилива и одлива новца јесу кључ превазилажења ризика ликвидности на унутрашњем плану.³³ Поред наведених постоји и низ других ризика који сежу до наднационалних нивоа.

Сагледавши унутрашња контролна тијела, њихове надлежности и организацију, закључујемо неколико чињеница. Прво је принцип перманентности јер контролна структура свакодневно прати банкарске ризике. Друго је принцип систематичности, под њим схватамо да је интерна контрола организовања као јединствен систем унутар банке, на чијем је челу надзорни одбор као кровни контролор и организатор цјелокупног процеса, у оквиру кога постоји успостављена хијерархија надзорног одбора над свим другим контролним тијелима. Друго је принцип обухватности, под њим подразумевамо да су њиме обухваћени сви ризици које чак и сам закон нормира. Закон ризике директно нормира са намјером да сваки од њих појединачно буде у фокусу пажње надлежних органа, слједљиво томе и у редовним извјештајима које сачињавају. Треће принцип специјализације контролних тијела, који подразумева да контролна тијела имају фокусиране тачке контроле, мада овдје постоје и извјесна преклапања у којима нпр. и интерни ревизор и одбор за ревизију и надзорни одбор разматрају интегритет и тачност финансијских извјештаја, док други одбори имају готово самостална поља контроле. Одбор за ревизију такође контролише систем за праћење ризика, али на системском нивоу, док директну контролу ризика обавља одбор за ризике. Кредитни одбори се баве одобравањем кредита утврђујући да

³² Марко Иваниш, Ризици у банкарском пословању, *Правно-Економски Погледи*бр. 3, Београд, 2012., стр. 4

³³ Ibidem, стр. 5-6

ли се поштују усвојене политике и правила, што опет директно утиче на кредитне и ризике ликвидности.

3. Екстерни систем контроле

Досадашња искуства су показала да се заинтересоване стране не могу ослонити искључиво на унутрашње системе контроле привредних друштава. Уколико постоји унутрашњи доминантни интерес, неповољне околности се могу сакривати од повјерилаца и инвеститора и узроковати бројне негаивне ефекте. Због тога се паралелно развијао систем екстерне контроле. У правилу банке подлијежу вишеструком екстерном надзору. Дакле, развијена финансијска тржишта имају установљене регулаторе тржишта хартија од вриједности, а поред њих постоје банкарски регулатори. Поред тога у складу са рачуноводственим прописима постоје обавезе великих друштва да подлијежу независној спољној ревизији. На све то додајмо и одређене системе регионалних финансијских интеграција или суипранационалне контроле и увидјећемо да банке и по томе одступају од других приврених субјеката. Интересантно је запазити да одређена истраживања проведена на 122 банке из 29 земаља указују на чињеницу да тамо гдје су „активнији“ банкарски регулатори долази до успјешности нове регулативе о „објелодањивању“ - транспарентности, што је у корелацији ширином овлаштења и сопственим ресурсима банкарских регулатора.³⁴

Опште је прихватање да банкарски систем захтијева посебно успостављене регулаторе на националним нивоима. Такође је општа тенденција повећавања њихових надлежности у регулаторној контроли.³⁵ Што су системи већи то се усложњава њихова структура. У Великој Британији главне прописе и стандарде доносе регулатори заједно са Владом, али контролу система интерних контрола и стандарда управљања врши Financial Services Authority, како у погледу надзора, тако у погледу санкционисања одговорних лица, базирајући се на ненаметању строгих спољних правила или стандарда понашања управе, већ напротив на фле-

³⁴ Шире о ефектима банкарских регулатора у вези објелодањивања ризика у Jannis Bischof, Holger Daske, Ferdinand Elfers, Luzi Hail, A Tale of Two Regulators: Risk Disclosures, Liquidity, and Enforcement in the Banking Sector, *Contemporary Accounting Research*, vol. 39. No. 1, 2022., стр. 498-536

³⁵ James R. Barth, Gerard Caprio, Ross, Levine, *Bank Regulation and Supervision in 180 Countries from 1999 to 2011*, NBER, Cambridge, 2013., стр. 14- 15

ксібилности путем успостављања унутрашњих структура мониторинга кроз креирање унутрашњег система контроле и праксе управљања ризиком, покушавајући на тај начин да се постигне оптимум у заштити интереса свих заинтересованих страна.³⁶ Америчка федерална агенција за осигурање депозита(FDIC) има надлежност подизања и спровођења истрага према члановима корпоративних органа финансијских институција који су несавјесним и незаконитим радом проузроковали штету фонду и то по службеној дужности.Њемачка са историјског аспекта такође развија систем у коме Савезна влада има овлаштења над банкама које пријете узроковању кризе, док кредитни уред и Бундесбанка имају редовна регулаторна овлаштења.³⁷У суштини се упоредни системи могу сврстати у више категорија сходно организацији регулаторне контроле банака, као што су секторски(више различитих тијела надзиру банке и тржиште капитала), двополни(регулаторна контрола је подијељена између два регулаторна тијела), те модел јединственог регулатора(све регулаторне ингеренције врши једно тијело).³⁸

У земљама региона као што су Србија, Црна Гора, Хрватска и Македонија централне банке представљају банкарске регулаторе. У Босни и Херцеговини Агенција за банкарство Републике Српске и Агенција за банкарство Федерације БиХ имају регулаторну улогу, Углавном се централне банке сматрају посебним органима са јавно-правним овлаштењима, док су земљама регулатори у форми корпорација.³⁹ Улога националних регулатора се своди на неколико функција, а то улога подзаконког нормирања, улога надзора, те ефикасно рјешавање стања инсолвентних банака.⁴⁰ У том смислу закључујемо да су финансијски регулатори носиоци суверенитета на нивоу банкарског сектора, поготово што у значај-

³⁶ Alexander Kern, UK Corporate Governance and Banking Regulation: The Regulators Role as Stakeholder, *Stetson Law Review* no 33, 2004. стр. 994

³⁷ Дијана Марковић Бајаловић, Банкарски систем у Немачкој, *Страни правни живот* 1993., стр. 83-84

³⁸ Шире о моделима те предностима и недостацима регулаторних система у Бојана Олгић Драженовић, Модели финансијске супервизије и регулације у земљама ЕУ-а, *Зборник Велеучићишта у Ријеци*, вол. 3), бр. 1, 2015., стр. 72-75

³⁹ Милан Рапајић, Небојша Петковић, Правни положај и улога Банке Русије у обезбеђењу економског суверенитета Руске федерације, *Страни правни живот* 3/2021, стр. 448-449

⁴⁰ Данијела Ракоњац, Кристијан Ристић, Јасмина Шмигић Миладиновић, Улога супервизора у очувању и јачању банкарског сектора Републике Српске, *Одитор*, 2023., стр. 119.

ном дијелу имају законодавне надлежности. У домаћим оквирима они су посебни органи са јавно-правним овлашћењима.

Банкарски регулатори су свеprisутни у „животу“ банака. Агенција је надлежна да контролише и даје одобрења у цјелокупној процедури оснивања банака. Новина у заклодаствима јесте да се од акционара банке захтијва поред доброг угледа и задовољавајућег финансијског стања посједовање и управљачких способности, а поред тога Агенција одобрава нормативне акте банке, даје сагласност за именовање носилаца кључних функција у банци које може и опозивати, даје сагласност на статусне промјене, у случају лошег пословања има механизме преузимања управљања банком (у случају мањих незаконитости налаже и контролише провођење корективних мјера, у случају значајних неправилности може у потпуности увести привремену управу, а посебно ради контроле паралелно са постојећом управом може именовати савјетника ради контроле законитог полсовања).⁴¹ У упоредним правима као и у нашем праву промет акција банке које сежу до нивоа квалификованог учешћа се налазиу ограниченом режиму пошто регулатори претходно морају дати сагласност на промет акција, све у циљу контроле банкарских ризика.⁴²

Четвртом компанијском директивом на нивоу ЕУ је дефинисана обавеза годишње екстерне ревизије коју обавља независни ревизор којег бира скупштина акционара, те који присуствује сједници акционара на којој се гласа о финансијским извјештајима које је претходно оцијенио.⁴³ Оно о чему је битно водити рачуна о законском оквиру организације екстерне ревизије јесте њена независност и објективност. У том смислу посебни прописи утврђују услове за стицање лиценци за оваљање послова екстерне ревизије. Са друге стране компанијски прописи регулишу систем избора екстерног ревизора. На овој тачки се значајно може преломити објективност ревизорске куће, примјера ради ако исту бира управа, ревизори могу бири наклоњени истима како би опет у будућности добијали ангажмане који им обезбјеђују приходе. Ово питање

⁴¹ Шице о надлежностима Агенције за банкарство у Дамјан Даниловић, Нови закон о банкама Републике Српске у свјетлу система корпоративног управљања, *Право и привреда* бр. 4-6, 2017., стр. 407-409

⁴² Зоран Васиљевић, Специфичности стицања и располагања акцијама банке, *Право и привреда* бр. 4-6, 2017., стр. 383-389

⁴³ Дијана Марковић Бајаловић, Право привредних друштава, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011., стр. 266-267

општа компанијска легислатива превазилази тако што о избору ревизора одлучује скупштина акционара.

Банкарска легислатива у контексту трећег агенцијског проблема прописује рјешење у коме се значајно избјегава могућност утицаја акционара на избор ревизора кроз систем именовања. Наиме у интересу самих акционара може бити прикривање стварног финансијског стања банке ако је оно лоше. Надзорни одбори су надлежни за ангажовање екстерне ревизије, али како би се и то објективизирало у надлежности одбора за ревизијујесте да предлаже друштво које ће обављати ревизију годишњих финансијских извјештаја. Међутим, круна свега јесте да коначну сагласност за именовање ревизора даје Агенција за банкарство, која на концу свега процјењује испуњеност услова за ангажовање ревизора, а ако процијенида извјештају екстерног ревизора имају недостатке може наложити поновно ревизију и именовање друге ревизорске кујће. У погледу објективности извјештаја ревизора се може постављати питање сукоба инереса у случају да је исти ревизор током пословне године обављао консултантске услуге за контролисани субјект. У том случају ревизорска кућа може имати интерес да прикаже резултате контролисаног друшта у што бољем свијетлу, тако да се у позитивном праву за одређене привредне субјекте пружање таксативно наведених консултантских услуга сматра препреком за именовање ревизора.⁴⁴

Финансијска интеграција у виду заједничког тржишта и заједничке монетарне уније је допринијела стварању посебне регулаторне структуре на нивоу ЕУ. Циљ је остварење јединствениог система кнтроле и надзора ради превенирања финансијских криза и стварања што повољнијих услова за развој банкарског сектора. Регулаторна банкарска структура се састоји од неколико тијела које имају посебно утврђене надлежности. Европска Централна Банка (ЕЦБ) је врховно тијело, а националне Централне Банке представљају њене „оперативне руке“, са апсолутном супремацијом надлежности ЕЦБ, тако да су одредбе националних закона неважеће уколико су супротнепрерогативама ЕЦБ.⁴⁵ Супремација ЕЦБ не значи постепени нестанак државних регулатора веч развијање

⁴⁴ Вук Радовић у Зоран Васиљевић, Вук Радовић, Компанијско право-право привредних субјеката, Правни факултат у Бањој Луци, 2023., стр. 533.

⁴⁵ Helmut Siekman, Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbanknachgeltendemrecht und dem VertragubereineVerfassung fur Europa, *Goethe Universitat-Institut for Law and Finance Working Paper no. 35*, 2005., стр. 17.-18.

међусобне оперативне сарадње. Надзор над банкарским сектором ЕУ врше национални супервизори, али се сматра да ће постепено долазити до смањивања њихових надлежности, у смислу да ће они бити готово искључиво извршна тијела ЕЦБ. Успостављање овакве супремације је политички процес у току. Надзорна улога ЕЦБ у европском банкарском систему треба да обухвата успостављање стандарда корпоративног управљања, финансијског извјештавања и адекватности капитала.

На крају крајева нема директне регулаторне надлежности међународних регулаторних тијела али Банка за међународна порвњања кроз усвајање различитих норми и стандарда у пословању и надзору финансијских организација постепено утиче на хармонизацију националних законодавстава. Истини за вољу може постојати јак неформални притисак на националним нивоима како би се усвојени стандарди проводили у пракси због чињенице да су у њеној организационој структури чланови националних централних банака.

4. Закључак

Банке су саме по себи високоризична и сложена привредна друштва. То захтијева особен приступ законодавца у креирању различитих сегмената банкарског правног оквира, посебно у смислу одговарајућег система надзора и контроле, а чији је основни циљ контрола банкарских ризика и превенирање финансијских криза. Контрола структура банке се може подијелити на интерну и на екстерну, а код обје се види да су вишеструке-слојевите.

Интерна контрола банака је организована на принципима перманентности, систематичности, свеобухватности и специјализације. Темелни контролни орган банке јесте надзорни одбор који конституише и надзире систем контроле у банци тј. све друге контролне органе које закон нормира као што су одбор за ревизију, интерни ревизор, одбор за ризике, одбор за накнаде и именовања, кредитинни одбор, те друге одборе ако су успоставени у складу са интерним актима и одлуком Агенције. Закон нормира низ појединачних ризика који су у фокусу контроле. Бројни контролни органи имају самосталне надлежности, односно особену методологију и циљеве у контроли, мада може долазити до извјесниог степена преклапања.

Екстерна контрола банке са упоредно-правних становишта може бити организована по рзличитим моделима, али се генерално може за-

кључити да је сложена и да регулатори имају значјне надлежности којих нема у компанијама основаним по општим компанијским прописима. И на нивоу ЕУ постоји посебан систе надзора у оквиру еуро зоне, док са наднационалних нивоа крећу процеси глобалне хармонизације банкарске легислативе.

Извори

Библиографске референце

1. Арсић Зоран, Извештаји управног одбора акционарског друштва и колективно право на информисање, *Зборник радова Правног факултета Нови Сад*, 2010.
2. Barth R. James, Caprio Gerard, Levine Ross, Bank Regulation and Supervision in 180 Countries from 1999 to 2011, NBER, Cambridge, 2013.
3. Bischof Jannis, Daske Holger, Elfers Ferdinand, Hail Luzi, A Tale of Two Regulators: Risk Disclosures, Liquidity, and Enforcement in the Banking Sector, *Contemporary Accounting Research*, vol. 39. No. 1, 2022.
4. Васиљевић Зоран, Специфичности стицања и располагања акцијама банке, *Право и привреда* бр. 4-6, 2017
5. Васиљевић Мирко, „Бермудски троугао“ компанијског, стечајног и права преузимања акционарских друштава (три субјекта заштите-компанија, поверилац и акционар), *Страни правни живот*, 2/2021
6. Van Greuning Heenie, *Анализа и управљање банковним ризицима*, Мате, Загреб, 2006.
7. Weil, Gotshai & Manges LLP, *Alert SEC Disclosure and Corporate Governance*, New York, 2013.
1. Даниловић Дамјан, Нови закон о банкама Републике Српске у свјетлу система корпоративног управљања, *Право и привреда* бр. 4-6, 2017.
2. Даниловић Дамјан, Независни директору у реалном и банкарском сектору, *Право и привреда* 4-6, 2016.
3. Јановец Ивица, Управни одбор акционарског друштва (неколико напомена уз закон о привредним друштвима), у Миодраг Мићовић „Ново привредно законодавство“, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2005.

4. Даниловић Дамјан, Систем накнађивања чланова управе и банкарска легислатива, *Зборник радова Правног факултета Пале*, „Право, традиција, промјене“, Источно Сарајево, 2020.
5. Иваниш Марко, Ризици у банкарском пословању, *Правно-Економски Погледибр. 3*, Београд, 2012.
6. Јовановић Затила Милена, Контролни механизми корпоративног управљања, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, вол. 55бр. 74, 2016.
7. Kern Alexander, UK Corporate Governance and Banking Regulation: The Regulators Role as Stakeholder, *Stetson Law Review* no 33, 2004.
8. Кнежић Поповић Драгана, Оpozив *ad nutum* чланова управе привредних друштава праву, *Право и привреда* вол. 38. бр. 5-8, 2001.
9. Кнежић Поповић Драгана, Оpozив из оправданог разлога чланова управе привредних друштава у упоредном праву, *Право и привреда* вол. 40. бр. 5-8, 2003.
10. Марковић Бајаловић Дијана, Банкарски систем у Немачкој, *Страни правни живот*, 1993.
11. Марковић Бајаловић Дијана, Право привредних друштава, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011.
12. Мијатовић Марија, „Меко“ уређење корпоративног управљања у праву Србије-методолошко угледање на легислативу Европске Уније, *Civitas* вол. 9, бр. 1.2019.
13. Олгић Драженовић Бојана, Модели финансијске супервизије и регулације у земљама ЕУ-а, *Зборник Велеучићишта у Риједи*, вол. 3), бр. 1, 2015.
14. Радовић Вук у Зоран Васиљевић, Вук Радовић, Компанијско право-право привредних субјеката, Правни факултет у Бањој Луци, 2023.
15. Ракоњац Данијела, Ристић Кристијан, Шмигић Миладиновић Јасмина, Улога супервизора у очувању и јачању банкарског сектора Републике Српске, Одитор, 2023.
16. Рапајић Милан, Петковић Небојша, Правни положај и улога Банке Русије у обезбеђењу економског суверенитета Руске федерације, *Страни правни живот* 3/2021
17. RudrakanthwarNagesh, Recent Trends in Shareholder Activism and its Impact on The Firm's Financial Performance and its Governance, *Indian Journal of Law and Legal Research* Vol. IV Iss. V, 2022.

18. Siekman Helmut, Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbanknachgeltendemrecht und dem VertragubereineVerfassung fur Europa, *Goethe Universitat-Institut for Law and Finance Working Paper no. 35*, 2005.
19. Станишић Миле, Улога одбора за ревизију у банкама, *Бакарство вол.* 35, бр. 7-8, 2006.
20. Стојковић Златановић Сања, Совиљ Рајко, Дужност лојалности и институт (анти)конкуренције радном и компанијском праву, *Страни правни живот* 3/2023
21. Тасић Марија, Мањински акционари: општа питања о дефинисању појма и механизмима правне заштите, *Право-теорија и пракса* бр. 4-6/2017
22. Тушек Борис, Допринос интерног ревизора успјешном управљању компанијом, *Ревикон*, Сарајево, 2007.
23. Jean Nicolas Caprasse, Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, Risk Metrics Group, Stockholm, 2009.
24. Hopt J. Klaus , Leyens C. Patrick, Board models in Europe-Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, United Kingdom, France, and Italy, *ECGI Working Paper no. 18/2004*, 2004.
25. Cassellati-Sforzolini Giuseppe, Zadra Valentina, New Rules on Italian Banks Organization and Corporate Governance, *Banking Law Journal Vol. 125. no. 9*, 2008.
26. Chrakham Jonatan, Guidans for the Directors of Banks, The World Bank, 2003.

Правни акти

1. Закон о банкама, Службени гласник *Републике Српске* бр. 4/2017, 19/2018 – исправк, 54/2019 и 65/2024
2. Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске* бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 и 17/2023
3. Одлука о објављивању података и информација банке, *Службени-гласник Републике Српске* бр. 89/17
4. Одлука о минималним стандардима интерне и екстерне ревизије у банкама, *Службени гласник Републике Српске* бр. 12/03

5. Одлука о минималним стандардима система интерне контроле у банкама, *Службени гласник РС* 12/03

Damjan Danilovic, LL. D⁴⁶

BANKING SUPERVISION SYSTEM VERSUS GENERAL CORPORATE SUPERVISION REGIME

Abstract: *Business entities, especially joint-stock companies, by themselves imply the consolidation of capital, but also of organizational structures. This means that the above forms require the segmentation of legal control, which becomes more complex with the size and importance of the organization. In this paper, the author analyzes the segments of control regulated by banking legislation, which differ significantly from general company legislation. It is noted that the starting point of banking legislation requires a more modified and stricter control, which greatly exceeds the internal control system, even going to supranational levels. The control system at the internal level implies a specially organized control structure of several organizational units that have independent jurisdiction. Externally, the significant role of regulatory bodies is evident, which also goes beyond the general corporate regime, where, in addition to securities market regulators, special banking regulatory bodies appear. The control system, both internally and externally, is multifaceted, which should result in an adequate system of bank control.*

Keywords: *banks, internal control, external control.*

⁴⁶ Associate Professor, University of East Sarajevo, Faculty of Economics

UDK 330.342.15:[339.13:347.725

doi 10.7251/PR7125569R

Pregledni naučni članak

INSTITUT „SQUEEZE OUT“ KROZ USPOREDNU ANALIZU, SUDSKU PRAKSU I ZAŠTITU MANJINSKIH DIONIČARA

Domagoj Rožac, univ. mag. iur., pred.¹

Sažetak: *Institut „squeeze out“ (istiskivanje manjinskih dioničara) specifičan je pravni instrument koji omogućava glavnom dioničaru, vlasniku najmanje 95% temeljnog kapitala, prisilni prijenos dionica manjinskih dioničara uz isplatu primjerene naknade. Polazišni problem istraživanja bio je analizirati opravdanost ovog instituta s aspekta ravnoteže između interesa većinskog i manjinskih dioničara te ocijeniti adekvatnost postojećeg hrvatskog pravnog uređenja i sudske prakse. Rad primjenjuje analitičko-normativnu metodu uz komparativni pristup, naročito u odnosu na njemačko zakonodavstvo od kojeg je institut preuzet. Posebno su analizirani sudski slučajevi Visokog trgovačkog, Vrhovnog i Ustavnog suda Republike Hrvatske, s naglaskom na problem primjerenosti otpremnine te proceduralnih aspekata zaštite manjinskih dioničara. Rezultati pokazuju kako postoje jasne pravne odredbe i mehanizmi zaštite manjinskih dioničara poput sudskog nadzora nad visinom otpremnine, no ukazuje se i na određene nedostatke u praksi, posebice u pogledu dostupnosti informacija i transparentnosti postupka. Rad zaključuje da, unatoč određenim manjkavostima, postojeći okvir pruža dovoljnu pravnu sigurnost, ali predlaže dodatna proceduralna poboljšanja radi potpunije zaštite interesa manjinskih dioničara.*

Ključne riječi: *squeeze out institut, manjinski dioničari, pravična otpremnina, pravna zaštitadioničara, sudska praksa u Hrvatskoj.*

¹ Veleučilište „Lavoslav Ružička“ u Vukovaru, Blage Zadre 2, 32 000 Vukovar, e-mail: domagoj.rozac@gmail.com, ORCID: 0009-0003-1717-9676

UVOD

Institut „squeeze out“ (istiskivanje manjinskih dioničara) predstavlja specifičan pravni mehanizam koji omogućuje glavnom dioničaru, čije dionice iznose najmanje 95 % temeljnog kapitala dioničkog društva, da prisilno prenese dionice manjinskih dioničara na sebe uz obvezu isplate primjerene novčane naknade. Ovaj institut uveden je u hrvatsko zakonodavstvo izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima 2003. godine, slijedeći pritom njemački pravni okvir koji ga poznaje već od početka 2002. godine. Polazište ovog rada jest istražiti kako je hrvatski zakonodavac implementirao institut squeeze out-a te razmotriti njegove pravne i praktične implikacije. Posebno je naglašena problematika osiguravanja pravične ravnoteže između interesa glavnog i manjinskih dioničara, odnosno određivanja primjerene otpremnine koja ima ključnu ulogu u sprječavanju zloupotreba položaja većinskog dioničara. Rad analizira važeće zakonske odredbe, uz usporedbu s relevantnim njemačkim zakonodavstvom kao izvoristom instituta, te kritički sagledava postojeću hrvatsku sudsku praksu, osobito odluke Visokog trgovačkog, Vrhovnog i Ustavnog suda Republike Hrvatske. Metodološki, istraživanje se temelji na analitičkom i komparativnom pristupu, proučavanju normativnog uređenja instituta te analizi sudske prakse kao pokazatelja praktične primjene i učinkovitosti propisanih mjera zaštite manjinskih dioničara. Cilj je ovog rada ukazati na postojeće prednosti, ali i nedostatke pravne regulative te dati prijedloge mogućih poboljšanja radi učinkovitije zaštite prava manjinskih dioničara u postupcima squeeze out-a.

1. Pravni temelj instituta

Izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (dalje: ZTD) 2003. godine² kojima se uvodi mogućnost da većinski dioničar isključi iz dioničkog društva manjinskog dioničara uz jasno i precizno uređene uvjete. Navedeni institut u angloameričkom pravnom sustavu poznatiji je kao pravni institut squeeze out ili freeze out. Istovjetan institut uveden je godinu dana ranije i to 1.1.2002. u SR Njemačko zakonodavstvo³. Ovaj pravni institut ne

² Uređeno je člancima od 300.f do 300.k Zakona o trgovačkim društvima, koji su novelom Zakona o trgovačkim društvima („Narodne novine“, broj: 118/2003) koja je stupila na pravnu snagu 2003.

³ Zakon o uređenju javnih ponuda za stjecanje vrijednosnih papira i preuzimanje poduzeća, a istim su uređene odredbe o Squeeze out-u unesen i u prijedlog Zakona o dionicama, o tome

smije se poistovjetiti s odredbom članka 9. Zakona o preuzimanju dioničkih društava⁴(dalje: ZPDD)⁵zato što isti na prvi pogled po svom sadržaju predstavlja sličnu obvezu, no radi se o bitnoj razlici. Kod instituta prijenosa dionica manjinskih dioničara iz ZTD-a traži se postojanje glavnoga dioničara koji posjeduje dionice najmanje u iznosu 95% temeljnog kapitala društva, dok je kod ZPDD-a traži osoba (fizička ili pravna)koja prijeđe prag od 25% dionica s pravom glasa ciljanog društva obvezana je objaviti ponudu za preuzimanje. Ujedno poslije ponude za preuzimanje, ako ponuditelj i osobe koje snjim djeluju zajednički drže najmanje 95% dionica s pravom glasa ciljnog društva, imaju pravo na prijenos dionica s pravom glasa manjinskih dioničara, uz pravičnuna knadu⁶. Dakle ZPDD stavlja naglasak na dionice koje imaju pravo glasa, ne i na postotak vlasništva u temeljnom kapitalu samim time po predmetnom udio za istiskivanje po ZPDD-u u temeljnom kapitalu ne mora iznositi 95%⁷.

Naš pravni režim institut Squeeze out preuzeo je iz Izmijenjenog njemačkog Zakona o dionicama (Aktiengesetz)od 1.1.2002.godine i to člancima 327.a -327.f⁸.Ratio ovog instituta sagleda se kroz zaštitu i promicanje poduzetničkih interesa. Dioničar koji ima najmanje 95% temeljnog kapitala društva nije u jednakoj poziciji kao onaj koji ima 100% temeljnog kapitala društva iz razloga što manjinski dioničari imaju ovlast da pobijaju odluke glavne skupštine čime mogu opstruirati poslovanje samoga društva. Postoje i one odluke koje se tokom samoga postupka pobijanja ne mogu upisati u sudski registar, kojima se može uvelike naštetiti kako glavnom dioničaru tako i samom društvu. Nadalje se mora uzeti u obzir da parnice mogu trajati godinama, a za čitavo vrijeme trajanja parnica odluke se nemogu provesti. Ujedno potrebno je navesti da donošenjeodređenih odluka može biti uređeno statutom društva u kojim uređenjima ne rijetko se zahtijeva i pristanak manjinskih dioničara u prilikom odlučivanja vezano uz određena područja i

više u Jakša Barbić, Pravo društva, Knjiga druga Društva kapitala, Svezak I, Dionička društva str. 438-439, Zagreb, Organizator, 2013.

⁴ Zakon o preuzimanju dioničkih društava („Narodne novine”, broj: 109/2007., 36/2009., 108/2012., 90/2013., 99/2013. i 148/2013.)

⁵ Članak 9. ZPDD-a

⁶ Članak 45. ZPDD-a

⁷ Goran Buljanović,Preuzimanje dioničkih društava – osvrt na neka pravna pitanja – 1. dio, objavljen na web stranici :www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2011B391, 9.6.2011.,

⁸ Ivan Markovinović, dipl. iur. – Squeeze out (prijenos dionica manjinskih dioničara) , str 37, Pravo i Porez, br.7, srpanj 2007.

prilikom donošenja ključnih odluka za društvo. Samim time glavni dioničar je izložen opasnosti za iznošenje različitih neopravdanih razloga manjinskih dioničara te zapravo dovođenje u bezizlaznu situaciju.

Manjinski dioničari imaju samo pravo prihvatit ponudu, koju kasnije mogu osporavati i to u pogledu primjerenosti otpremnine, ali ujedno imaju pravo pobijati odluku glavne skupštine ako su mišljenja da je u sukobu sa zakonom i /ili statutom. Ovdje se pak radi o dvije vrste postupaka, jedan izvanparničniza sudskoodređivanje primjerene otpremnine, a drugi parnični postupak u kojem će se utvrđivati je li sazivanje, provođenje postupka na glavnoj skupštini kao i donošenje odluka glavne skupštine u sukobu sa zakonom i/ili statutom.

Nakon što smo prethodno naveli potrebno je ukazati i na zamjerke po manjinskimdioničarima koje mogu sa sobom dovesti u pitanje ustavnost ovoga instituta. Činjenica je da manjinski dioničari nemaju mogućnost izbora nego moraju prodati svoje dionice po cijeni i u trenutku koji ne određuju znači suprotno vlastitoj volji čime se dovode u pitanja neka ustavna načela (pravo vlasništva i stečena prava ulaganjem kapitela se ne mogu umanjiti zakonom ni drugim pravnim aktom)⁹. Prethodna ustavna prava moraju se dovesti u vezu sa člankom 50. Ustava RH¹⁰. O tome pitanju odlučivao je Ustavni sud RH 2003.-2007.¹¹ godine kada je u više odvojenih vremenskih razdoblja zaprimio zahtjev za ocjenu ustavnosti članaka ZTD-a (300.f do 300.k). Jedan od prijedloga po koje se ocjenjivala ustavnost navedenih provodila se poprijedlogu manjinskih dioničara društva “Siemens” prema kojima su članci ZTD-a nesuglasni s člancima 3, 5, 14, 16, 48, 49. i 50. Ustava RH . O tome je odlučeno 31. veljače 2007. godine, kada je USRH odlukom ocijenio navedeni prijedlog neosnovanim. U obrazloženju odluke u bitnome se navodi “osporene norme ne znače diskriminaciju manjinskih dioničara, jer je legitimni cilj tih normi regulacija tržišta kapitala, što je nedvojbeno u interesu Republike Hrvatske i nije se moglo postići drugim sredstvima koja bi na manje ograničavajući način utjecala na imovinska prava manjinskih dioničara “ kao i da predmetne odredbe “omogućuju glavnom dioničaru poticanje

⁹ Članak 48. stavak 1. i članak 49. stavak 4. Ustava RH („Narodne novine“, broj:56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 i 5/2014)

¹⁰ Poduzetničke se slobode i vlasnička prava mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske... vezano uz ograničenje i oduzimanje vlasništva, uz naknadu tržišne vrijednosti.

¹¹ Odluke Ustavnog suda RH, Broj: U-I-4120/2003, U-I-4237/2003, U-I-3099/2004, U-I-29/2005, U-I-4056/2006

i unapređivanje unutarnje strukture društva, zaštićujući pri tome manjinske dioničare od mogućih zlouporaba”. Sporne odredbe po stajalištu Ustavnog suda “jamče veću pravnu sigurnost manjinskih dioničara i njihovu zaštitu u odnosu na moguća postupanja glavnog dioničara, koja bi, iako zakonita, ipak mogla štetiti i umanjiti ili potpuno poništiti imovinska prava manjinskih dioničara”.¹² Ustavni sud je još u obrazloženju naveo i pravnu prirodu dioničkih društava kao društvo kapitala koje nastaje unošenjem uloga od strane dioničara na temelju čega i nastaje razlika između dioničara (glavni i manjinski dioničar), ujedno je odredio i stupanj rizika tržišta kapitala.

Stajalište njemačkog Ustavnog suda koji je odlučivao o tom pitanju, kod squeeze out radi se o ograničenjima privatne imovine koja se ulaže kako bi se zaštitila opća dobrobit, istoj treba dati prednost nad interesima manjinskih dioničara da zadrže imovinske koristi koja im daju prava dioničkog društva iz razloga nužnosti razvijanja i poticanja poduzetničkog razvijanja i napretka.^{13, 14}

Glede prava stečenih ulaganjem, pravne teorije stajališta su da se u institutu squeeze out radi o određenom ograničenju ranije spomenutog prava koje su u interesu općeg gospodarskog napretka. Naime navedena problematika se može sagledati kroz prava koja proizlaze iz dionica manjinskih dioničara odnosno prva proistekla iz manje od 5% temeljnog kapitala s kojima ne ostvaruju upravljačka prava (uz uvjet da pravo na pobijanje odluke glavne skupštine se ne smatra upravljačkim pravom), zbog čega se uz manjinske dioničare mogu povezati samo imovinska prava.¹⁵

Prijenos dionica na glavnoga dioničara manjinski dioničari tim institutom gube imovinska prava za što je potrebno pružiti odgovarajuću naknadu u obliku novca.

2. Postupak

Postupak prijenosa dionica može se podijeliti na nekoliko stadija:

1. pripreme radnje (određivanje otpremnine, pribavljanje odluke, izjava banke)

¹² Odluka Ustavnog suda RH, broj: U-I/4120/2003

¹³ Branimir Iveković, dipl. iur. - Squeeze out - prijenos dionica manjinskih dioničara, str. 50, Pravo i Porez, br.11, studeni 2004.

¹⁴ Prof. dr. sc. Jakša Barbić – Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, str. 305, Treće, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Organizator, 2005. i str. 439., Šesto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Organizator, 2013.

¹⁵ Ivan Markovinović, dipl. iur. – Squeeze out (prijenos dionica manjinskih dioničara), str. 38, Pravo i Porez, br.7, srpanj 2007.

2. sazivanje i provođenje glavne skupštine
3. donošenje odluke i njezin upis u sudski registar
4. isplata otpremnine.

2.1 Pripremne radnje

Ovaj postupak predlaže glavni dioničar. On je definiran ZTD-om kao dioničar koji drži dionice koje se odnose na najmanje 95% temeljnog kapitala društva, na što se primjenjuje članak 474. ZTD-a kojim se određuje visina udjela koji pripada pojedinom društvu određena je temeljem nominalnog iznosa udjela koji mu pripada prema ukupnom temeljnom kapitalu drugoga društva, s time da vlastite udjele treba odbiti od temeljnog kapitala.¹⁶

Pripremne radnje koje glavni dioničar mora obaviti se odnose na određivanje primjerene otpremnine kao i pribavljanje osiguranja da će po upisu u sudski registar manjinski dioničari biti isplaćeni to znači pribavljanje solidarnog jamstva banke kojim se jamči isplata manjinskih dioničara po upisu glavnog dioničara u sudski registar.

2.1.1. Određivanje otpremnine

Jedno je od najvažnijih pitanja u provođenju postupka Squeeze out-a. Ovo pitanje je slabo uređeno ZTD-om u kojem se samo navodi da se moraju uzeti u obzir prilike društva u vrijeme donošenja odluke glavne skupštine. Iako se ova zadaća smatra da istu mora obaviti glavni dioničar, članak 300. h ZTD-a definira da primjerenost otpremnine mora ispitati po vještaku kojeg na zahtjev glavnoga dioničara imenuje sud, to je u praksi uređeno tako da se otpočetak određivanja primjerene otpremnine odrađivati stručnjaci¹⁷, dok su vještaci zapravo revizori. Izvješće o određivanju primjerene otpremnine koje će se morati objasniti na glavnoj skupštini mora sadržavati:

¹⁶ članak 474. stavak 2. ZTD-a

¹⁷ O postupku izvanparničnog utvrđenja primjerene otpremnine Visoki trgovački sud RH u Presudi: Pž-843/2016 u kojoj je odbilo Žalbu Tuženika (S d.d.) i potvrdilo prvostupanjsku presudu TS ZG, Broj: P-2358/14 pri tome se Tuženik pogrešno poziva na odluku R1-93/13, nadalje suprotno predmetnom stavu Ustavni sud RH odbio je ustavnu tužbu, potvrdivši pravomoćnu presudu VTS RH, Broj: Pž-8091/13 kojim ukazuje da je na pravilan način utvrđena otpremnina koju je P.H. d.o.o. (ranije B.L. E. B.V.) isplatio PBZ C.O. d.d. sve po revizorskom nalazu Deloitte. Nadalje isti je utvrdio svoj stav iz odluke U-I-4120/2003 da dioničar nema pravo vlasništva nad svojim dionicama koje pravo bi slijedom istoga bilo zajamčeno i zaštićeno po čl. 48. Ustava RH

- I. Kojim se metodom određivala primjerena naknada i otpremnina
- II. Koji su razlozi primjene te metode primjereni
- III. Ako je primijenjeno više metoda do kojih je primjerenih naknada svaka od njih došla
- IV. Posebne poteškoće koje su se pri procjeni vrijednosti društva pojavile.

Postupak počinje da se glavni dioničar obrati trgovačkom sudu sa zahtjevom imenovanja vještaka. Prije donošenja rješenja sud mora provjeriti da li je glavni dioničar imatelj 95% temeljnog kapitala, dokazivanje tog statusa mora se dostaviti izvadak iz registra dionica koji vodi uprava društva u drugom slučaju obavijest o stanju računa i pregleda ulagatelja po količini vrijednosnih papira Središnje depozitarne agencije.

Način određivanja otpremnine prvenstveno je ekonomsko pitanje, tržišna vrijednost dionice nije dostatan kriterij, već se moraju uzeti u obzir i kretanja vrijednosti u budućnosti kao i poslovni rezultati, ali i u prošlosti kroz razdoblja kako se kretala vrijednost. Ovo pitanje se uređuje i člankom 491. ZTD-a. Preporučljivo bi bilo osigurati što veći broj revizora kako bi mogućnost pokretanja izvanparničnog postupka radi primjerene naknade bila smanjena¹⁸. Iznos otpremnine za sve dioničare mora biti jednak po načelu jednakog postupanja sa svim dioničarima (članak 211. ZTD-a¹⁹).

2.1.2 Izjava banke

Prije sazivanja glavne skupštine, glavni dioničar obvezan je predati istoj izjavu banke koja solidarno jamči da će glavni dioničar isplatiti manjinskim dioničarima otpremninu uvećanu za pripadajuće kamate bez odgađanja po upisu odluke glavne skupštine o prijenosu dionica u sudski registar²⁰. Zakon o

¹⁸ Izvanparnični sud u postupku ispitivanja primjerenosti otpremnine radi isplate manjinskom dioničaru/-ima donosi odluku koju ti isti dioničari u parničnom postupku kondemnatornom tužbom mogu tražiti razliku otpremnine između sudskog utvrđenja i one koju im je glavni dioničar isplatio po odluci glavne skupštine uvećanu za kamate po članku 300. g. (o tome više u presudi VTS RH Broj: Pž-3737/08)

¹⁹ Primjenu načela jednakog položaja dioničara može se sagledati i kroz postupak kada Društvo vlastite dionice ponudi na prodaju zaposlenicima društva neovisno o tome što su neki od zaposlenika ujedno i dioničari društva. Vidi Presudu VTS RH Broj: Pž-286/06

²⁰ U Bankarskom jamstvu kojim solidarno jamči u ime glavnog dioničara za isplatu otpremnine uvećanu za pripadajuće kamate po upisu odluke o prijenosu mora biti bezuvjetno, bez dodatnih uvjeta, bez naknadno određivanja roka dospijeca svoje obveze od onog ZTD-ovskog. Više o predmetnom vidi presudu VTS RH Broj: Pž-6317/05

obveznim odnosima promjenom terminologije kojom bankarska garancija se naziva jamstvom koji pravnoteorijski je krivo, suprotno institutu jamstva kojega obilježava akcesornost, dok ZOO uređuje kao samostalnu obvezu banke neovisnu od osnovnog posla. S obzirom da je po novome uređenju bankarska garancija izgubila akcesornost, te da se radi istoga mora postaviti pitanje koliko je odgovarajuće uporaba toga instituta²¹. U vezi isplate manjinski dioničar obratiti će se po vlastitom izboru banci ili glavnom dioničaru odmah nakon upisa odluke o prijenosu dionica u sudski registar (čl. 300. g st. 3. ZTD-a).

2.2 Sazivanje i provođenje glavne skupštine

Uz opća pravila sazivanja glavne skupštine koja su određena ZTD-om potrebno je još dodatno pravilo propisano za sazivanje navedene onda kada se odlučuje o prijenosu dionica manjinskih dioničara i to tako da se u objavi dnevnoga reda moraju navesti osnovne informacije vezane uz glavnoga dioničara i otpremninu (1. tvrtka i sjedište glavnoga dioničara, ako se radi o fizičkoj osobi onda njezino ime, prezime i prebivalište; 2. iznos otpremnine koju je odredio glavni dioničar).

Glavni dioničar mora glavnoj skupštini podnijeti pisano izvješće i u njemu iznijeti pretpostavke za prijenos dionica te obrazložiti primjerenost otpremnine koju mora isplatiti u novcu²². Primjerenost otpremnine moraju ispitati jedan ili više vještaka koje na zahtjev glavnog dioničara imenuje sud. Od dana sazivanja glavne skupštine u poslovnim prostorijama u sjedištu društva moraju se radi slobodnog uvida dioničarima izložiti:

1. prijedlog odluke glavne skupštine o prijenosu dionica,
2. godišnja financijska izvješća za tri posljednje godine, a ako je društvo dužno izraditi izvješće o stanju društva, i ta izvješća za isto razdoblje,
3. izvješće glavnog dioničara koje je ranije navedeno,
4. izvješće vještaka²³.

²¹ Ivan Markovinović, dipl. iur. – Squeeze out (prijenos dionica manjinskih dioničara) , str 39, Pravo i Porez, br.7, srpanj 2007.

²² Manjinski dioničar nema stranačku sposobnost u izvanparničnom postupku koji pokreće glavni dioničar po članku 300. h u vezi članka 40 stavka 2. ZTD-a, kada postupa radi utvrđenja pomoću vještaka određujući primjerenost otpremnine koju treba isplatiti manjinskom/-im dioničaru/-ima, više o predmetnom pravnom stavu pogledati Presudi VTS RH Broj: Pž-7584/04 i Rješenje VSRH Broj: Revt-93/05

²³ članak 300. h stavak 2. i 3. ZTD

Svakome se dioničaru na njegov zahtjev mora besplatno i bez odgađanja dati preslike ova 4 akta. Društvo nema dužnost izlaganja u poslovnim prostorijama svih akata koji se odnose na predmet glavne skupštine o prijenosu dionica ako su navedeni dostupni na internet stranicama dioničkog društva. Mišljenja smo da bez obzira na sve navedene odredbe koje omogućavaju da se nemora dodatno obrazlagati u poslovnim prostorima/sjedištu društva pojedina izvješća i akti, da bi se taj postupak radi boljeg odnosa, detaljnog pojašnjenja valjalo omogućiti sve kako bi se imala bolja komunikacija i povratne informacije u konačnici i više zadovoljiti manjinske dioničare²⁴.

2.3 Donošenje odluke, njezin upis i isplata otpremnine

Zakonom ništa nije rečeno o posebnoj većini koja je potrebna za donošenje odluke ali po normalnom razmišljanju jasno je da će odluka biti donesena većinom koju čini najmanje 95% temeljnog kapitala. Nakon toga slijedi njezin upis u sudski registar mjesno nadležnog trgovačkog suda na čijem se području nalazi sjedište društva. Kod ovog instituta upis u sudski registar ima posebno značenje, a to je konstitutivno. Upisom u registar sve dionice manjinskih dioničara prenose se na glavnoga dioničara. Prijavu podnose svi članovi uprave i predsjednik nadzornog odbora društva, prijavi se prilaže zapisnik sa glavne skupštine u kojem je navedeno odluka o prijenosu kao i prilozi u izvornom obliku ili preslici. Uz prijavu uprava mora dati i izjavu da odluka glavne skupštine nije pobijana u roku od 30 dana ili da je podignuta tužba za pobijanje pravomoćno odbijena²⁵. Suprotno tome ako bi tužba bila podnesena uprava bi trebala pričekati s prijavom, u protivnom prijeti opasnost za odbijanjem prijave, iznimka postoji da se prijava ipak može podnijeti odmah ako su svi dioničari sudjelovali na glavnoj skupštini te nitko od istih nije izrazio protivljenje²⁶. Tužba je u ovom stadiju može podnijeti samo radi pobijanja regularnosti glavne skupštine i ako je je odluka donesena u suprotnosti sa zakonima ili statutom, ne i u slučaju neprimjerene otpremnine.

²⁴ članak 300. h stavak 4. i 5. ZTD

²⁵ O tome je VTS RH u Presudi Broj: Pž-1818/07 razložio procesno pravni dio postupka nakon održavanja Glavne skupštine te kako se razlozi za istiskivanje manjinskih dioničara mogu usmeno izložiti po glavnom dioničaru i prijenosu otpremnine

²⁶ Zapisnik sa glavne skupštine ima snagu javne isprave, a iz zapisnika se jasno može utvrditi je li se tko protivio prijedlogu/prijedlozima, te ako se manjinski dioničar nije protivio nije aktivno legitimiran kada pobija odluku Glavne skupštine nije aktivno legitimiran zbog razloga propisanih člankom 360 stavkom 1. ZTD o tome više u Presudi VSRH Broj: Revt-166/2011

U situaciji kada glavni dioničardrži dionice u 100% vrijednosti temeljnog kapitala (udjela u društvu) njegovi se podaci moraju unijeti u sudski registar te će morati biti naveden i u prijavi. Prijava mora sadržavati dvije točke: 1. upis odluke, 2. upis jedinog dioničara.

Isplata otpremnine završni je stadij Squeeze out-a a on je ujedno jedan od najbitnijih koraka te su upravo zato predviđene mjere koje štite manjinskog dioničara. Jedna od tih mjera je da se na svotu otpremnine obračunava kamata u visini eskontne stope HNB-a uvećana za pet postotnih poena za vrijeme do upisa odluke glavne skupštine u sudski registar pa do isplate, ovime se ne isključuje odgovornost kao ni šteta. Kao druga mjera utvrđeno je da se primjerena otpremnina može pobijati u posebnoj izvanparničnom postupku koji smo ranije naveli. Isti se pokreće na inicijativu manjinskih dioničara koji smatraju da otpremnina nije bila primjerena. Rok u kojim se može postaviti ovakav zahtjev je 2 mjeseca od objave odluke o upisa prijenosu dionica u sudski registar na internetskim stranicama Sudskog registra. Ovaj postupak je hitan pa će o njemu i žalbi odlučiti Visoki trgovački sud (drugi stupanj) i to u roku od 30 dana²⁷. Navedeni postupak moguće je pokrenuti i u slučaju ako glavni dioničar ne ponudi svotu u novcu, ali i u slučaju da to ne učini sukladno zakonskom propisu odnosno statutu. U slučaju da tužba ili nije podignuta ili ista bude povučena ili pravomoćno odbijena postupak se nastavlja točnije slijedi isplata otpremnine, provedba iste ovisi od slučaja do slučaja²⁸. Ako je pak riječ da dionice vode po Središnjem klirinškom depozitarnom društvu d.d.(dalje SKDD) onda sukladno ugovoru o isplati otpremnine koje sklapaju društvo i SKDD, navedeno po Ugovornoj obvezi, a po Rješenju mjesno nadležnog suda o upisu odluke dužno proknjižiti sve dionice sa računa manjinskih dioničara na račun glavnog dioničara. Ujedno je isplatiti otpremnine koje je glavni dioničar prethodno uplatio na račun SKDD-a

ZAKLJUČAK

Ovaj institut i dalje izaziva negativne reakcije kod manjinskih dioničara iz razloga što se osjećaju prevarenima i izigranima od jačega, glavnoga dioničara nerijetko radi toga posežu za zaštitom koju im je zakon stavio na

²⁷ Članak 40. stavak 3. ZTD-a

²⁸ Vidi Presudu VTSRH Broj: Pž-1453/07, u kojoj je u bitnome utvrđeno da Odluka glavne skupštine ili suda kojom se određuje primjeren iznos otpremnine koju glavni dioničar mora isplatiti manjinski dioničarima proizvodi pravne učinke samo u odnosu na glavnog dioničara ali ne i u odnosu na dioničko društvo čije se dionice prenose na glavnog dioničara

raspolaganje. Iako ZTD-om su uređeni strogi uvjeti za prijenos dionica manjinskih dioničara na glavnoga dioničara, treba se navedeno sagledati kroz prizmu određivanja i isplate primjerene otpremnine manjinskim dioničarima, njihova pravična naknada za dionice koje se prisilno prenose na glavnoga dioničara.

Sredstva za određivanje te primjerenosti su:

1. Revizorska kontrola primjerenosti otpremnine koju je odredio glavni dioničar
2. Solidarno jamstvo banke
3. Izlaganje relevantne dokumentacije dioničarima na uvid prije održavanja glavne skupštine
4. Opcija sudskog ispitivanja primjerenosti otpremnine u hitnom postupku pred sudom

1. Odredbe o čvrstim okvirima koji su postavljeni prema revizorima pri izradi izvješća su provedive jedino onda ako revizori obavljaju svoj posao savjesno profesionalno i u skladu sa zahtjevima struke i poslovne etike.

2. Solidarno jamstvo banke je garancija za isplatu otpremnine koja štiti dioničare, ova odredba je pohvalna što je tako izričito uređena zakonom i što nije korišten termin „odgovarajuće“ jamstvo – koji bi u mnogim slučajevima bio diskutabilan i nedorečen bez dodatnog objašnjenja solidarno (jasno i nedvojbeno)

3. Ovo sredstvo smatramo da bi trebalo dodatno poboljšati u pogledu da danas u Republici Hrvatskoj ima različitih situacija iz kojih može doći do nesporazuma po pitanju najosnovnijih stvari. Tako da smatramo da objava na stranicama sudskog registra nije dovoljna garancija da će dioničari zaista biti upoznati sa činjenicom o sazivanju skupštine te bi tako ova obavijest mogla proći neopaženo. Iako nemora se očekivati da Zakon štiti dioničare i članove društva kojima nije stalo do članstva, pravima i obvezama koji iz istoga proizlaze. Navedene i njima slične situacije mogu pridonijeti zlouporabi od strane glavnoga dioničara, radi čega smatramo da trebaju se uvesti dodatni načini zaštite u vidu obavijesti od strane uprave svih poznatih dioničara putem preporučene poštanske pošiljke uz obavijest na oglasnoj ploči kako u sjedištu društva tako i na web stranici društva.

4. Posljednji oblik zaštite manjinskih dioničara u obliku sudskog ispitivanja primjerenosti naknade jedno je od bitnijih sredstava zaštite koja štite prava post festum. Njegov učinak opet ovisi o stvarnoj učinkovitosti poje-

dinog suda, ali pozitivno zakonsko određenje ovoga postupka je u hitnosti istoga.

Zakonodavac je posvetio dosta vremena zakonskoj zaštiti dioničara . Dok pitanja kao što su posebnosti na vrstu dionica i one koje smo ranije naveli trebao bi dodatno razraditi. Ipak zaštita nije apsolutna te je ovisna o okolnostima učinkovitosti suda i stvarnim okolnostima, no iz priloženog je vidljivo da je danas sve više zastupljen institut Squeeze out kao i da učinkovitost sudske zaštite po pitanju zaštite manjinskih dioničara ne dolazi u pitanje²⁹.

LITERATURA

1. Barbić J.- Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, , Treće, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, Organizator, 2013., str. 305.,
2. Gotovac, M. „Pravo manjinskih dioničara na iniciranje glavne skupštine”, Pravo i porezi, br. 7/2008, str. 20.,
3. Iveković, B. „Squeeze-out – prijenos dionica manjinskih dioničara”, Pravo i porezi, br. 11/2004, str. 49.,
4. Markovinović, I. „Squeeze out (prijenos dionica manjinskih dioničara)”, Pravo i porezi, br. 7/2007, str. 37. ,
5. EPH istiskuje male dioničare Slobodne Dalmacije”, mrežna stranica: www.Limun.hr,
6. Zakon o trgovačkim društvima („Narodne novine”, broj:111/1993., 34/1999., 121/1999., 52/2000., 118/2003., 107/2007., 146/2008., 137/2009., 111/2012., 125/2011., 68/2013., 110/2015., 40/2019., 34/2022., 114/2022., 18/2023., 130/2023. i 136/2024.),
7. Zakona o preuzimanju dioničkih društava, („Narodne novine”, broj: 109/2007., 36/2009., 108/2012., 90/2013., 99/2013. i 148/2013.),
8. Presuda i Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj:Pž-3737/08-3, od 17.6.2008.,
9. Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Revt 166/11-3, od 25.04.2012.,
10. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj:Pž-7584/04-3, od 19.1.2005.,

²⁹ Marko Gotovac, dipl. iur. – Prijenos dionica manjinskih dioničara Squeeze Out , str.23, Informator ,15.5.2006.

11. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-558/05-4, od 28.6.2005.,
12. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-286/06-3, od 23.2.2006.,
13. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-1818/07-4, od 5.9.2007.,
14. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-6317/05-7, od 11.12.2007.,
15. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-1453/07, od 16.6.2008.,
16. Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: PŽ-8091/13, od 17.10.2013.,
17. Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Revt 93/05-2, od 19.12.2005.,
18. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-3099/2004, od 21. veljače 2007. („Narodne novine“, broj: 36/2007.),
19. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-4120/2003, od 21. veljače 2007. („Narodne novine“, broj: 36/2007.),
20. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-4237/2003, od 21. veljače 2007. („Narodne novine“, broj: 36/2007.),
21. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-29/2005, od 21. veljače 2007. („Narodne novine“, broj: 36/2007.),
22. Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-I-4056/2006, od 21. veljače 2007. („Narodne novine“, broj: 36/2007.).

УДК 620.9(497.6РС):621.315.1/.2(094.5.072)

doi 10.7251/PR7125583B

Прегледни научни чланак

РАЗДВАЈАЊЕ ДЈЕЛАТНОСТИ ДИСТРИБУЦИЈЕ ОД СНАБДИЈЕВАЊА ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ КРОЗ ПРИЗМУ ЕНЕРГЕТСКИХ ПРОПИСА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Драган Балтић¹

Апстракт: У оквиру усклађивања правног система Босне и Херцеговине са прописима Европске уније, а поштујући Уговор о енергетској заједници Југоисточне Европе, Босна и Херцеговина и Република Српска су се обавезале да успоставе тржиште електричне енергије које ће функционисати по стандардима и правилима тржишта електричне енергије Европске уније. У складу са тим, а у оквиру реформе електроенергетског сектора у Републици Српској извршено је реструктурирање оператора дистрибутивног система и снабдјевача, те је донесен нови Закон о електричној енергији којим је дефинисано раздвајање дјелатности дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом. Дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом представљају услуге од општег интереса и спадају у врсту услуга од општег економског интереса. Како се ради о услугама од општег интереса, пружање оваквих врста услуга регулише се на посебан начин, а у складу са прописима у областима енергетике и заштите потрошача. У раду је приказан поступак раздвајања дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом са начином и временом отварања тржишта електричне енергије, као и друштвено-економски аспекти значаја дјелатности дистрибуције

¹ Мр Драган Балтић, Руководилац Одјељења за правне послове у предузећу ОДС „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука,
e-mail: drbaltik@gmail.com---dragan.baltic@elektrokrajina.com.

и снабдијевања електричном енергијом, а посебно је истакнут историјски развој и значај електричне енергије у савременом друштву.

Кључне ријечи: електрична енергија, дистрибуција, снабдијевање, услуге.

УВОД.

Дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом представљају једне од најзначајнијих услуга које имају карактер услуге од општег економског интереса. Због свога великог значаја ове дјелатности спадају у ред строго регулисаних дјелатности које су уређене посебним законским прописима² и на основу истих донесених подзаконских аката³. Регулисање ових дјелатности повјерено је енергетском регулаторном тијелу,⁴ које доноси све подзаконске акте у вези обављања дјелатности дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом. Од почетка дистрибуције, испоруке и снабдијевања електричном енергијом на нашим просторима, ову дјелатност је у јединственом систему обављало једно електроенергетско предузеће, али се почетком XXI вијека, а постепеним увођењем европских правила и стандарда приступило процесу раздвајању ових дјелатности, па је тако и у Републици Српској дошло до раздвајања дјелатности дистрибуције од дјелатности снабдијевања електричном енергијом. Наиме, један од основних циљева Закона о електричној енергији, а који је ступио на снагу 01. јануара 2021. године било је обезбјеђење ефикасног раздвајања оператора дистрибутивног система и обезбјеђење његове независности од других електроенергетских дјелатности⁵.

² Закон о енергетици-ЗЕ, *Службени гласник Републике Српске бр. 49/2009 и 16/2023*, Закон о електричној енергији-ЗЕЕ, *Службени гласник Републике Српске бр. 68/2020*.

³ Општи услови за испоруку и снабдијевање електричном енергијом, Тарифни систем за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже, Правилник о снабдијевању електричном енергијом и промјени снабдјевача, Правилник о методологији за утврђивање накнада за прикључење на дистрибутивну мрежу и Правилник о методологији за утврђивање цијена јавног и резервног снабдијевања електричном енергијом.

⁴ У Републици Српској регулаторно тијело је Регулаторна комисија за енергетику Републике Српске која регулише и врши надзор над тржиштем електричне енергије на принципима непристрасности, транспарентности, правичности, недискриминације, ефикасне конкуренције, независности и заштите свих учесника на тржишту електричне енергије.

⁵ Чл. 2. ст.1. тач.6. ЗЕЕ.

2. ПОЈАМ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

Највећи научни геније са наших простора, Никола Тесла, још крајем XIX вијека истиче да у свим појавама узлета које карактеришу савремени развој, електрична енергија постаје најувјерљивији чинилац.⁶ Од почетка настајања електричне енергије, па до данашњих дана, њен значај се није промијенио и у данашње вријеме он је далеко већи, него у вријеме када је Тесла живио и радио. Колики је значај Николе Тесле у области електричне енергије може се илустровати са питањем: шта би се десило када би само једно његово откриће, као што је “обртно магнетно поље”, престало да постоји? У том тренутку погасила би се сва свјетла, престала би производња струје у електранама, стале би све фабрике, замрзли се рудници, престали би да функционишу савремени водоводи, свијет би био изгубљен!⁷ Од свога открића, електрична енергија представља један од основних и најбитнијих услова за рад и живот човјека. Електрична енергија ће се производити на различите начине, али је неспорно то да је живот без електричне енергије, како у садашњости, тако и у будућности незамислив. За сваку државу електрична енергија представља национално богатство од великог значаја, тако да у Републици Српској она ужива и посебну кривичноравну заштиту⁸, а заједно са топлотном енергијом и природним гасом. Један од најбитнијих фактора који утичу на развој једне државе јесу природни енергетски ресурси и њихова искоришћеност у производњи електричне енергије. У савременом друштву ниједна грана привреде, директно или индиректно, не може да функционише без електричне енергије, тако да је развој индустрије и привреде уско везан за производњу електричне енергије. Може се рећи да је живот човјека у данашњем савременом добу развијених технолошких достигнућа, ере рачунара, интернета, дигиталних технологија, дигитализације друштва и вјештачке интелигенције, непојмљив без

⁶ Никола Тесла (рођен 10.07.1856.год., Смиљан, Аустријско Царство-умро 07.01.1943. год., Њујорк, САД).

⁷ У знак захвалности нашем и свјетском научнику, дан рођења Николе Тесле био је проглашен за дан Електропривреде бивше Југославије.

⁸ Посебна кривичноправна заштита електричне енергије огледа се у члану 225. Кривичног законика Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске бр.64/2017, 15/2021, 89/2021 и 73/2023*, којим је као посебно кривично дјело прописано дјело „Крађа електричне енергије или топлотне енергије или природног гаса“.

коришћења електричне енергије. Електрична енергија је роба *sui generis* по техничким својствима коју потрошачи (купци) купују од снабдијевача (продавца).⁹ По економском значењу појма робе она је иста као и свака друга роба, али то је роба коју није могуће ускладиштити, већ је неопходна стална производња и потрошња. Према енергетским прописима Републике Српске, енергија представља облик енергије који је доступан као комерцијална роба, као што је електрична енергија, топлотна енергија, природни гас, нафта и деривати нафте и биогориво.¹⁰ Електрична енергија је роба¹¹ која има свој квалитет, намјену, услове продаје и цијену, а на чију се производњу, дистрибуцију, снабдијевање и трговину примјењују одредбе Закона о електричној енергији.¹²

3. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Почетак електрификације на просторима Босне и Херцеговине датира из 1888. године и подудара се са епохалним открићем Николе Тесле која су отворила пут полифазним системима и створила могућност за коришћење енергетских ресурса, тамо гдје исти постоје, а коришћење електричне енергије тамо гдје је она потребна за бржи развој индустрије, привреде и човјечанства. Примјена електричне енергије за вријеме Аустро-Угарске монархије и Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевине Југославије¹³ текла је врло споро. Међутим,

⁹ Д.Симоновић, *Право о електричној енергији*, Ауторско издање, Београд 1998,164.

¹⁰ Чл. 3.ст. 1. тач.1. ЗЕ.

¹¹ Електрична енергија представља робу и у значењу члана 30. Споразума о слободном кретању роба, а како је наведено у резимеу пресуде Европског суда правде у случају број: 6/64 “Costa” против “Enel-a” из 1964. године, гдје је посебно забиљежено да се електрична енергија третира као роба по тарифној номенклатури Европске Уније (Codex CN 27.16), као и у резимеу пресуде у случају број: S-158/94, Европска комисија против Италије, гдје се наводи да “увоз и извоз енергије потпада под одредбе Уговора о слободном кретању роба”.

¹² Чл. 5. ст.1. тач.1. ЗЕЕ.

¹³ Према оријентационим подацима из 1918. године у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца укупна инсталисана снага електрана била је 17007kW-киловата (хидроелектране 7294kW и термоелектране 9713kW). По оријентационим подацима из 1938. године о броју и снагама електрана изнад 10kW то је било 24011kW (хидроелектране 12353kW, а термоелектране 21668kW), *Монографија 100 година електричне енергије*, Електропривреда БиХ, Сарајево, 1988.

измјеном друштвених односа у периоду социјалистичке изградње у другој Југославији, електрична енергија се почела интензивније користити у свим подручјима привредног и друштвеног развоја и она постаје незамјењив елемент свакодневног живота човјека. Повезаност привредног и друштвеног развоја са порастом производње електричне енергије одредила је статус ове гране као дјелатности од посебног друштвеног интереса, а чијим развојем се могу документовано пратити цивилизацијске промјене на просторима Босне и Херцеговине, а самим тим и Републике Српске. Од изградње прве парне машине у руднику Зеница¹⁴, па до данашњих дана изграђени су огромни електроенергетски објекти у виду хидроцентрали и термоелектрана, а који Босну и Херцеговину¹⁵ и Републику Српску¹⁶ сврставају у ред респектабилних произвођача електричне енергије на простору Балканског полуострва.¹⁷ У посљедње вријеме у току је експанзија изградње мини хидроелектрана, те солар-

¹⁴ Прва машина снаге 120KS (KS=коњска снага) изграђена је у руднику Зеница 1888. године. Прва јавна расвјета биљежи се у Зеници. У Сарајеву је 1895.године изграђена јавна термоелектрана снаге 220kW, а 1899.године код Бања Луке је у погон пуштена хидроелектрана Делибашино село, на коју је почетком 1900.године спојено 750 сијалица. Хидроелектрана “Електробосна” у Јајцу пуштена је у погон 1899.године, *Монографија 100 година електричне енергије*, Електропривреда БиХ, Сарајево, 1988.

¹⁵ По подацима из 1987.године производња електричне енергије у Босни и Херцеговини износила је 12928GWh. Инсталисана снага свих термоелектрана износила је 1957MW, а хидроцентрали 1725MW, *Монографија 100 година електричне енергије*, Електропривреда БиХ, Сарајево, 1988.

¹⁶ Инсталисана снага објекта за производњу електричне енергије Електропривреде Републике Српске износи 1300MW, са 6000GWh годишње производње, од чега се 56% односи на термоенергију, а 44% је хидроенергија, www.ers.ba, 30.04.2025.

¹⁷ Имајући у виду да је недавно у јавности био актуелан спор између “Електропривреде Републике Српске” и “Електрогосподарства Словеније”, а који је „Електропривреда Републике Српске“ изгубила, треба напоменути да су изградњу одређених термоенергетских производних објеката у Босни и Херцеговини финансирале бивше југословенске републике Словенија и Хрватска. Производња електричне енергије у количинама од 200MW инсталисане снаге ТЕ Тузла IV, 50MW инсталисане снаге ТЕ Какањ IV и 100MW инсталисане снаге ТЕ Гацко била је резервисана за систем Електропривреде Хрватске, а 100MW инсталисане снаге ТЕ Тузла V и 100 MW инсталисане снаге ТЕ Угљевик I за систем Електропривреде Словеније и то на основу уговора о купопродаји електричне енергије и учешћа у финансирању и изградњи објеката Електропривреде Босне и Херцеговине. Такође, 23,8MW капацитета ХЕ Требиње I и 47,5MW ХЕ Дубровник припада Хрватској, *Монографија 100 година електричне енергије*, Електропривреда БиХ, Сарајево, 1988.

них електрана и вјетропаркова, а као алтернативних и обновљивих извора електричне енергије.

4. ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТСКЕ ДЈЕЛАТНОСТИ

Електроенергетске дјелатности су специфичне дјелатности у које спадају: производња електричне енергије, дистрибуција електричне енергије и управљање дистрибутивним системом и снабдијевање и трговина електричном енергијом. Ове посебне дјелатности које имају статус општег интереса за свако друштво и државну заједницу обављају електроенергетски субјекти, а електроенергетски субјект је привредно друштво или предузетник који обавља најмање једну од наведених електроенергетских дјелатности и који је одговоран за комерцијалне и техничке послове и послове одржавања у вези са тим дјелатностима. За обављање електроенергетске дјелатности потребна је дозвола која се издаје у складу са законским прописима којима се уређује област енергетике. Електроенергетске дјелатности обављају се као јавна услуга или као тржишне дјелатности. Примарни циљ је обезбјеђење довољне производње и испорука електричне енергије потребне за живот и рад грађана, те пословање и развој привредних и друштвених субјеката, на сигуран, поуздан и квалитетан начин, те по разумним цијенама. Сигурно снабдијевање електричном енергијом је од општег интереса за сваку државу, а без нормалног и уређеног система функционисања ових дјелатности незамислив је живот у савременом друштву. Ради обезбјеђења сигурности снабдијевања, електроенергетски субјекти који обављају ову електроенергетску дјелатност дужни су да у циљу остваривања општег интереса обезбиједе довољне количине електричне енергије која је потребна за живот и рад грађана, те пословање и развој привредних и других субјеката.

4.1. Обављање електроенергетске дјелатности као јавне услуге

Електроенергетском субјекту који обавља ову дјелатност може се одредити обавеза пружања јавне услуге по регулисаним условима, који ће обезбиједити сигурност снабдијевања, а која се може односити на редовност, квалитет и цијену услуге, те услове у вези са енергетском ефикасношћу и коришћењем енергије из обновљивих извора. Електроенергетска дјелатност дистрибуције електричне енергије и уп-

рављања дистрибутивним системом обавља се као јавна услуга према условима уређеним Законом о електричној енергији. Обавеза пружања јавне услуге јасно је дефинисана, транспарентна, недискриминаторска, провјерљива и временски ограничена, при чему се поступком одређивања обавезе пружања јавне услуге гарантује равноправност електроенергетских субјеката у пружању јавних услуга и то не утиче на отвореност тржишта, тако да се свим електроенергетским субјектима гарантује равноправност приступа купцима под истим условима.

Електроенергетски субјекти, који дјелатности обављају као јавну услугу, а на начин прописан Законом о електричној енергији, дужни су да обезбиједе: сигурност снабдијевања електричном енергијом, прописани и уговорени квалитет снабдијевања електричном енергијом, примјену разумних, лако и јасно упоредивих, јавних и недискриминаторских цијена, примјену мјера заштите животне средине, заштиту живота, здравља и имовине грађана, примјену мјера заштите крајњих купаца, као и друге прописане услове у вези обавезе пружања јавне услуге.

Обавеза обавјештавања регулисана је на начин да Влада Републике Српске, директно или путем надлежне институције Босне и Херцеговине, обавјештава Секретаријат Енергетске заједнице о свим мјерама одређеним за пружање јавне услуге, укључујући заштиту крајњих купаца, те о њиховом могућем утицају на тржишну конкуренцију, тако да сваке двије године, директно или путем надлежне институције Босне и Херцеговине, обавјештава Секретаријат Енергетске заједнице о свим промјенама које су у вези са пружањем јавне услуге. Да би грађани били обавјештени о раду и дјелатности предузећа она су по правилу дужна да свој рад учине доступним јавности. Зависно од природе и карактера своје дјелатности предузећа су дужна и да обавјештавају заинтересоване грађане и организације о свом раду. Она су дужна на њихов захтјев, да пруже заинтересованим грађанима и организацијама обавјештења о условима и начину вршења дјелатности којима се задовољавају њихове потребе.¹⁸

Електроенергетски субјекти којима није одређена обавеза пружања јавне услуге, обављају дјелатности у складу са Законом о електричној енергији и прописима којима се уређују тржишни односи. Тржишне дјелатности обављају се и организују у складу са циљевима одрживог раз-

¹⁸ Ђ.Р.Чобелић, К.Ковач, *Привредно право са основама грађанског права и радним односима у привреди*, "Савремена администрација", Београд 1966,178.

воја електроенергетског сектора и потребама крајњих купаца, односно постизања сигурног, поузданог и квалитетног снабдијевања електричном енергијом, уз поштовање начела тржишне конкуренције и равноправног положаја свих субјеката.

4.2. Електроенергетске дјелатности као услуге од општег економског интереса

Термин „услуга од општег економског интереса“ преузет је из европског права, али не постоји једнообразна дефиниција овог појма. У Републици Српској и Босни и Херцеговини, дефиниција услуга од општег економског интереса дата је законским прописима који регулишу област заштите потрошача, којима су између осталог, утврђена и основна права потрошача при куповини робе и услуга од општег економског интереса. То су услуге које испуњавају основне потребе потрошача на тржишту, од којих се одређене пружају посредством дистрибутивне мреже, а као што је електрична енергија, те чији квалитет, услове пружања и цијену уређују или контролишу органи управе или други носиоци јавног овлашћења, у циљу задовољења општег друштвеног интереса.¹⁹ Субјекти који пружају услуге од општег интереса подводе се дјелимично под посебан правни режим, а који је другачији од онога који се примјењују на друге привредне субјекте.²⁰ Заштита општих интереса, али и интереса корисника

¹⁹ Услуге од општег економског интереса су снабдијевање електричном енергијом, гасом, топлотном енергијом, водом, услуге одвода отпадних вода, телекомуникационе услуге, поштанске услуге, услуге јавног превоза путника у градском, приградском и међуградском саобраћају, услуге аутобуских станица, услуге јавног превоза путника у жељезничком саобраћају, услуге одржавања чистоће и остале јавне услуге (погребне услуге, димњачарске услуге и сл.). Због свога великог значаја један број ових услуга регулисан је са посебним законским прописима (електрична енергија, гас, телекомуникације, поштанске услуге), док се већина ових услуга третира као комуналне дјелатности од посебног јавног интереса (производња и испорука воде, пречишћавање и одвођење отпадних вода, производња и испорука топлотне енергије, одржавање чистоће, јавни превоз и сл.), чл.46. ст.1. Закона о заштити потрошача у Републици Српској-33ПРС, *Службени гласник Републике Српске бр. 6/2012,63/2014,18/2017 и 90/2021*, односно Економске услуге су услуге које испуњавају основне потребе потрошача на тржишту, тј. испоруку енергије (струја, гас, за гријање) и воде, телекомуникационе услуге, поштанске услуге и јавни превоз, чл.33. ст. Закона о заштити потрошача у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ бр.25/2006 и 88/2015*.

²⁰ М.Мићовић, *Заштита права потрошача*, Крагујевац 2009,99.

услуга, налаже да се њихово пословање подвргне контроли надлежних органа, а општи интерес може да буде и разлог за искључење правила конкуренције за обављање одређених дјелатности.

Имајући у виду велики значај електричне енергије, дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом представљају једну од најбитнијих услуга од општег економског интереса. Пружање економске услуге потрошачу заснива се на уговорном односу на релацији потрошач-оператор дистрибутивног система и потрошач (купац)-снабдјевач (трговац).²¹ За пружање ових услуга обавезно се закључује уговор у писаној форми, а истовремено потрошачу се мора омогућити и право на раскид уговора.

5. ДИСТРИБУЦИЈА ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

Дистрибуција електричне енергије означава дјелатност преношења енергије преко дистрибутивне мреже ради испоруке енергије купцима, односно преношење електричне енергије кроз дистрибутивне системе средњег²² и ниског напона²³ са циљем њене испоруке потрошачима. Оператор је енергетски субјект који обавља дјелатност дистрибуције и управљања дистрибутивним системом електричне енергије.²⁴ Исти је одговоран за рад, одржавање и развој дистрибутивног система на одређеном подручју, његово повезивање са другим системима, као и за обезбјеђење дугорочне способности система да испуни потребе за дистрибуцијом електричне енергије на економски оправдан начин.

Вертикално интегрисани субјект је електроенергетски субјект или група електроенергетских субјеката или повезана лица, у којем исто лице има директну или индиректну контролу и субјект или група субјеката која обавља најмање једну од дјелатности преноса или дистрибу-

²¹ Чл. 46. ст.2. ЗЗПРС.

²² Купац на средњем напону означава крајњег купца који преузима електричну енергију на напонским нивоима од 1kV до 35kV, а укључујући и те напонске нивое.

²³ Нисконапонска мрежа означава дистрибутивну мрежу називног напона мањег од 1kV.

²⁴ На основу увида у Регистар дозвола за обављање дјелатности дистрибуције електричне енергије, у Републици Српској издато је 5 дозвола за операторе дистрибутивног система (ОДС „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука, ОДС „Електро-Бијељина“ а.д. Бијељина, ОДС „Електро-Добој“ а.д. Добој, ОДС „Електродистрибуција“ а.д. Пале и ОДС „Електро-Херцеговина“ а.д. Требиње) и 36 дозвола за производњу електричне енергије, подаци преузети са интернет странице Регулаторне комисије за енергетику Републике Српске, www.repcr.ba, 30.04.2025.

ције електричне енергије и најмање једну од дјелатности производње или снабдијевања електричном енергијом. Ако је оператор дистрибутивног система дио вертикално интегрисаног субјекта, дужан је да буде независан у односу на друге дјелатности које нису повезане са дистрибуцијом. Независност оператора дистрибутивног система не обухвата обавезу да се власништво над средствима за дистрибуцију електричне енергије одвоји од вертикално интегрисаног субјекта.

Независност оператора дистрибутивног система обезбјеђује се на начин: да лицима одговорним за руковођење оператором дистрибутивног система није дозвољено да учествују у раду органа вертикално интегрисаног субјекта, који су директно или индиректно одговорни за свакодневни рад производње електричне енергије и снабдијевања и трговине електричном енергијом, предузимањем одговарајућих мјера које ће обезбиједити да лица одговорна за руковођење оператором дистрибутивног система поступају професионално и на начин који им омогућава независност у раду, да оператор дистрибутивног система доноси одлуке независно од вертикално интегрисаног електроенергетског субјекта, о питању средстава потребних за погон, одржавање и развој мреже и да је оператор дистрибутивног система обавезан да има на располагању одговарајуће финансијске, техничке, материјалне и људске ресурсе за обављање дјелатности. Оператор дистрибутивног система, који је дио вертикално интегрисаног субјекта, својом регистрованом дјелатношћу, сједиштем, комуникацијама, пословним именом и обиљежјем, те пословним простором, не може доводити до забуне у вези са одвојеним идентитетом електроенергетског субјекта за снабдијевање који је дио истог вертикално интегрисаног субјекта. То значи физичко и визуелно раздвајање електроенергетских субјекта који обављају дјелатности дистрибуције електричне енергије (оператора дистрибутивног система) од дјелатности снабдијевања електричном енергијом (тржишни или јавни снабдјевач).

У Републици Српској оператори дистрибутивног система су повезани у холдинг компанију као вертикално интегрисани субјект. У свом називу оператори дистрибутивног система не могу имати назив и знак (логотип) холдинга, а холдинг своја управљачка права остварује путем власништва у акцијама при чему је “Електропривреда Републике Српске” власник 65% акција у свим акционарским друштвима која послују као оператори дистрибутивног система. Такође, холдинг у својој унутрашњој организацији има формирану дирекцију за послове оператора дистрибу-

тивног система, а која је задужена за прикупљање, обраду и анализу свих података о параметрима успјешности оператора који услугу дистрибуције електричне енергије врше у оквиру система Електропривреде Републике Српске, те мјесто на којем се израђују одговарајући извјештаји који се достављају органима управљања холдинг компанијом. Права вертикално интегрисаног субјекта састоје се у томе да он одобрава годишњи план пословања и прописује општи ниво задужености оператора, те прати извршење плана пословања и инвестиција. Није му дозвољено да даје упутства у вези са свакодневним обављањем послова, нити на појединачне инвестиционе одлуке оператора, ако су у оквиру одобреног финансијског плана, а може контролисати извршење плана пословања, укључујући и план инвестиција, доношење интерних техничких прописа, утврђивања пословних политика и друга права чијом примјеном се обезбјеђује заштита интереса унутар овог субјекта, али у мјери у којој се не нарушава независност оператора дистрибутивног система.

6. СНАБДИЈЕВАЊЕ ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ

Снабдијевање електричном енергијом означава продају електричне енергије крајњим купцима, а укључујући и препродају, док је снабдјевач електроенергетски субјект који обавља дјелатност снабдијевања електричном енергијом²⁵. Снабдијевање крајњих купаца²⁶ електричном енергијом у Републици Српској може да обавља електроенергетски субјект који има дозволу за обављање дјелатности снабдијевања и трговине електричном енергијом издату од стране Регулаторне комисије за енергетику Републике Српске или одговарајућу дозволу за снабдијевање електричном енергијом издату од других надлежних регулаторних тијела у Босни и Херцеговини.²⁷ Крајњи купци електричне енергије имају право да слободно изаберу свог снабдјевача на тржишту електричне енергије.²⁸

²⁵ Чл. 5. ст.1. тач.6. и 7. ЗЕЕ.

²⁶ Крајњи купац означава корисника система који купује електричну енергију за сопствену употребу.

²⁷ На основу увида у Регистар дозвола за обављање дјелатности снабдијевања и трговине електричном енергијом, у Републици Српској је издато 8 дозвола, подаци преузети са интернет странице Регулаторне комисије за енергетику Републике Српске, www.reercs.ba, 30.04.2025.

²⁸ Од 01.01.2015. године, сви купци електричне енергије у Босни и Херцеговини су

С циљем пружања универзалне услуге снабдијевања електричном енергијом, Влада Републике Српске одредила је „Електропривреду Републике Српске“, за јавног снабдјевача.²⁹ Домаћинства и мали индустријски купци³⁰, имају право да се снабдијевају у систему јавне услуге електричном енергијом стандардног квалитета по економски оправданим, те лако и јасно упоредивим и транспарентним цијенама. Уговор о снабдијевању између јавног снабдјевача и крајњег купца представља уговор о потпуном снабдијевању.

Јавно снабдијевање је снабдијевање које обавља снабдјевач који је посебном одлуком Владе изабран да обавља услугу снабдијевања. Ова услуга има статус универзалне услуге и обавља се као јавна услуга снабдијевања према регулисаним условима оним купцима који имају право на јавно снабдијевање и који слободно изаберу или по аутоматизму користе такав начин снабдијевања. Крајњи купац из категорије потрошње “домаћинства”³¹ или мали купац³², ако не изабере другог снабдјевача или остане без снабдјевача, имају право на јавно снабдијевање, о чему закључује уговор са јавним снабдјевачем.³³ Крајњи

квалификовани купци и имају право да слободно бирају свог снабдјевача на тржишту.

²⁹ Од 01.04.2021.године јавно снабдијевање електричном енергијом преузела је Дирекција за јавно снабдијевање електричном енергијом купаца у Републици Српској, а као организациони дио Мјешовитог Холдинга „Електропривреда Републике Српске“-Матично предузеће, акционарско друштво, Требиње, а што је и стварни дан када је дошло до коначног раздвајања дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом.

³⁰ Купци на напономском нивоу од 0,4kV и купци са годишњом потрошњом по мјерном мјесту мањом од 35.000kWh.

³¹ Купци који купују електричну енергију за сопствене потребе, као што је потрошња електричне енергије у становима, кућама за становање и одмор, потрошња за освјетљење припадајућих споредних и помоћних просторија за потребе домаћинства и друге уређаје неопходне за функционисање домаћинства, при чему се електрична енергија не може користити за обављање комерцијалне дјелатности, чл.2 ст.1. тач г. Тарифног система за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже, *Службени гласник Републике Српске бр.119/2022.*

³² Мали купац означава малог индустријског или комерцијалног купца електричне енергије чији су објекти прикључени на дистрибутивни систем електричне енергије напона нижег од 1kV и који испуњава следеће критеријуме: да испуњава најмање два од следећа три услова: да има мање од 50 запослених, да му укупан годишњи приход није већи од 2.000.000KM и да му вриједност пословне имовине не прелази 1.000.000KM или да има годишњу потрошњу у претходној години која не прелази 35.000kWh.

³³ На основу одлуке Владе Републике Српске јавно снабдијевање у Републици

купац који остане без снабдјевача због раскида уговора ради неизвршавања обавезе плаћања испоручене електричне енергије, стиче право на јавно снабдијевање након измирења обавеза или уговарања начина измирења обавеза са претходним снабдјевачем, а о чему је претходни снабдјевач дужан обавијестити оператора или до доношења коначне одлуке надлежног органа у случају да је покренут спор због оспоравања оправданости дуга.

Крајњи купци из Републике Српске, осим малих купаца и купаца из категорије домаћинства, који се снабдијевају на отвореном тржишту имају право на резервно снабдијевање електричном енергијом код резервног снабдјевача, а у случају стечаја или ликвидације снабдјевача или престанка важења дозволе снабдјевачу који их је до тада снабдијевао. Резервно снабдијевање обавља снабдјевач који је посебном одлуком Владе, изабран да обавља услугу резервног снабдијевања. Резервно снабдијевање остварује се по аутоматизму, без подношења посебног захтјева и може трајати најдуже до шездесет дана, а резервни снабдјевач снабдијева крајњег купца по уговору о потпуном снабдијевању и дужан је да уговор достави, у писаној форми, крајњем купцу у року од осам дана од дана почетка резервног снабдијевања.

Сви уговори о снабдијевању имају карактеристике уговора о испоруци. Специфичности уговора о испоруци, као врсте продајног уговора су: да се као предмет уговора увијек појављују генеричне ствари, односно ствари које су одређене по роду, да до испоруке робе и плаћања цијене не долази одједном, већ се ове обавезе извршавају у обrocима, односно у ратама, да предмет уговора (роба) још не постоји у тренутку кад је уговор закључен, тако да продавац преузима обавезу да ту робу тек произведе (или је набави од неког трећег) да би је испоручио купцу, а правило је да продавац не извршава испоруку одмах након закључења уговора, него тек по протеклу одређеног рока и да се уговор најчешће закључује тако да уговорни односи међу странама трају дуже вријеме.³⁴

Српској обавља Мјешовити Холдинг “Електропривреда Републике Српске”-МП а.д. Требиње, Дирекција за јавно снабдијевање електричном енергијом.

³⁴ М. Рајчевић, *Пословно право*, Бања Лука 2007, 225.

7. РАЗДВАЈАЊЕ ДЈЕЛАТНОСТИ ДИСТРИБУЦИЈЕ ОД СНАБДИЈЕВАЊА ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ

7.1. Раздвајање дјелатности дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом у Босни и Херцеговини.

У Републици Српској, електроенергетски субјекти који су обављали једну или више електроенергетских дјелатности или који су поред тих електроенергетских дјелатности обављали и друге електроенергетске дјелатности, као и друге дјелатности које се не сматрају електроенергетским дјелатностима, били су дужни да у циљу избјегавања дискриминације, међусобног субвенционисања и поремећаја конкуренције, у својим рачуноводственим интерним обрачунима воде одвојене рачуне за сваку од електроенергетских дјелатности, укључујући снабдијевање купаца који имају право на универзалну услугу и збирно за друге дјелатности које се у смислу закона не сматрају електроенергетским дјелатностима, те да сачине годишњи биланс стања и биланс успјеха за сваку дјелатност појединачно, а у складу са релевантним енергетским прописима, прописима којима се уређује положај привредних друштава, рачуноводства и ревизије.

Привредна друштва настала у процесу раздвајања преузела су права и обавезе у складу са условима важећих дозвола, а на начин: да је привредно друштво које се бавило дистрибуцијом електричне енергије преузело права и обавезе из дозволе за обављање дјелатности дистрибуције, привредно друштво које се бавило снабдијевањем електричном енергијом тарифних купаца преузело је права и обавезе из дозволе за снабдијевање електричном енергијом тарифних купаца³⁵, а привредно друштво које се бавило производњом електричне енергије преузело је права и обавезе из дозволе за производњу електричне енергије.

³⁵ За један број купаца електричне енергије, раздвајање је извршено са 31.08.2019. године, а за други број купаца са 31.12.2019. године. То су крајњи купци из категорије „остала потрошња“ на напонским нивоима 110, 35 и 10 kV, као и крајњи купци са годишњом потрошњом већом од 35.000 kWh по мјерном мјесту из категорије 0,4 kV напонског нивоа. Ови купци спадају у тржишно снабдијевање електричном енергијом и снабдијевање истих врши Дирекција за тржишно снабдијевање електричном енергијом Требиње. За све остале купце раздвајање је окончано са 31.03.2021. године. Број купаца које снабдијева Дирекција за јавно снабдијевање електричном енергијом “Електропривреде Републике Српске” износи 530.573, www.ers.ba, 24.05.2025.

У Федерацији Босне и Херцеговине законска обавеза правног раздвајања дјелатности дистрибуције, односно оснивање друштава за дистрибуцију електричне енергије као засебних правних лица која ће обављати дјелатност дистрибуције независно од осталих енергетских дјелатности у “Електропривреди БиХ”³⁶ и “Електропривреди ХЗХБ”³⁷ утврђена је Законом о електричној енергији³⁸ којим је дефинисано да процес раздвајања треба да се изврши на идентичан начин у обе федералне електропривредне компаније. Законом о електричној енергији³⁹ прописано је да су електроенергетски субјекти дужни да ускладе своју унутрашњу организацију, рад и пословање, са донесеним законом, а укључујући и одредбе о раздвајању оператора дистрибутивног система у року од двије године од

³⁶ ЈП Електропривреда БиХ д.д. Сарајево, као власник дозволе за рад, односно лиценце за обављање електропривредне дјелатности дистрибуције електричне енергије, овлашћена је да обавља дјелатност дистрибуције електричне енергије на подручју Федерације Босне и Херцеговине на подручјима Босанско-подрињског кантона, Херцеговачко-неретванског кантона, Кантона Сарајево, Средњобосанског кантона, Тузланског кантона, Унско-санског кантона и Зеничко-добојског кантона, а преко електродистрибутивних објеката и постројења (водова, трансформаторских станица и расклопних постројења), напонског нивоа 35kV, 20kV, 10kV и 0,4kV, која су у њеним основним средствима или на којима има правни основ експлоатације. Дјелатност дистрибуције електричне енергије организована је у пет дистрибутивних дијелова (Електродистрибуција Бихаћ, Електродистрибуција Мостар, Електродистрибуција Сарајево, Електродистрибуција Травник, Електродистрибуција Тузла и Електродистрибуција Зеница), www.epbih.ba, 24.05.2025.

³⁷ ЈП „Електропривреда ХЗ ХБ“ д.д. Мостар послује у 35 општина Федерације Босне и Херцеговине и носилац је лиценце за производњу електричне енергије, дистрибуцију електричне енергије, снабдијевање и трговину електричном енергијом и за међународну трговину електричном енергијом које су издале Регулаторна комисија за енергију у Федерацији БиХ (ФЕРК) и Државна регулаторна комисије за електричну енергију у БиХ (ДЕРК). Ово јавно предузеће оснабдијева око 203.000 крајњих купаца електричне енергије. Одлуком Владе Федерације БиХ предузећу је додијељен статус јавнога снабдјевача и утврђена је обавеза пружања јавне/универзалне услуге и услуге резервног снабдјевача крајњих купаца на подручју свога пословања. Дистрибуција електричне енергије се врши на три дистрибутивна подручја (Дистрибутивно подручје Мостар са погонима Мостар, Груде и Ливно, Дистрибутивно подручје Центар и Дистрибутивно подручје Сјевер. На исти начин врши се и опскрба (снабдијевање) електричном енергијом, www.eiphzb.ba, 24.05.2025.

³⁸ *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине бр.60/2023.*

³⁹ Чл.167.ст.1. *Закона о електричној енергији Федерације Босне и Херцеговине.*

дана ступања на снагу наведеног закона.⁴⁰ Истим законом⁴¹ прописан је начин раздвајања оператора дистрибутивног система, тако да уколико је оператор дио вертикално интегрисаног субјекта дужан је бити независан у односу на друге дјелатности које нису повезане са дистрибуцијом, а најмање у смислу свога правног облика, организације и доношења одлука.

7.2. Упоредна законодавства Србије, Хрватске и Црне Горе

Република Србија се као потписник Уговора о енергетској заједници Југоисточне Европе, а у оквиру усклађивања правног система у процесу придруживања Републике Србије Европској унији, обавезала да успостави тржиште електричне енергије које ће функционисати по стандардима и правилима тржишта Европске уније. У складу са тим, а у оквиру реформе електроенергетског сектора, донесен је Закон о енергетици којим је предвиђено постепено отварање тржишта електричне енергије у погледу обима, услова и временског распореда отварања тржишта.⁴² Усвајањем овог прописа крајем 2014. године, област енергетике у законодавству Републике Србије хармонизирана је са одредбама Трећег енергетског законодавног пакета Европске уније, чиме је настављен процес увођења конкуренције у електроенергетски сектор, а како би се повећала ефикасност овог сектора кроз дејство тржишних механизма у производњи и снабдијевању електричном енергијом, при чему је задржана економска регулација дјелатности преноса и дистрибуције електричне енергије као природних монопола државе. Од 2005. године из Електропривреде Србије издвојена је дјелатност преноса електричне енергије и формирана су два самостална јавна предузећа: „Електропривреда Србије“ и „Електро mreжа Србије“. Дистрибуција елек-

⁴⁰ Како је федерални Закон о електричној енергији ступио на снагу 17.08.2023.године рок за раздвајање дјелатности дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом је 17.08.2025. године.

⁴¹ Чл.47. *Закона о електричној енергији Федерације Босне и Херцеговине*.

⁴² Од 1. јануара 2013.године тржиште је отворено за купце електричне енергије прикључене на преносну мрежу (отворено око 10% тржишта) и они су законом третирани као квалификовани купци (купци који су изгубили право на јавно снабдевање). Од 1. јануара 2014.године отворено је додатних 30% тржишта за све купце, осим за домаћинства и мале купце (гарантовано снабдевање). Од 1. јануара 2015. године тржиште је потпуно отворено, с тим што домаћинства и мали купци немају обавезу бирања снабдевача и изласка на отворено тржиште, односно и даље имају право на гарантовано снабдијевање.

тричне енергије издвојена је из Електропривреде Србије 2020. године и послује као самостално предузеће у власништву Владе Србије. Од 2023. године Електропривреда Србије послује као затворено акционарско друштво.⁴³ У оквиру Електропривреде Србије као посебан организациони дио послује „ЕПС Снабдевање“⁴⁴, које обавља дјелатност снабдијевања електричном енергијом купаца на гарантованом, комерцијалном и резервном снабдијевању. Сви снабдјевачи електричном енергијом користе услуге “Електродистрибуције Србије”, као оператора дистрибутивног система⁴⁵ и “Електромреже Србије”, као оператора преносног система који су самостална правна лица и обављају дјелатност дистрибуције и преноса електричне енергије.

У Републици Хрватској тржиште електричне енергије је за све купце отворено од 01.07.2008. године. Либерализација тржишта електричне енергије омогућила је снабдјевачима (енергетски субјект са дозволом за обављање дјелатности снабдијевања електричном енергијом који на тржишту може куповати и продавати електричну енергију) излазак на тржиште, а купцима право на избор и промјену снабдјевача електричном енергијом. Током 2016.године у Хрватској је дошло до издвајања дјелатности снабдијевања и дистрибуције електричном енергијом. Из “ХЕП ОДС-а” (Хрватска електропривреда-Оператор дистрибуцијског система) издвојено је и основано друштво “ХЕП Електра” за снабдијевање електричном енергијом, а унутар ХЕП групе.⁴⁶ У Хрватској је једини овлашћени енергетски субјект за пружање услуга јавног снабдијевања “ХЕП Електра”, а то значи да иста има обавезу пружања јавне услуге снабдијевања електричном енергијом као универзалне услуге за купце из категорије домаћинства (кућанства), те пружања јавне услуге која се обавља као загарантовано снабдијевање за купце из категорије преду-

⁴³ www.eps.rs, 30.04.2025.

⁴⁴ На основу података Агенције за енергетику Републике Србије, удио ЕПС-а на тржишту електричне енергије је око 97 процената, упркос чињеници да у Србији тренутно послује више од 70 снабдјевача, www.aers.rs, 30.04.2025.

⁴⁵ У Републици Србији постоји пет електродистрибутивних подручја: Београд, Нови Сад, Краљево, Крагујевац и Ниш, а укупан број корисника електродистрибутивног система је око 3,8 милиона, www.elektrodistribucija.rs, 30.04.2025.

⁴⁶ Према подацима Хрватске енергетске регулаторне агенције-HERA, а према Регистру опскрбљивача, дозволу за опскрбу (снабдијевање) електричном енергијом има 13 лица, за трговину електричном енергијом једно, за дистрибуцију електричне енергије једно лице и за пренос електричне енергије једно лице, www.hera.hr, 30.04.2025.

зетништва.⁴⁷ “ХЕП-оператор дистрибуцијског сустава” је компанија која послује у саставу “ХЕП групе”, а организационо је подијељена на 21 дистрибутивно подручје на територији цијеле Хрватске, који за кориснике мреже обавља услугу дистрибуције електричне енергије, а иста обухвата приступ и коришћење мреже, те је одговоран за квалитет испоручене електричне енергије за све крајње купце и гарантује сигурно снабдијевање електричном енергијом.

Раздвајање дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом у Црној Гори извршено је 2016.године. Наиме, на основу Одлуке Одбора директора Електропривреде Црне Горе о оснивању Друштва са ограниченом одговорношћу „Црногорски електродистрибутивни систем“ Подгорица (CEDIS), коју је усвојила Скупштина акционара Електропривреде 23. јуна 2016. године, функционална цјелина “Дистрибуција“ од 01. јула исте године послује као самостални правни субјекат са лиценцом за обављање послова оператора дистрибутивног система.⁴⁸ Оснивач Друштва је Електропривреда Црне Горе, а ово друштво је у стопроцентном власништву Електропривреде Црне Горе, те у оквиру јединственог електроенергетског система Црне Горе обавља дјелатност дистрибуције електричне енергије. Основна дјелатност је дистрибуција електричне енергије, а остале електроенергетске дјелатности Друштва прописане су Законом о енергетици, лиценцама у енергетском сектору и Статутом Друштва (управљање дистрибутивном мрежом, одржавање и развој електродистрибутивне мреже, изградња и одржавање електроенергетских објеката, пројектовање и надзор и кабловске телекомуникације). Друштво се састоји од организационих цјелина, односно јединица. Реализацијом основних дјелатности, Друштво обезбјеђује уредно и квалитетно задовољавање потреба потрошача на свим напонским нивоима, те сигурну и стабилну испоруку електричне енергије привреди и становништву Црне Горе.⁴⁹ У оквиру Електропривреде Црне Горе послује функционална цјелина „Снабдијевање“, а која има своје регионалне центре⁵⁰ и организационе јединце.

⁴⁷ Службе за јавно снабдијевање налазе се у Осијеку, Загребу, Ријеци и Сплиту, као регионалним центрима.

⁴⁸ www.cedis.me, 30.04.2025.

⁴⁹ Дистрибутивна мрежа електроенергетског система Црне Горе обезбјеђује испоруку електричне енергије за око 305.000 потрошача на средњем и ниско-напонском новоу, од чега 280.000 припада категорији домаћинства, www.cigre.me, 30.04.2025.

Компанија дистрибуира електричну енергију за 420 хиљада потрошача у Црној Гори, www.cedis.me, 30.04.2025.

⁵⁰ Регионални центри снабдијевања лоцирани су у Подгорици, Никшићу, Бару и

8. ЗАКЉУЧАК

Дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом су услуге од општег економског интереса које су строго дефинисане енергетским законским и подзаконским прописима. Како су крајњи корисници ових услуга купци, односно потрошачи електричне енергије, на обављање ових дјелатности примјењују се и прописи у области заштите потрошача. Овим прописима одређени су начини организовања и пословања привредних субјеката који се баве дјелатностима дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом. Раздвајање дјелатности дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом и отварање тржишта електричне енергије било је неопходно ради усклађивања обављања ових дјелатности са правним тековинама Европске уније. Иако су дјелатности дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом правно раздвојене, оне су по природи свога постојања међусобно уско повезане, тако да нема снабдијевања електричном енергијом без прикључења на електроенергетску мрежу, а да би потрошач био прикључен на електро мрежу, неопходно је да прво закључи уговор о снабдијевању електричном енергијом. Како ове дјелатности представљају услуге од општег економског интереса, то се обављање истих мора вршити у складу са прописима који регулишу заштиту потрошача на једнак и транспарентан начин. Тренутно, у области дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом у Републици Српској постоји пет дистрибутера за пет различитих географских подручја и више регистрованих снабдјевача, али јавно снабдијевање обавља само један снабдјевач. Оператор дистрибутивног система и снабдјевач су дужни да обезбједе прописане стандарде, сигурност и квалитете у областима дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом, а што подразумијева набавку електричне енергије, изградњу и одржавање електродистрибутивног система, континуитет у испоруци и резервно снабдијевање, квалитет комерцијалних услуга и напона напајања, те надокнаду штете због смањеног квалитета снабдијевања.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Симоновић Драгољуб, (1998.), Право о електричној енергији, Ауторско издање, Београд.
2. Мићовић Миодраг, (2009.), Заштита права потрошача.
3. Монографија 100 година електричне енергије, (1988.), Електропривреда Босне и Херцеговине, Сарајево,
4. Рајчевић Марко, (2007.), Пословно право, Бања Лука,
5. Чобелјић Р. Ђорђе, Ковач Карло, (1966.), Привредно право са основама грађанског права и радним односима у привреди, Савремена администрација, Београд.

Закони и прописи:

1. Закон о енергетици, Службени гласник Републике Српске бр. 49/2009 и 16/2023.
2. Закон о електричној енергији, Службени гласник Републике Српске бр. 68/2020.
3. Закон о заштити потрошача у Босни и Херцеговини, Службени гласник Босне и Херцеговине бр.25/2006 и 88/2015.
4. Закон о заштити потрошача у Републици Српској, Службени гласник Републике Српске бр. 6/2012,63/2014,18/2017 и 90/2021.
5. Закон о електричној енергији, Службене новине Федерације Босне и херцеговине бр.60/2023.
6. Општи услови за испоруку и снабдијевање електричном енергијом, Службени гласник Републике Српске бр. 13/2022.
7. Тарифни систем за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже, Службени гласник Републике Српске бр. 119/2022.

Dragan Baltić, LL.M.⁵¹**SEPARATION OF THE ACTIVITY OF DISTRIBUTION FROM THE SUPPLY OF ELECTRICAL ENERGY THROUGH THE PRISM OF THE ENERGY REGULATIONS OF THE REPUBLIC OF SRPSKA**

Summary: *As part of the harmonisation of the legal system of Bosnia and Herzegovina with the regulations of the European Union, and respecting the Treaty on the Energy Community of South-East Europe, Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska have committed to establishing an electricity market that will function according to the standards and rules of the European Union electricity market. Accordingly, and as part of the reform of the electricity sector in Republika Srpska, the distribution system operator and supplier were restructured, and a new Law on Electricity was adopted, which defined the separation of the distribution activity from the supply of electricity. Distribution and supply of electricity represent services of general interest and fall under the category of services of general economic interest. As these are services of general interest, the provision of these types of services is regulated in a special way, in accordance with the regulations in the fields of energy and consumer protection. The paper presents the procedure for separating distribution from electricity supply, the method and time of opening the electricity market, as well as the socio-economic aspects of the importance of the distribution and supply of electricity, and in particular highlights the historical development and importance of electricity in modern society.*

Keywords: *electricity, distribution, supply, services.*

⁵¹ The Head of the Department for Legal Affairs in the company “Elektrokrajina”, stock company Banja Luka.

III КАТЕДРА

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

ДЕЈТОНСКИ МИРОВНИ СПОРАЗУМ ТРИДЕСЕТ ГОДИНА КАСНИЈЕ

Академик проф. др Витомир Поповић¹

Апстракт: *Општим оквирним споразумом за мир у Босни и Херцеговини, познатијим као Дејтонски мировни споразум, су кроз његове дјелове и анексе на јасан начин утврђени унутрашњи односи између Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, као два потпуно равноправна ентитета, а касније и Брчко дистрикта, као посебне јединице локалне самоуправе у БиХ, настале на основу међународне арбитражне одлуке од 5. марта 1999. године и три конститутивна народа Срба, Хрвата и Бошњака. Незаконитим понашањем тзв. високих представника, супротно Анексу 10 на темељу којег они црпе своја овлашћења, интервенционизмом појединих представника тзв. међународне заједнице, а касније и одлукама Уставног суда БиХ, Суда и Тужилаштва БиХ и неких заједничких институција, све више је ремећена ова унутрашња структура дејтонске Босне и Херцеговине и скоро тридесет година од његове примјене, доведена је у питање могућност даљег опстанка овог мировног Споразума. Немогућност његовог опстанка аутоматски доводи у питање и опстанак Босне и Херцеговине, као дејтонске творевине. Једини могући приступ у отклањању ове најдубље уставне кризе лежи у чињеници враћања изворном Дејтону и одбацавање свих оних рјешења и институција проистеклих из међународног интервенционизма, одлука високих представника, Уставног суда БиХ итд.*

Кључне ријечи: *Општи оквирни споразум за мир, Дејтонски мировни споразум, Босна и Херцеговина, интервенционизам, високи представник, Република Српска, Уставни Суд БиХ, Федерација БиХ, Брчко дистрикт БиХ.*

¹ Редовни члан Академије наука и умјетности Републике Српске.

УВОД

Распад бивше југословенске заједнице, нарочито након става Бадинтерове комисије, проузроковао је бројне сукобе на просторима бивших југословенских република. Ови сукоби су започели у Словенији, затим у Хрватској, а након тога се пренијели на бившу југословенску републику Босну и Херцеговину, која је *de facto* била Југославија у малом. Наиме, у бившој Југославији, Срби су била најбројнији народ, а и сви други народи су заједно са њима били конститутивни, односно равноправни и уживали исти статус у складу са највишим међународним стандардима. Избијање ових сукоба је српски народ ставио у велику дилему, с обзиром да је евентуалним осамостаљењем Републике Хрватске, па и Републике Босне и Херцеговине пријетила опасност понављања геноцида почињеним над њим од стране Хрвата и муслимана у Другом свјетском рату. У овом рату је стотине хиљада Срба, жена, дјеце, старца и друге нејачи побијено у логорима широм Хрватске и Босне и Херцеговине, од којих ћемо споменути Јасеновац, Јадовно, Пребиловце и многа друга стратишта. Та предвиђања су се практично и обистинила. Новостворена Хрватска држава се није одрицала идеја бивше Независне државе Хрватске, а везање хрватских и муслиманских застава у Босни и Херцеговини је наговјештавао увод у истребљење Срба на овим просторима. У почетку је дошло до ратних сукоба у Словенији, а затим у Хрватској и Босни и Херцеговини. Такозвана међународна заједница је ово нијемо посматрала, представљајући то као распад бивше југословенске заједнице, а не сецесију, што је она у складу са тада важећим међународним стандардима о територијалној недјелјивости и по својој правној природи једино и била. Убрзо ће услиједити признање Словеније, као независне државе, затим Хрватске, а потом и Босне и Херцеговине, која ће се на референдуму, како је то и предлагала Бадинтерова комисија, без учешћа Срба, као једног од три конститутивна народа и занемарујући пребисцит српског народа за који се изјаснило више од 98% Срба за останком у Југославији, изјаснити за независност.

Овакво доношење одлука без учешћа српског народа, нарочито изабрани политички правац Странке демократске акције и њеног лидера Алије Изетбеговића за жељом изградње грађанске државе на принципу један човјек – један глас и темељима Исламске декларације, представљао је пут у сукобе без повратка. Изетбеговић је јавно, пред цијелим свијетом изјавио да ће жртвовати мир у Босни и Херцеговини, а непо-

средно након тога услиједиће 1. марта 1992. године убиство српског свата Николе Гардовића на Башчаршији, паљење српске заставе и напад на свадбену поворку, што ће бити главни окидач за почетак рата. Српски посланици су били принуђени да напусте скупштину Републике Босне и Херцеговине и формирају Скупштину српског народа Босне и Херцеговине на оним просторима на којима су они били већина према посљедњем попису, али и даље изражавајући жељу за останком у Југославији. Само два мјесеца касније, 3. маја 1992. године услиједио напад од стране тзв. Армије Републике Босне и Херцеговине на колону војске Југословенске народне армије, приликом њеног повлачења из Сарајева. Том приликом је убијено 42 припадника војске ЈНА, 71 је повријеђено, а 215 заробљено. Убрзо након тога у Тузли, по истом сценарију, 15. маја 1992. године, приликом повлачења, нападнута је колона Југословенске народне армије од стране припадника тзв. Патриотске лиге и Мупа БиХ. Овом приликом у колони је погинуло 59 припадника ЈНА и цивила, а рањено 44, док постоје извори и о 132 убијена војника и цивила. Муслимани овај злочин, над невиним војницима на одслужењу војног рока, прослављају као „Дан одбране Тузле“. Скупштина српског народа је 9. јануара 1992. донијела одлуку о проглашењу Републике српског народа у Босни и Херцеговини, која ће касније промијенити назив у Републику Српску, а 28. фебруара исте године је донијела свој Устав. Тако је Република Српска настала у миру, а не у рату, како су то неки покушали да представе јер су сукоби кренули знатно раније, прије њеног проглашења. За то вријеме се на различите начине покушавало доћи до договора са друга два народа, тј. Хрватима и муслиманима. У међувремену ће доћи и до сукоба између Хрвата и муслимана и програшења Републике Херцег Босне, као републике хрватског народа у Босни и Херцеговини. Она ће егзистирати све до марта мјесеца 1994. године, када ће бити укинута потписивањем Вашингтонског споразума између хрватског и муслиманског народа.

У циљу успостављања мира на просторима у овој бившој југословенској републици биће одржане бројне међународне конфереције и представљени планови рјешења кризе:

- Кутиљеров план за Босну и Херцеговину (Лисабон, фебруар 1992. године);
- Венс-Овенов план (од фебруара до априла 1992. године);
- Овен-Столтенбергов план (од септембра 1993. године до јануара 1994. године);

- План контакт групе (јул 1994. године), који нису произвели никакве резултате, него су служили као основа за даље преговоре.

Посљедња мировна конференција је одржана у Дејтону, у америчкој држави Охајо од 1. до 21. новембра 1995. године. На овој конференцији ће бити усаглашен тзв. Општи оквирни споразум за мир у БиХ, касније познатији као Дејтонски мировни споразум, а основу за његов настанак ће представљати договорени ЖенеВСки принципи од 8. септембра 1995. године и Њујоршки принципи од 26. септембра 1995. године.

Дана 14. децембра 1995. године је у Паризу потписан овај међународни уговор, који је и данас, након тридесет година примјене, на снази. Сада се поставља питање да ли је овај Споразум у цијелости оправдао његова очекивања од раније сукобљених страна и народа у Босни и Херцеговини и да ли може представљати основ за опстанак Босне и Херцеговине као дејтонске творевине.

СТРУКТУРА ДЕЈТОНСКОГ МИРОВНОГ СПОРАЗУМА

Дејтонски мировни споразум је по својој правној природи сложени међународни уговор и састоји се из два дијела, и то из тзв. војних аспеката мировног рјешења и тзв. регионалне стабилизације, или цивилних аспеката овог Споразума.

Војним аспектима су регулисани односи између Републике Босне и Херцеговине, Федерације БиХ и Републике Српске у односу на успостављање нормалног живота и престанак непријатељстава, повлачење страних снага, прераспоређивање домаћих снага кроз за то посебно припремљене фазе, распоређивање снага за спровођење, повлачење Унпрофора, успостављање заједничке војне комисије, размјену заробљеника и сарадњу између ентитета, затим, споразум о регулисању односа са сјеверно-атланским пактом НАТО-м о статусу његовог особља. Овај дио чине и споразуми закључени између НАТО-а са једне стране и Хрватске, односно Савезне Републике Југославије с друге стране. Споразуми који регулишу тзв. регионалну стабилизацију или цивилне аспекте односе се на:

- Границу између ентитета
- Изборе
- Устав
- Арбитражу

- Људска права
- Избјеглице и расељена лица
- Комисију за чување националних споменика
- Јавне корпорације Босне и Херцеговине
- Цивилно спровођење
- Међународне полицијске снаге.

ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ДЕЈТОНСКОГ СПОРАЗУМА

Спровођење Дејтонског мировног споразума је започело одмах након његовог ступања на снагу, тј. његовим потписивањем у Паризу 14. децембра 1995. године. Приступило се спровођењу свих његових војних и цивилних аспеката. Наиме, они дијелови територија Републике Српске који су у складу са Дејтонским споразумом припали Републици Срској, а у моменту потписивања су се налазили под контролом Федерације БиХ и обрнуто, су у складу са утврђеном динамиком коју су пратили припадници СФОР-а и међународне полицијске снаге, враћени су Републици Српској односно Федерацији БиХ у за то предвиђеним роковима, нпр. Мркоњић Град је враћен Републици Српској, а Грбавица и неке друге сарајевске општине Федерацији БиХ.

За разлику од војних, цивилни аспекти овог мировног рјешења су захтијевали нешто дужи рок за имплементацију. Тако, на примјер, у складу са Споразумом о граничној линији између ентитета и односним питањима и у складу са мапом – картом која је парафирана у Дејтону и чинила је саставни дио овог великог Споразума. Приступило се именовању посебне Комисије за границу и, уз присуство мултинационалних војних и полицијских снага, разграничењу Републике Српске и Федерације БиХ. У складу са међународним стандардима гранична линија се у случају да иде ријеком, одређивала средином ријека и слиједила природне промјене, наносе или одроне. У случају да иде планинама, слиједила је врхове планина, итд. што у правилу није било спорно између страна Републике Српске и Федерације БиХ. У међувремену су вршене и неке друге корекције и замјене оних дијелова територије или насеља у којима је живјело већинско становништво, било српске или бошњачке провицијенције, и додјељивано Републици Српској, односно Федерацији БиХ. То су примјери размјене неких села и насеља у сливу ријека Уне, Сане, Врбаса, Усоре, Спрече, планине Мајевица итд.

Једино спорно питање по овом анексу се односило на спорни дио граничне линије између Републике Српске и Федерације БиХ у области Брчког и оно је, у складу са чланом 5. овог Анекса, остављено међународној арбитражи за област Брчко. Ова арбитража је своју Коначну арбитражну одлуку прогласила 5. марта 1999. године тако што је цијелу предратну област прогласила посебном јединицом локалне самоуправе у форми *condominiuma*, односно заједничке сусвојине Републике Српске и Федерације БиХ, у надлежности заједничких институција БиХ.

И Анекс 3, као Споразум о изборима је проведен под надзором ОЕБС-а тако што је усвојен Закон о изборима, донесен план избора за Босну и Херцеговину и у складу са највишим међународним стандардима, проведени ови избори.

Анекс 4. овог великом Споразума представља Устав Босне и Херцеговине који на јасан и прецизан начин регулише будуће односе у овој бившој југословенској републици, јасно наглашавајући његово позивање на Основне принципе из Женева од 8. септембра 1995. године и Њујорка од 26. септембра 1995. године. Овај веома специфичан Устав рађен по угледу на амерички устав који су припремали крајем 18. вијека Александар Хамилтон и Џејмс Медисон. Они су написали тзв. „Федералистичке списе“ као својеврсну допуну и смјернице за тумачење америчког Устава, али и за потенцијалне нове амандмане за Устав. Тако нпр. Џејмс Медисон у овим списима пише: „Права која Устав даје централној влади су ограничена и тачно дефинисана, док су права суверених држава велика и неограничена“ (мисли се на државе чланице САД којих је тада било 50) Након тога, његов став је преточен у амандман X америчког устава који гласи: „Права која нису овим уставом дата Сједињеним државама, нити су ускраћена државама, остављена су свакој појединој држави или народу“. Овај амандман на амерички устав је *de facto* преписан и у члану 3.3.(а) Устава БиХ који гласи: „Све државне функције и овлашћења која овим Уставом нису изричито додијељена институцијама Босне и Херцеговине, припадаће ентитетима“. Ово је досљедно спроведено промјеном Устава Републике Српске, амандманом LVI којим је замијењен члан 3. Устава Републике Српске, а који сада гласи: „Републици припадају све државне функције и надлежности осим оних које су Уставом Босне и Херцеговине изричито пренесене на њене институције“. Ово је била обавеза Републике Српске коју је преузела потписујући Анекс 4. Дејтонског споразума, који чланом 3.3.б) одређује: „Ентитети и сви њихови дијелови ће се у потпуности придржавати овог Устава, који има предност над оним одредбама

закона Босне и Херцеговине, као и устава и закона ентитета које нису у складу с њим, те с олукама институција Босне и Херцеговине“.²

У складу са чланом 1 Дејтонског Устава Босне и Херцеговине прописано је да у погледу континуитета „Република Босна и Херцеговина, чије ће званично име од сада бити „Босна и Херцеговина“, наставиће своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром измијењеном према овим одредбама и са својим садашњим међународно признатим границама. Она ће остати Држава чланица Уједињених нација и може као Босна и Херцеговина да затражи чланство у организацијама у оквиру система Уједињених нација и у другим међународним организацијама.

Дакле, потписивањем Вашингтонског споразума марта мјесеца 1994. године Република БиХ је престала и формално правно да постоји, мада она у фактичком смислу ријечи након оснивања Републике Српске и хрватске Републике Херцег Босне није имала успостављену власт на цијелој територији ове предратне југословенске републике. И формално правно, овим чланом 1. Устава БиХ, она је престала са својим постојањем и успостављена је дејтонска Босна и Херцеговина којој је, како је то и предвиђено чланом 1. Устава, дат континуитет само по међународном праву, али са њеном измијењеном унутрашњом структуром коју чине два етитета, тј. Република Српска са 49 % територије и Федерација Босне и Херцеговине са 51 % територије.

У складу са овим Уставом успостављена су људска права и основне слободе на цијелој територији дејтонске Босне и Херцеговине, а затим и прописане надлежности из члана 3 Устава, формирана је парламентарна Скупштина која се састоји од Представничког дома и Дома народа, успостављено је трочлано предсједништво од једног Србина, Бошњака и Хрвата, успостављен рад Уставног суда БиХ, избором судија из реда конститутивних народа по принципу четири из Федерације БиХ и два из РС и троје страних судија које ће бирати предсједник Европског суда за људска права, успостављена је Централна банка Босне и Херцеговине и успостављен механизам за финансирање и рад заједничких институција Босне и Херцеговине. Једина измјена, односно допуна на овај Устав представља амандман на основу одлуке Међународне арбитраже од 5. марта 1999. године³.

² Поближе о томе видјети члан 3. тачка 3(а) Устава БиХ.

³ Поближе о томе видјети Амандман I на Устав Босне и Херцеговине о провођењу

На основу Споразума о људским правима основана је комисија за људска права која се састојала од Дома за људска права, који је радио све до 2003. године, а његову надлежност је преузео Уставни суд БиХ, и Омбудсман за људска права Босне и Херцеговине, који и данас, у складу са Европском конвенцијом о људским правима и слободама, ради на обезбјеђењу заштите основних људских права и слобода које су предвиђене европском Конвенцијом о људским правима и слободама и њеним протоколима.

У цјелости је имплементиран Анекс 7, тј. Споразум о избјеглицама и расељеним лицима, на основу кога је формирана посебна Комисија за расељена лица и избјеглице, која је радила на поврату исељених и расељених лица и њихове имовине. Основ за рад ове Комисије је представљао члан 1. протокола 1. Европске конвенције о људским правима и слободама. Њену надлежност су касније преузели надлежни органи управе и судови.

На основу Анекса 8. формирана је посебна Комисија за очување националних споменика која и данас обавља своје активности.

Имплементирани су и Споразум о оснивању јавних корпорација БиХ, као његов Анекс 9, и Споразум о међународним полицијским снагама, као његов Анекс 11.

Међутим, највеће неспоразуме и проблеме у функционисању структуре дејтонске Босне и Херцеговине ће произвести његов Анекс 10, као Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења. Наиме, и поред веома јасних одредаба овог Споразума садржаних у члану 2, који носи назив Мандат и методи координације и одржавања везе, тај тзв. високи представник ће проузроковати читав низ проблема и посљедица функционисању самог Споразума као цјелине, али и додатно пореметити одnose између три конститутивна народа – Срба, Хрвата и Бошњака. Наиме, он ће уз било прећутну или дату сагласност појединих земаља чланица Савјета за имплементацију мира своју улогу „надгледања спровођења мирног рјешења“ претворити у улогу законодавца наметањем читавог низа рјешења супротних Дејтонском мировном споразуму и стандардима и начелима које примјењују тзв. цивилизовани народи. Ова његова улога ће нарочито доћи до изражаја након тзв. бонских овлашћења 1997. године на основу којих ће он напустити позицију успостављену

Арбитражне одлуке за област Брчко, Службени гласник БиХ, ПСБиХ, број: 327/09. 26. март 2009. године.

међународним уговором какав је Дејтонски међународни уговор, као акт правног карактера који представља *pacta sunt servanda*, тј. закон за странке и почети предузимати овлашћења на основу правно необавезујућег политичког акта, какав јесу и бонска овлашћења. Нажалост, његову позицију и његова овлашћења карактеристична за колонијалне протекторе ће касније слиједити и Уставни суд БиХ, Суд и Тужилаштво БиХ, и друге институције. Очигледна антидејтонска понашања и груба кршења овог мировног споразума су правдана успостављањем тзв. „функционалне државе“ и јачањем централне власти у односу на ентитетску, по принципу грађанског типа на темељима Исламске декларације Алије Изетбеговића.

Тако ће овакав приступ који како су о томе говорили многи страни представници имати за циљ да освјетли не само слово, него и дух Дејтона, умјесто успостављања трајног мира и уставом утврђених правила и принципа, произвести најдубљу уставну кризу у протеклих тридесет година. Ова криза ће озбиљно угрозити опстанак Дејтонске Босне и Херцеговине и њене структуре, али и опстанак Дејтонског мировног споразума као основа на коме се она темељи.

АНТИДЕЈТОНСКЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ НА УСТАВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Потписивањем Дејтонског мировног споразума очекивало се, не само да он заустави рат на просторима ове бивше југословенске републике, него и да трајно уреди односе између два ентитета, тј. Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, и три конститутивна народа, Срба, Хрвата и Бошњака. Међутим, иако се мастило на овом споразуму није било ни осушило, почели су различити приступи у имплементацији овог међународног уговора.

Бошњаци, односно муслимани су сматрали да је овај Споразум значајан само по томе што је зауставио рат и даља страдања становништва, а Срби су полазили од тога да је овај Споразум не само зауставио рат, него и да је трајно уредио односе између три конститутивна народа и два ентитета, по принципу децентрализоване државе проистекле из континуитета ове бивше југословенске републике само у међународно-правном смислу. Уосталом, ако се погледа структура парламентарне скупштине, било у раду Представничког дома или Дома народа, видјеће се да је јако наглашен и заштићен принцип ентитетског гласања, затим у раду пред-

сједништва код кога се на јасан и недвосмислен начин код евентуалног прегласавања неког од чланова предсједништва састављеног на принципу конститутивности народа, прегласани члан о томе може обавијестити скупштину из које долази и ставити вето, у ком случају таква одлука не би могла производити правно дејство. Ова конститутивност народа и равноправност ентитета долази до изражаја и код избора судија Уставног суда Босне и Херцеговине⁴, али и формирања Вијећа министара, сваког од министарстава, али и других заједничких институција. Ову децентрализацију можемо посматрати у односу на однос између Босне и Херцеговине, односно њених заједничких институција и ентитета – Републике Српске и Федерације БиХ. У члану 3.3 под а) је недвосмислено прописано да „све државне функције и овлашћења која овим Уставом нису изричито додијељена институцијама БиХ припадаће ентитетима“. Ова одредба је, као што је то горе и наведено, преузета одредба из Устава Сједињених Америчких Држава и она има за циљ да нагласи супрематив сваке од тих држава у односу на централну власт, односно, у конкретном случају Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине у односу на ниво заједничких институција БиХ. Уосталом, и начин избора конгресмена у САД, и то по два из сваке од држава чланица, без обзира на њену величину или број становника, полази од тог принципа. Зато одредбе Дејтонског устава БиХ треба стриктно посматрати у односу на одредбе Устава САД. Међутим, уместо да се Дејтонски мировни споразум строго проводи, како у правном, економском, политичком и сваком другом погледу, представници бошњачког народа су, нажалост и уз посредовање представника међународне заједнице, оличених у личностима тзв. високих представника, настојале на све начине да уруше овакву Дејтоном утврђену структуру Босне и Херцеговине, под изговором да она није ефикасна и да би у том смислу требало ојачати централну власт у односу на ентитетске власти и структуре. Ако се, притом, пође од чињенице, овакав приступ и понашање високих представника није уопште у складу са Дејтонским мировним споразумом, а ни његовим Анексом 10, јер овим Анексом није предвиђена могућност високом представнику било каквих измјена Дејтонског мировног споразума, него искључиво „надгледање спровођења мирног рјешења“⁵.

⁴ Поближе о томе видјети члан 6.1а Устава Босне и Херцеговине

⁵ Поближе о томе видјети члан 2.1 а Споразума о цивилном спровођењу мирног рјешења, тј. Дејтонског мировног споразума.

Поступајући на овај, крајње незаконит начин, са циљем урушавања Дејтоном утврђене унутрашње структуре Босне и Херцеговине, нарочито вршећи притиске користити силу, пријетњу и принуду на руководство и представнике Републике Српске у свим облицима власти - извршне, законодавне и судске, супротно самом Споразуму, са нивоа Републике Српске је пренесен велики дио надлежности на ниво институција Босне и Херцеговине⁶. У овом контексту нарочито треба посматрати преносење надлежности у области оружаних снага, које ће са собом повући формирање Министарства одбране, Управе за индиректно опорезивање и формирање Министарства финансија и трезора БиХ, формирање СИПЕ, ОСЕ, Пограничне полиције која ће са собом произвести формирање Министарства безбједности, наметање Суда и Тужилаштва Босне и Херцеговине, које ће произвести формирање Министарства правде Босне и Херцеговине, и многих других. Поједини високи представници су често посезали за смјенама непослушних представника Републике Српске, тако да је председника РС, господина Николу Поплашена, декретом смијенио Карлос Вестендорп, тадашњи високи представник, а Педи Ешдаун је у вријеме свог мандата смијенио више од 59 посланика Народне скупштине, чланова Српске демократске странке, бираних легално на одржаним изборима, затим декана Правног факултета у Источном Сарајеву, проф. др Радомира Лукића, и многе, многе друге.

Многи од тих високих представника, али и других чланова администрације ОХР-а, тј. Уреда високог представника то нису ни крили јер су се јавно понашали као колонизатори, све мање као озбиљни представници међународне заједнице, задужени за имплементацију Дејтонског мировног споразума и одржавање мира. Тако, на примјер, Метју Периш, бивши шеф правног одсјека унутар ОХР-а задужен за Брчко, је јавно говорио и није скривао своје намјере урушавања Дејтонског мировног споразума. Он, између осталог каже: „Најбољи начин за поткопавање Републике Српске било је стварање институција централизоване државе, у којој би овлашћења била подијељена између три етичке групе, те би моноетничке политичке институције Републике Српске постале мање

⁶ Према неким званичним подацима, пренесено је више од 87 надлежности, а пријетила је опасност да се Република Српска развласти од свих својих изворних надлежности и Босна и Херцеговина претвори из децентрализоване у високо централизовану и унитарну Босну и Херцеговину, управно на принципима политике творца Исламске декларације Алије Изетбеговића, како је и сам рекао, жртвовао мир за рат и ову бившу југословенску републику одвео у амбис.

битне.“⁷ Оно што је представљало посебан парадокс тих високих представника јесте било њихово позивање на тзв. бонска овлашћења, која *de facto*, никада нису чинила, нити чине дио Дејтонског мировног споразума. Напротив, она су супротна Дејтонском мировном споразуму као међународном уговору, и потичу из једне изјаве коју је Савјет за спровођење мира, као *ad hoc* скуп земаља и организација издао након конференције одржане у њемачком граду Бону, децембра 1997. године. Наиме, овај савјет само „поздравља намјеру високог представника да користи свој врховни ауторитет на терену у погледу тумачења, са циљем доношења обавезујућих одлука *о одређеним питањима*“. Дакле, из саме формулације ове изјаве се види да то нису била никаква „овлашћења“, која би могла бити третирана као акт наредбодавног карактера, него само поздрављање намјере да високи представник врши своја овлашћења проистекла из Анекса 10 Дејтонског мировног споразума. Тадашњи високи представник Карлос Вестендорп, као учесник ове конференције, је изјавио: „На Бонској конференцији, успјели смо да уведемо начин на који високи представник може да доноси те одлуке, што, правно гледајући, није баш у складу са Дејтоном... Морам признати да то и није било баш легално“⁸. Вестендорп је у интервјуу из 1998. године рекао: „Моћ вам неће бити послужена на послужавнику. Морате је сами зграбити“.

Тако, на примјер у анализи Бонских овлашћења, у Гетингенском журналу међународног права, Тим Бенинг закључује: „*Бонска овлашћења* не могу се квалификовати као законом дато овлашћење. Њихово постојање је моћна, али обмањујућа правна фикција.“⁹

Високи представник Педи Ешдаун, који је свој мандат обављао од 2002. до 2006. године, изјавио је да ауторитет његових одлука проистиче само из њиховог прихватања од стране грађана БиХ, посебно нагласивши да: „Ако нека одлука коју донесе буде одбијена, мој ауторитет нестаће као јутарња роса“¹⁰. А бивши британски амбасадор у БиХ Чарлс

⁷ Метју Периш, Слободни град на Балкану, стр. 144. Периш је доктор права, дипломирао на универзитетима Кембриџ и Чикаго.

⁸ Адис Мерџановић, *Democracy by Decree, Prospects and Limits of Imposed Consociational Democracy in Bosnia and Herzegovina* (2015), 256

⁹ Tim Banning, *The „Bonn Powers“ of the High Representative in Bosnia i Herzegovina: Tracing a Legal Figment*, *Goettingen Journal of International Law* (2014) 2, 259-302, на 302.

¹⁰ Пближе о томе: Ed Vulliamy, Farewell. Sarajevo, *The Gardian*, 2. новембар 2005, стр. 10.

Крофорд, као један од креатора *бонских овлашћења*, написао је: „Колико видим, бонска овлашћења немају никакав стваран правни основ. Изродила су се у међународно политичко блефирање у игри моћи коју су високи представници узастопно умотавали у правнички језик да би цијела ствар изгледала импозантно и неизбјежно“¹¹.

Што су тзв. *бонска овлашћења* све више критикована у домаћој и међународној правној јавности, она су полако, али сигурно губила на значају јер су као политички измишљена категорија одударали и били у супротности са Дејтонским мировним споразумом. Ништа у мањој мјери нису губили на значају ни одређени ставови појединих високих представника, администрације ОХР-а и нажалост амбасада појединих западних земаља да Дејтонски мировни споразум треба тумачити и посматрати кроз његов дух, а не слово. Тежишта вршења и провођења читавог низа незаконито наметнутих рјешења ишло је путем Уставног суда БиХ, Суда и Тужилаштва БиХ, Министарства за спољне послове БиХ, чланова предсједништва БиХ и многих других. Тако, на примјер, Уставни суд БиХ, у чијем раду ради оваквог понашања, већ дуже вријеме не учествују судије из реда српског народа, али и у вријеме њиховог учешћа, уз прегласавање судија из реда бошњачког и хрватског народа, а нарочито „страних судија“ је донио читав низ неуставних одлука, од којих ћемо напоменути само неке: заузимање става да високи представник може да доноси законе, иако је то у искључивој надлежности законодавних органа, односно Парламента; доношење одлуке о пољопривредном земљишту у коме супротно и ранијој одлуци Уставног суда да се својинско-правни односи налазе у надлежности Републике Српске, а не Босне и Херцеговине, захјтевајући од Парламентарне скупштине БиХ да донесу закон о пољопривредном земљишту на нивоу БиХ. Исто се односи на шуме и друга природна богатства. Подржавајући ставове, сада већ нелегалног и нелегитимног високог представника да се на нивоу Босне и Херцеговине питање цијеле имовине ријеши законом на нивоу Босне и Херцеговине, односно стајући на становиште да сва имовина припада држави, а не ентитетима, односно РС и Федерацији БиХ, заузимајући став да у погледу изградње хидроелектране Бук-Бијела Комисија за концесије треба то питање ријешити својом одлуком; доношење одлуке о проглашењу грба, химне и заставе РС неуставним; доношење одлуке о

¹¹ Charles Crawford, Bosnia: The Bonn Powers Crawl Away to Die, видјети на адреси: charlescrawford.biz

проглашењу неуставним Дана Републике Српске 9. јануара 1992. године; доношење Одлуке о промјени назива градова, нпр. Српско у Источно Сарајево; проглашење неуставном читавог низа обиљежја градова и општина у РС, заштити симбола итд, као и читавог низа других одлука овај Суд се умјесто чувара устава, како је то уставом предвиђено, све више од тог почео удаљавати и претварати у законодавца и инструмент за вођење политике. О томе говоре и правила о раду овог уставног суда која садрже читав низ рјешења супротних самом уставу, а без могућности њиховог преиспитивања од стране било ког органа у Босни и Херцеговини. Овјде, прије свега мислимо не само на процесна правила, него и утврђивање овим правилима могућности да судије могу наставити мандат и дуже од 70 година живота, како је то и предвиђено чланом 6.1 (в) Устава Босне и Херцеговине, итд. На идентичан начин, и у функцији провођења неуставних овлашћења тзв. високог представника и ставова појединих западних амбасада су се понашали Суд и Тужилаштво БиХ. Суд БиХ је своју „ефикасност“ показивао само на предметима ратних злочина који су наводно починили Срби, а док су највећи злочини који су почињени од стране Муслимана прикривани, на тај начин што су предмети одуговлачени, а осуђенима нису одузимане путне исправе како би могли напустити територију Босне и Херцеговине. На починиоце кривичних дјела из реда српског народа, умјесто обавезне примјене кривичног закона бивше Југославије из 1976. године, који је важио у вријеме извршења дјела, примјењиван Кривични закон БиХ из 2003. године који је у односу на овај био знатно строжији јер су умјесто максимално предвиђене казне од 15, односно 20 година, изрицане казне дуготрајног затвора од 30, 40 година итд. Ту је и читав низ проблема о занемаривању ЦМС система, односно електронског распоређивања предмета и давања одређеног броја предмета тачно одређеним судијама из реда једног народа.¹²

Посебно је карактеристичан начин вођења спољне политике од стране министра спољних послова и појединих амбасадора из реда бошњачког народа који су потпуно занемарили одредбу да је предсједништво Босне и Херцеговине, као трочлани орган састављен из реда конститутивних народа, једини овлашћени орган за вођење спољне политике, а не Министарство спољних послова и поједини амбасадори. У циљу покушаја дисциплиновања предсједника Република Српске, пред-

¹² Поближе о томе видјети начин одређивања судије у предмету предсједника Републике Српске, господина Милорада Додика

сједника Народне скупштине, предсједника Владе и других представника политичог и јавног живота који су се супротставили антидејтонском дјеловању тзв. високог представника, овај тзв. високи представник је донио одлуку којом неизвршење његових одлука представља кривично дјело. Међутим овакво његово незаконито и неовлашћено поступање које представља врх цинизма и омаловажавања међународних стандарда у области заштите основних људских права и слобода, су прихватили и Суд и Тужилаштво БиХ, у тзв. познатом предмету предсједника Републике Српске и других. Овдје прије свега треба гледати главну намјеру тзв. високог представника да Босни и Херцеговини „подари“ односно наметне и Закон о имовини, у чијем састављању је учествовала и канцеларија ОХР-а. Тиме би, фактички, остајањем без имовине која јој у складу са Дејтонским мировним споразумом припада Република Српска постала празна љуштура. Један од могућих наредних корака овог нелегалног и нелегитимног тзв. високог представника, у сарадњи са Уставним судом БиХ, би могао бити наметање закона или доношења одлуке од стране Суда којима се проглашава неуставним назив Република Српска. Овакво неуставно понашање тзв. високог представника и читав низ горе наведених установа и институција је отворило једну од најдубљих криза у Босни и Херцеговини.

Република Српска и њени надлежни органи на крајње легалан и легитиман начин захтијевају враћање на изворни Дејтонски мировни споразум и укидање свих оних рјешења и надлежности који су на незаконит начин пренесене одлукама донесеним силом, претњом и принудом од стране високих представника. Она сматра да би до оваквог рјешења било могуће доћи договором три конститутивна народа кроз равноправан третман Републике Српске и Федерације БиХ. С друге стране, представници бошњачког народа и поједини представници тзв. међународне заједнице оличене у амбасадама неких западних земаља овакво понашање сматрају кршењем Дејтонског мировног споразума и антиуставним дјеловањем, а што управо представља замјену теза јер се тзв. високи представник, као и његови представници, током времена свога мандата управо бавио тиме, проузрокујући најдубљу послератну кризу дејтонске Босне и Херцеговине, доводећи у питање опстанак не само слова великог Споразума, него и Босне и Херцеговине настале на основу њега. Међутим, свијетлу тачку ове кризе представља чињеница да све више домаћа и међународна јавност стаје на становиште да је вријеме политике наметања рјешења народима, не само у БиХ, него

уопште, прошло и да се треба вратити дијалогу народа о чијим судбинама се расправља и одлучује.

БУДУЋНОСТ ДЕЈТОНСКОГ МИРОВОНОГ СПОРАЗУМА

Дејтонски мировни споразум, који ове године обиљежава тридесет година од почетка његове примјене, је прошао различите фазе. У почетку, па све до тзв. Бонске конференције од 2007. године, он је у почетној фази био у примјени и сваки од његових анекса и дијелова, било војних или цивилних, је имплементиран онако како је тим анексима, односно дјелима предвиђено. Нажалост, високи представници су, потпомогнути неким другим представницима међународне заједнице, а касније и Уставним судом БиХ, супротно самом Споразуму и Анексу 10. за који је овај високи представник једино надлежан, вршили честе интервенције, одступајући у односу на прописано, све више бавећи се такозваним „духом споразума“, а не његовом нормом. Наметање читавог низа закона супротно Анексу 10. овог великог Споразума и све чешћим интервенционизмом појединих представника међународне заједнице, смјењивањем легално изабраних представника Републике Српске дошло је до преноса читавог низа надлежности које су спадале у тзв. искључиви домен надлежности Републике Српске, укидања њених институција, те преношење ових надлежности на ниво заједничких институција. Нажалост, овај „дух у примјени права“ и одустајање од слова Споразума ће ову дејтонску творевину водити у правцу све веће централизације и узимања надлежности од Републике Српске. Суштински посматрано, овај Споразум у својој суштини, у односу на усвојени и прихваћени текст, је у значајној мјери дерогиран и остао без сврхе и циља свог постојања. Као могући пут, у циљу његовог даљег опстанка, појавило се питање враћања на тзв. изворни Дејтонски споразум. Ово подразумијева могућност и обавезу Републици Српској да све оне надлежности које су пренесене незаконитим и неуставним дјеловањем високих представника и интервенционизмом тзв. међународне заједнице, одлукама Уставног суда Босне и Херцеговине и других надлежних органа из реда заједничких институција, нпр. Предсједништва БиХ, Министарства спољних послова, Суда, Тужилаштва БиХ и других враћање у изворни Дејтон, како је то предвиђено самим текстом, а не духом. Међу правницима није спорна чињеница да супрематију у односима између ентитета Републике Српске и Федерације БиХ у односу на дејтонску Босну и Херцеговину имају

ентитети, како је то и предвиђено самим Уставом, сачињеним по узору на односе централне власти у Сједињеним Америчким Државама и држава чланица. У том смислу, Република Српска је била принуђена да донесе читав низ одлука и закона по којима би она приступила доношењу сопствених закона и враћање одузетих, односно пренесених овлашћења везаних за непримјењивање одлука Уставног суда у односу на оружане снаге, изборе, Суд БиХ, Тужилаштво, Индиректно опорезивање, Високи судски тужилачки савјет итд.

У циљу очувања свог статуса и кроз дјеловање нелегалног и нелегитимног високог представника и појединих западних земаља подржаваних од стране бошњачког народа у домаћој и међународној јавности се класичном замјеном теза настоји приказати како Република Српска крши Устав БиХ и сецесионистичком политиком урушава Дејтонски мировни споразум. Међутим, све већи број представника акуелне међународне политичке сцене разумије замјену ових наметнутих теза и у циљу даљег одржавања примјене Дејтонског мировног споразума инсистира на договору заснованом на приципу унутрашњег дијалога и формулу два потпуно равноправна ентитета и три конститутивна народа. Дакле, једино могуће рационално рјешење ове најдубље политичке кризе у функционисању дејтонске Босне и Херцеговине је једино и могуће ријешити на овакав начин. У противном, ова криза ће се и даље продубљавати, довешће до потпуног урушавања Дејтонског мировног споразума и враћање на стање прије Дејтонског споразума, али и могуће и на вријеме прије потписивања Вашингтонског споразума из марта мјесеца 1994. године о стварању Федерације БиХ.

ЗАКЉУЧАК

Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, познатији као Дејтонски мировни споразум је ступио на снагу и почео се примјењивати његовим потписивањем у Паризу 14. децембра 1995 године. У почетку је његова примјена ишла онако како је то било предвиђено његовим дијеловима и анексима. Што је вријеме више одмицало, нарочито након доношења тзв. бонских овлашћења, све више је долазило до интервенционизма од стране појединих западних земаља и њихових амбасада и незаконитог понашања тзв. високих представника који су доносили читав низ разних закона и одлука и на основу истих, у циљу стварања „ефикасније државе“ одузимали припадајућа овлашћења из

искључиве надлежности Републике Српске. Нажалост, интервенције су вршене и у односу на уставе Републике Српске и Федерације БиХ намећањем одређених амандмана високих представника. Када је под притиском јавности све више почело долазити до критика понашања оваквог интервенционизма и нелегалног понашања високих представника изашлих изван оквира Анекса 10 овог Споразума, ову нечасну и супротну уставу и недозвољену улогу је преузео Уставни суд БиХ, који је честим системом прегласавања судија из реда српског народа од стране судија из реда бошњачког народа и страних судија, почео је све више преузимаати законодавну функцију, одустајући од његове основне функције „чувара устава“ која му је самим уставом и повјерена. Тиме се ова веома значајна судска институција све више почела претварати и претворила у орган законодавне власти, или неки други орган за вођење политике, чиме је *de facto* изгубила смисао свога постојања и значаја у очувању Устава и правног поретка. Нажалост и неке друге заједничке институције, попут Предсједништва БиХ, у сфери вођења спољне политике, Министарства иностраних послова БиХ, Суда БиХ, Тужилаштва БиХ и неких других служби насталих одузимањем овлашћења и надлежности од Републике Српске се почеле понашати на бази искустава насталих међународним интервенционизмом и нелегалним понашањем високих представника са јединим циљем потпуне централизације Босне и Херцеговине и потпуног занемаривања Дејтоном успостављене унутрашње структуре ове творевине. Ово би за крајњи исход имало за циљ свођење Републике Српске само на празну љуштуру, без икаквих овлашћења, надлежности и могућности опстанка и изградњу, супротно Дејтону, грађанске државе на принципу један човјек – један глас и Исламске декларације оличеној у политици која је деведесетих година довела до великих сукоба између Срба, Хрвата и Бошњака. У циљу избјегавања будућих сукоба, Дејтонски мировни споразум је не само зауставио овај прљави грађански рат, него и својим анексима, укључујући и Анекс 4 као Устав Босне и Херцеговине, трајно уредио унутрашњу структуру ове бивше југословенске републике на принципу конститутивности Срба, Хрвата и Бошњака и потпуне равноправности Републике Српске и Федерације БиХ. Овако очигледан покушај занемаривања права и друга два конститутивна народа, Срба и Хрвата, и принципа равноправности два ентитета, Републике Српске и Федерације БиХ, би дејтонску Босну и Херцеговину вратио тридесет година уназад, са великим неизвјесностима и могућим посљедицама. Зато је Република Српска на крајње законит и легалан начин доношењем чи-

тавог низа закона о враћању одузетих надлежности, практично отворила питање даље судбине и примјене Дејтонског мировног споразума.

Поступајући на овај начин, Република Српска је, а како је то Дејтоном и предвиђено, предност ставила на унутрашњи фактор, дајући могућности разговора кроз конститутивност и потпуну равноправност сва три народа и два ентитета, као једини могући приступ.

ЛИТЕРАТУРА

1. Арбитражна одлука за област Брчко од 5. марта 1999. године
2. Амандман I на Устав Босне и Херцеговине о провођењу Арбитражне одлуке за област Брчко, Службени гласник БиХ, ПСБиХ, број: 327/09. 26. март 2009. године
3. Витомир Поповић, Владимир Лукић, *Документи Дејтон-Париз*, Институт за међународно право и међународну пословну сарадњу, Бања Лука, 2002.
4. Витомир Поповић, *Арбитража за област Брчко – спор или фарса стољећа*, измијењено и допуњено издање, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2023.
5. Метју Периш, *Слободни град на Балкану*, стр. 144.
6. Споразум о цивилном спровођењу мирног рјешења, тј. Дејтонског мировног споразума.
7. Устав Босне и Херцеговине
8. Adis Merdžanović, *Democracy by Decree, Prospects and Limits of Imposed Consociational Democracy in Bosnia and Herzegovina* (2015)
9. Charles Crawford, *Bosnia: The Bonn Powers Crawl Away to Die* (2011)
10. Ed Vulliamy, *Farewell*. Sarajevo, The Guardian, 2. новембар 2005
11. Tim Banning, *The „Bonn Powers“ of the High Representative in Bosnia i Herzegovina: Tracing a Legal Figment*, Goettingen Journal of International Law (2014) 2, 259-302, на 302.
12. Vitomir Popović, Boris Topić, Slađana Marić, *Nullum crimen, nulla poena sine lege u međunarodnom pravu Bosne i Hercegovine u kontekstu procesuiranja ratnih zločina protiv čovječnosti*, Pravni fakultet Banja Luka, 2008.

UDK 341.231.14:[341.123:342.7

doi 10.7251/PR7125627K

Originalni naučni članak

GLAVNI ORGANI ORGANIZACIJE UJEDINJENIH NACIJA I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Akademik prof. dr Boris Krivokapić¹

***Ancmpakm:** U jamčenju, razvoju, priznanju i zaštiti ljudskih prava na univerzalnom (globalnom) nivou, nezamenjiva je uloga OUN, što je i razumljivo kada se zna da čl. 1/3 Povelje UN među osnovnim ciljevima Organizacije navodi i rešavanje međunarodnih problema, ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode, i unapređenje i podsticanje poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru, U naporima za ostvarenje tog cilja, UN su izgradile sopstveni sistem u kojem posebno mesto imaju određene specijalizovane agencije UN, čitav niz specijalizovanih organa, posebni mehanizmi za zaštitu prava službenika UN i tzv. ugovorna tela UN za ljudska prava. Pošto je u svemu tome veoma mnogo pisano, članak se bavi drugim problemom, koji je u principu takođe dobro poznat, aliprivlači manju pažnju nego što zaslužuje. Radi se o ulozi glavnih organa UN u zaštiti ljudskih prava. To su: 1) Generalna skupština, 2) Savet bezbednosti, 3) Ekonomski i socijalni savet, 4) Starateljski savet, 5) Međunarodni sud pravde i 6) Sekretarijat. U članku je razmotrena pozicija svakog od njih pojedinačno, uz ukazivanje na niz primera iz prakse. U zaključku autor ističe da premda ogroman značaj u materiji ljudskih prava imaju i drugi organi i tela iz sistema OUN, kamen temeljac svega, kao, uostalom, i samih Ujedinjenih nacija, su glavni organi UN, svakod njih na svoj način.*

¹ Akademik, redovni profesor, naučni savetnik, Poslovni i pravni fakultet Univerziteta „MB“ (Beograd) i Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta (Samara, Rusija), krivokapicboris@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-6534-9965.

Da ih nije bilo i da nisu, i pored raznih problema sa kojima su se suočavali i suočavaju se i danas, dali nemerljivi doprinos u ovoj materiji, živeli bismo u bitno drugačijem svetu. Sa druge strane, u kom god pravcu da ode reforma OUN ili ako se umesto UN pojavi neki novi oblik institucionalne saradnje na globalnom nivou, njegovi najvažniji organi će svakako morati da se pored ostalog ozbiljno bave i ljudskim pravima.

Ključne reči: *Ljudska prava, Međunarodno pravo, Ujedinjene nacije, Generalna skupština, Savet bezbednosti*

1. UVOD

Jedna od najvažnijih grana Međunarodnog prava je Međunarodno pravo ljudskih prava. Ponekad se, a sasvim ispravno, naziva i samo „Međunarodna ljudska prava“, a bavi se osnovnim ljudskim pravima i slobodama,² zaštitom posebno ugroženih kategorija ljudi, međunarodnim ustanovama za zaštitu ljudskih prava, nadzorom nad poštovanjem ljudskih prava i dr.³ To obuhvata: 1) pravno regulisanje odn. jamčenje i definisanje ljudskih prava (normiranje), 2) stvaranje uslova za ostvarenje ljudskih prava (implementacija odnosnih normi), 3) sprečavanje kršenja ljudskih prava (prevencija i suzbijanje), 4) naknadu štete zbog kršenja ljudskih prava (kompenzacija odn. satisfakcija) i 5) kažnjavanje zbog kršenja ljudskih prava (represija).

U naše vreme u pitanju je razgranat sistem u čije funkcionisanje, razvoj i zaštitu su uključeni veoma brojni i različiti subjekti počev od država, pre-

² Obično se govori o *ljudskim pravima i slobodama*, sa obrazloženjem da su titulari prava (pojedinci i grupe) ovlašćeni da od vlasti (države) zahtevaju određeno aktivno ponašanje (obezbeđenje tih prava) dok je u drugim slučajevima u pitanju njihova *sloboda* od uplitanja državne vlasti, od koje se traži samo da se ne meša tj. ne ometa uživanje odnosne slobode. Iako privlačna, ova podela ne može biti dosledno sprovedena, pošto se većina prava nalazi negde između. Uostalom, i najvažnije ljudsko pravo – pravo na život - bilo bi prema ovom pristupu i sloboda (zato što se svodi na zahtev da država nezakonito ne poseže za njim) ali i pravo (zato što je država dužna da štiti svačiji život od nezakonitih nasrtaja drugih). Mi ćemo u ovom radu termin „ljudska prava“ koristiti u širem smislu, podrazumevajući pod njim i *prava* i *slobode*.

³ Lillich R., Hurst H., 1995; Donnelly J., 1998; Freeman M., Van Ert G., 2005; Dimitrijević V., Popović D., Papić T., Petrović V., 2007; Macklem P., 2007, 575-604; Gómez I. F., de Feyter K., 2009; De Schutter O., 2012; Moeckli D., Shah S., Harris D., 2014; Bantekas I., Oette L., 2016; Besson S., 2017, 847-870; Donoho D. L., Wilets J., 2023; Paunović M., Kivokapić B., Krstić I., 2023.

ko međunarodnih organizacija, međunarodnih specijalizovanih organa i tela itd. sve do, u krajnjoj liniji, pojedinaca i grupa u meri u kojoj oni raspolažu pravom obraćanja međunarodnim sudovima za ljudska prava i drugim nadležnim telima.

Najveći uspesi na tom polju ostvareni su u Evropi,⁴ a zatim u Americi i Africi, dakle u regionalnim okvirima. Pa ipak, poseban značaj ima ono što je postignuto na univerzalnom (globalnom, svetskom) nivou, i to iz najmanje tri razloga:

1) to su rešenja koja su jedinstvena za sve, što znači da služe ne samo unifikaciji prava u ovoj oblasti, već i predstavljaju osnov za jednak pravni položaj ljudi širim planete;

2) ta rešenja imaju tendenciju da se iz ugovornih tokom vremena pretvore u pravila univerzalnog međunarodnog običajnog prava, što znači da time postanu obavezna za sve⁵ i

3) u Aziji i Okeaniji još uvek nema regionalnih instrumenata i zaštite ljudskih prava poput onoga što je obezbeđeno u Evropi, Africi i Americi, tako da tu rešenja univerzalnog međunarodnog prava ljudskih prava dobijaju poseban značaj.

U zaštiti i razvoju ljudskih prava na globalnom nivou nezamenjiva je uloga Ujedinjenih nacija i njihovih organa i tela. To i ne treba da čudi kada se zna da Povelja UN u čl. 1/3 među osnovnim ciljevima UN navodi: „postizanje međunarodne saradnje rešavanjem međunarodnih problema, ekonomske, socijalne, kulturne ili humanitarne prirode, i unapređenje i podsticanje poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru.”

U naporima za ostvarenje tog cilja, UN su izgradile sopstveni sistem u kojem posebno mesto imaju određene specijalizovane agencije UN (Međunarodna organizacija rada,⁶ UNESCO i dr.), red specijalizovanih organa (Sa-

⁴ De Salvia M., Villiger M. E., 1998; Janis M., Kay R., Bradley A., 2000; Van Dijk P., Van Hoof G. J. H., 2001; Blackburn R., Polakiewicz J., 2001; Merrils J. G., Robertson A. H., 2001; Greer S., C., 2006; Carić S., 2015; Krstić I., Marinković T., 2016; Harris D. J., O'Boyle M., Bates E., Buckley C. M., 2023; Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., 2023, 92-103.

⁵ Krivokapić B., 2012, 35-81.

⁶ Istini za volju, Međunarodna organizacija rada (MOR) je mnogo starija od samih UN. Osnovana je 1919. g., rešenjima Pariske mirovne konferencije, tako što je njen Ustav uključen u mirovne ugovore sa Centralnim silama (deo XIII Versajskog, Senžermenskog i Trijanonskog i deo XII Nejskog ugovora) ali je njen najveći razvoj nastupio tek nakon što

vet za ljudska prava, Visoki komesarijat za ljudska prava, Visoki komesar za izbeglice), posebni mehanizmi za zaštitu prava funkcionera i službenika UN od povreda tih prava unutar sistema UN (Sud UN za sporove, Žalbeni sud UN i Ombudsman UN)⁷i, naročito, tzv. ugovorna tela UN za ljudska prava, koja su osnovana ugovorima zaključenim pod okriljem UN, a sastavljena od nezavisnih eksperata.⁸

O tome je dosta pisano, tako da se ovde nećemo time baviti. Problem na koji ćemo obratiti pažnju je u principu takođe poznat, ali, utisak je, nije privukao pažnju koju zaslužuje. Radi se o ulozi glavnih organa UN u zaštiti ljudskih prava. Da podsetimo, to su: 1) Generalna skupština, 2) Savet bezbednosti, 3) Ekonomski i socijalni savet, 4) Starateljski savet, 5) Međunarodni sud pravde i 6) Sekretarijat. Svi oni imaju određenu mesto u zaštiti ljudskih prava.

Pre nego što pređemo na razmatranje pozicije svakog od pomenutih organa, podsećamo da:

- OUN je u svakom smislu daleko najvažnija međunarodna organizacija u čitavoj istoriji;
- u njenom članstvu su praktično sve postojeće države (njih 193);
- glavni cilj OUNje očuvanje svetskog mira i bezbednosti, a ta pitanja su na mnogo načina u neposrednoj vezi sa ljudskim pravima, zato što: a) mir i bezbednost su priznata ljudska prava; b) dosledno poštovanje ljudskih prava doprinosi očuvanju međunarodnog mira i bezbednosti; c) narušavanje mira neizostavno vodi povredi ljudskih prava; d) staranje o ljudskim pravima je i formalno utvrđeno kao jedan od glavnih ciljeva UN (Povelja UN čl. 1/2-3);⁹
- glavni organi OUN snabdeveni su ovlašćenjima koja im omogućavaju efikasno reagovanje na ugrožavanje svetskog mira i bezbednosti, a grubo kršenje ljudskih prava u nekim slučajevima zaista može dovesti do takve situacije. Primeri su građanski rat u nekoj državi koji prethodi da se izlije preko

je na osnovu sporazuma zaključenog s OUN, 14. 12. 1946, postala prva specijalizovana agencija UN.

⁷ Krivokapić B. 2017, 422-424.

⁸ Alston P., 1992; Heyns C., Viljoen F., 2002; Dimitrijević V., 2004; United Nations, 2012; Egan S., 2013, 209-243; Hunt P., 2017, 489-538; Lentner G. M., 2018; Simović D., Stanković M., Petrov V., 2018, 374-387; Mégret F., Alston P., 2020; Espósito, C., 2023, 486-513; Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., 2023, 78-91.

⁹ Stav 3 člana 1 Povelje smo već naveli. Kada je reč o stavu 2 tog člana on je, iz ugla materije ljudskih prava, važan zato što jamči ravnopravnost naroda i njihovo pravo na samoopredeljenje.

njenih granica, napetost u odnosima između dve države zbog lošeg položaja nacionalne manjine jedne od njih u drugoj i slično;

- ovlašćenja Saveta bezbednosti u vezi sa očuvanjem svetskog mira i bezbednosti (a time u jednom delu i zaštitom ljudskih prava) tiču se i država koje nisu članice UN;

- među glavnim organima OUN je Međunarodni sud pravde, pred kojim je već rešavan niz međudržavnih sporova koji su bili u vezi sa ljudskim pravima;

- OUN je tokom vremena razvila mnoštvo raznih specijalizovanih organa i procedura za zaštitu ljudskih prava, među kojima posebno mesto pripada tzv. ugovornim telima, koja imaju važna nadzorna i druga ovlašćenja;

- ostvarujući svoje funkcije i zadatke u materiji ljudskih prava OUN tesno sarađuje sa državama i drugim relevantnim akterima, kao što su druge međunarodne organizacije, nevladine organizacije i dr.

2. GENERALNA SKUPŠTINA I SAVET BEZBEDNOSTI

Premda OUN ima čest glavnih organa, dva se posebno ističu jer imaju najvažnije funkcije, najveća ovlašćenja i najviše utiču kako na rad i razvoj samih UN, tako i na ono što se događa u međunarodnoj zajednici. U pitanju su Generalna skupština Savet bezbednosti, koji su, da parafraziramo Džordža Orvela iz njegove „Životinjske farme“ (1945) „malo glavniji od drugih glavnih organa UN“.

1. Generalna skupština

To je plenarno telo OUN u kojem su posredstvom svojih stalnih misija predstavljene sve države članice. To je posebno zanimljivo u svetlu činjenice da su među pitanjima koja razmatra Generalna skupština i razni problemi koji se tiču ljudskih prava, kao što su ocean konkretnih situacija, odlučivanje o preduzimanju određenih koraka, razmatranje raznih izveštaja, osnivanje pomoćnih organa od značaja za materiju ljudskih prava itd. Pored toga, države članice mogu se, preko svojih predstavnika, sa govornice Skupštine obratiti samo ostalim članicama, organima i telima UN, već i čitavom svetu (*urbi et orbi*).

Neće se pogrešiti ako se primeti da je revolucionarni napredak u materiji ljudskih prava, koji se dogodio posle Drugog svetskog rata, bio velikim delom posledica pomaka iz kojih je stajala upravo Generalna skupština. Do-

voljno je podsetiti da je onabila ta koja je usvojila Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (1948) za kojom je usledio niz univerzalnih i regionalnih sporazuma u ovoj materiji; da je upravo Generalna skupština rezolucijom 96(I) 1946 zvanično uvela termin "genocid" i precizirala da je reč o teškom međunarodnom zločinu; da je ona nizom svojih rezolucija prvo svedočila o pozicijama svetskog javnog mnjenja u vezi sa određenim pitanjima vezanim za ljudska prava (genocid, rasna diskriminacija, prava deteta, položaj žena itd.) da bi zatim ta pitanja bila pravno uobličena odgovarajućim univerzalnim konvencijama, da je upravo Generalna skupština usvojila tekstove velikog broja međunarodnih sporazuma iz materije ljudskih prava koje su onda države potpisale i ratifikovale itd.

Uloga Generalne skupštine u materiji ljudskih prava je višeslojna i višeznačajna. Tu je pre svega važno ukazati na neke osnovne principe, iz kojih izviru ostala rešenja. Posebno treba pomenuti da je Skupština (čl. 10, 11/2 i 13/1 Povelje UN) nadležna odn. ovlašćena da:

- raspravlja o svim pitanjima ili o svim predmetima u okviru Povelje UN ili o predmetima koji se odnose na ovlašćenja i zadatke svakog Poveljom predviđenog organa i da o svim takvim pitanjima i predmetima daje preporuke članovima UN i Savetu bezbednosti. Pošto su ljudska prava samom Poveljom (čl. 1/3) utvrđena kao jedan od glavnih ciljeva OUN, to samo po sebi znači da je Skupština pozvana da razmatra i rešava i ta pitanja;

- raspravlja o svim pitanjima održanja međunarodnog mira i bezbednosti koja pred nju iznese bilo koji član UN, da daje preporuke o svakom takvom pitanju zainteresovanoj državi ili državama ili Savetu bezbednosti ili i jednim i drugima;

- pokreće proučavanja i daje preporuke u cilju unapređivanja međunarodne saradnje na političkom, ekonomskom, socijalnom, kulturnom, prosvetnom i zdravstvenom polju i „pomaganja ostvarenja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol ili veru.

Ovlašćenja Generalne skupštine koja su od značaja za zaštitu ljudskih prava, su vrlo široka. Između ostalog, Skupština je pozvana da: pokreće proučavanja i daje preporuke u cilju podsticanja progresivnog razvoja međunarodnog prava i njegove kodifikacije (što podrazumeva i kodifikaciju međunarodnog prava ljudskih prava),¹⁰ skrene pažnju Savetu bezbednosti na situacije koje bi mogle ugroziti međunarodni mir i bezbednost (što se odnosi i na situacije u kojima postoji ili pretilo da se dogodi masovno i teško kršenje ljudskih

¹⁰ Uostalom, o tome svedoče već Međunarodni paktovi o ljudskim pravima (1966).

prava); usvaja budžet OUN (njime se predviđaju i rashodi za unapređenje, nadzor i zaštitu ljudskih prava); razmatra i odobrava sve finansijske i budžetske sporazume sa specijalizovanih agencijama UN (to uključuje i one koji se tiču ljudskih prava); daje ovlašćenje organima UN (izuzev Savetu bezbednosti) kao i specijalizovanim agencijama UN da mogu tražiti savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde (i uvezi sa problemima iz materije ljudskih prava); zajedno sa Savetom bezbednosti vrši izbor sudija Međunarodnog suda pravde (koji rešava međudržavne sporove i daje savetodavna mišljenja, od kojih je deo u vezi sa ljudskim pravima); itd.

Posebno valja istaći konkretna ovlašćenja i funkcije Generalne skupštine koji su vezani za nadzor nad ostvarivanjem ljudskih prava, a koji se svode na to da Skupština:

- prima i razmatra godišnje i posebne izveštaje Generalnog sekretara, Saveta bezbednosti i ostalih organa UN (što podrazumeva i izveštaje odn. delove izveštaja koji se tiču ljudskih prava);

- odobrava nacрте ugovora koje izradi Ekonomski i socijalni savet, kao i ugovore koje on zaključi sa specijalizovanim agencijama (što se odnosi i na ugovore iz materije ljudskih prava);

- odobrava sporazume o starateljstvu i njihove izmene i dopune;¹¹

- svojim rezolucijama ukazuje na stanje ljudskih prava u svetu ili u nekoj državi, kao i na određene akutne problema i poziva države da poštuju preuzete međunarodnopravne obaveze, da prestanu sa kršenjem ljudskih prava, da priznaju određena prava itd.;

- prima i razmatra izveštaje ugovornih tela UN iz materije ljudskih prava;

- po prethodnoj preporuci Saveta bezbednosti odlučuje o sankcijama protiv neke članice (suspenzija članskih prava, isključenje iz članstva OUN) što može biti uzrokovano pitanjima koja se neposredno tiču ili su u vezi sa grubim kršenjem ljudskih prava.

Generalna skupština ima niz pomoćnih organa i tela od kojih se neki takođe više ili manje angažuju u vezi sa unapređenjem ljudskih prava i nadzorom nad njihovim poštovanjem.

Posebno se ističu komiteti Generalne skupštine, i to naročito Treći, poznat i kao Komitet za socijalna, humanitarna i kulturna pitanja. On prati i ispituje široki spektar oblasti zaštite ljudskih prava (poštovanje prava i unapređenje položaja žena, dece, izbeglica, invalida, domorodačkih naroda itd.) s tim

¹¹ Sem onih sporazuma koji se odnose na stratejska područja, jer je po Povelji UN za njih isključivo nadležan Savet bezbednosti UN.

da se oslanja na razne mehanizme, kao što su nezavisni eksperti, specijalni izvištaji, radne grupe itd. i tesno sarađuje sa Visokim komesarijatom UN za ljudska prava i Visokim komesarijatom UN za izbeglice.

Među svim pomoćnim organima Generalne skupštine koji su od značaja za unapređenje ljudskih prava i, posebno, nadzor nad poštovanjem ljudskih prava, posebno mesto pripada Savetu za ljudska prava.

To je najvažniji organ UN specijalizovan za ljudska prava. Iako jeste podređen Generalnoj skupštini, ima potrebnu samostalnost. On zasluđuje poseban osvrt, ali ne samo da za to ovde nemamo dovoljno prostora, već bi nas dublje bavljenje Savetom udaljilo od teme ovog rada. Pa ipak, zbog njegove važnosti i vezosa Generalnu skupštinu moramo podsetiti na neke najelemenarnije momente koji se tiču tog organa.¹²

Osnovan je Rezolucijom Generalne skupštine br. 60/251 (2006) umesto Komisije za ljudska prava. Za razliku od Komisije, koja je bila pomoćni organ Ekonomskog i socijalnog saveta (ECOSOK) Savet je pomoćni organ Generalne skupštine. Time mu je ne samo dat veći značaj, već je iskazana ideja da će se on u nekom trenutku transformisati u jedan od glavnih organa UN.¹³

Članovi Saveta, njih 47, su države članice UN. To znači da na njegovim sednicama sede i, u skladu sa instrukcijama dobijenim od svojih vlada, glasaju lica koja su delegirale države.

Ciljevi i zadaci ovog tela su univerzalno (opšte, globalno) unapređenje i zaštita ljudskih prava za sve, bez ikakve diskriminacije, na objektivan, nepristrasan i pravičan način. Ostvarujući svoje funkcije Savet: priprema i usvaja međunarodne dokumente iz materije ljudskih prava, s tim da kada je reč o ugovorima usvaja samo njihove tekstove i poziva države da ih potpišu i ratifikuju, tako da odluka o obavezivanju ostaje u rukama svake pojedinačne države; deluje preventivno, doprinoseći sprečavanju povreda ljudskih prava tako što predstavlja forum za dijalog o tematskim pitanjima; sarađuje sa državama, međunarodnim organizacijama, nevladinim organizacijama za zaštitu ljudskih prava i drugim relevantnim subjektima; podnosi Generalnoj skupštini godišnji izveštaj, upućuje joj preporuke radi daljeg razvoja međunarodnog prava ljudskih prava i nalaze utvrđenog stanja sa sugerisanjem preduzimanja

¹² Više: Chetail V., 2010:193-241; Freedman R., 2013, 208-251; Blanchfield L., 2019; Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., 2023, 80-83.

¹³ Zato i jeste nazvan savetom, kao što je to slučaj sa Savetom bezbednosti, Ekonomskim i socijalnim savetom i Starateljskim savetom. Ostala tri glavna organa UN (Generalna skupština, Međunarodni sud pravde i Sekretarijat) zbog svog specifičnog sastava i karakterističnih funkcija po prirodi stvari nisu mogli biti nazvani savetima.

potrebnih mera; sarađuje sa Visokim komesarom UN za ljudska prava; služi kao dopuna ugovornih tela i ostalih mehanizama za zaštitu ljudskih prava koji postoje u okviru UN; itd.

Poseban značaj u radu Saveta za ljudska prava imaju: 1) procedura po predstavkama, poznata i kao Žalbenaprocedura ili Procedura 5/1, koju je Savet uveo svojom Rezolucijom 5/1 (2007);¹⁴ 2) specijalne procedure, što je zajednički naziv za posebne mehanizme Saveta koji služe prikupljanju podataka i formulisanju ekspertskih mišljenja i preporuka u vezi sa ljudskim pravima u svetu i konkretnim državama¹⁵ i 3) opšti ili univerzalni periodični pregled koji je uveden Rezolucijom 60/251 (2006) kojom je osnovan Savet ta ljudska prava, a predstavlja jedinstvenu procedura koja omogućava da se ispita stanje ljudskih prava u državama članicama UN, što praktično znači u skoro svim državama sveta.

2. Savet bezbednosti

To je izvršni, operativni organ OUN i uz Generalnu skupštinu najvažniji među 6 glavnih organa Organizacije. Za razliku od izvršnih organa većine drugih međunarodnih organizacija, nije podređen plenarnom telu (Generalnoj skupštini) već je samostalan u okvirima svojih posebnih zadataka i ovlašćenja.

Sastoji se od 15 članova - pet stalnih (Francuska, Kina, Rusija, SAD i Velika Britanija) i 10 nestalnih (njih na dve godine bira Generalna skupština UN).

Savet snosi odgovornost za održanje međunarodnog mira i bezbednosti, u skladu sa ciljevima i načelima UN, radi čega su mu poverena posebna ovlašćenja. Između ostalog, nadležan je da ispituje svaki spor i svaku situaciju koja može dovesti do međunarodnog trvenja ili se pretvoriti u spor; preporučuje postupke ili metode za izgladivanje takvih sporova; utvrđuje da li postoji pretnja miru, povreda mira ili agresija i daje preporuke ili odlučuje koje će se mere preduzeti; poziva zainteresovane strane da se povinuju onim privremenim merama za koje smatra da su potrebne ili poželjne; pozove članove UN da primene mere koje ne povlače upotrebu oružane sile; preduzme akciju

¹⁴ Više: *Human Rights Council Complaint Procedure*, United Nations Human Rights Council, www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/complaint-procedure/hrc-complaint-procedure-index.

¹⁵ *Special Procedures of the Human Rights Council*, United Nations Human Rights, www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council.

oružanim snagama koja je potrebna radi održanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti; daje Generalnoj skupštini preporuke u pogledu prijema novih članova, suspenzije članskih prava, isključenja iz članstva, uslova pod kojima nečlanice mogu postati članice Statuta Međunarodnog suda pravde, kao i u vezi sa imenovanjem Generalnog sekretara; učestvuje u izboru sudija Međunarodnog suda pravde; igra ulogu garanta izvršenja presuda Međunarodnog suda pravde; podnosi izveštaje Generalnoj skupštini i dr.

Tako veliki broj zadataka Saveta i njegova fokusiranost prvenstveno na očuvanje mira i bezbednosti (na šta, uostalom, ukazuje već njegov naziv) imaju za posledicu da se ponekad previđa da taj organ ima i određene neposredne veze sa ljudskim pravima, naročito u smislu da je ovlašćen da reaguje u onim slučajevima kada nađe da postoji masovno i teško kršenje ljudskih prava i posebno onda kada oceni da to kršenje predstavlja pretnju svetskom miru.

Bliže gledajući, Savet bezbednosti:

- može da razmatra pitanja koja su vezana za tvrdnju da određena članica UN ili druga država teško krši ljudska prava ili da je dopustila teško kršenje tih prava.¹⁶ U praksi, on se najčešće bavi teškim kršenjima ljudskih prava, posebno na područjima zahvaćenim oružanim sukobima. Ova pitanja na dnevni red Saveta mogu doći tako što ih kandiduju države članice ili se za njih sazna na drugi način. Jedan od primera je Formula Arija;¹⁷

- može, kada proceni da postoji grubi kršenje ljudskih prava, pozvati odnosne strane da odmah prestanu sa takvom praksom, s tim da taj njegov poziv ima karakter preporuke, tj. nije pravno obavezujući;

¹⁶ Tako se npr. Savet bezbednosti 2018. g. bavio poznatim slučajem trovanja u Solsberiju penzionisanog dvostrukog špijuna Sergeja Skripalja i njegove ćerke. Istina, zbog upotrebe tzv. „veta“, nije doneta nikakva konkretna odluka.

¹⁷ Jedan od načina putem kojih se članovi Saveta upoznaju sa slučajevima teškog kršenja ljudskih prava. Oглеda se u tome da Savet sluša svedočenja, primedbe i predloge određenih nevladinih organizacija i drugih nedržavnih subjekata koji uglavnom dolaze „sa terena“. Naziv potiče od prezimena venecuelanskog ambasadora Arije (*Diego Arria*) koji je prvi 1992. godine, u vezi sa krizom u bivšoj Jugoslaviji, organizovao neformalni sastanak (uz kafu) članova Saveta sa sveštenikom iz Bosne i Hercegovine koji im je izneo svoje viđenje strahota kojima je bio svedok. Kontakti Saveta sa predstavnicima nevladinog sektora po ovoj formuli su zatim učestali, tako da se danas ostvaruju redovno, ponekada i nekoliko puta mesečno. Iako su u pitanju neformalni sastanci, oni imaju izvestan službeni karakter utoliko što se odvijaju u prostorijama UN, što ih predsedavajući Saveta bezbednosti najavljuje početkom meseca u sklopu programa rada Saveta, što se u vreme kada se održavaju, ne zakazuju sastanci i konsultacije Saveta bezbednosti i dr. To sugerise da je ovaj mehanizam neobična mešavina neformalnog i formalnog.

- može, kada oceni da je to neophodno, formirati međunarodne oružane snage koje će pomoći žrtvi agresije, razdvojiti sukobljene strane, vršiti preventivnu ulogu u sprečavanju nastanka ili širenja oružanog sukoba, obezbediti sigurnost lokalnog stanovništva i pružiti mu humanitarnu i drugu potrebnu pomoć itd.;

- može, sa pozivom na Glavu VII uvesti sankcije UN nekoj državi, zbog sistematskog, masovnog i grubog kršenja ljudskih prava, posebno onda kada proceni da se time ugrožavaju međunarodni mir i bezbednosti. U tom slučaju te mere dužne su da poštuju sve članice UN. I zaista, praksa pokazuje da je unazad nekoliko decenija Savet sve češće široko tumači kada su ugroženi svetski mir i bezbednost i na toj osnovi donosi obavezujuće odluke, s tim da je počeo da uvodi sankcije ne samo državama već i drugim subjektima, pa čak i grupama i pojedincima;¹⁸

- osnovao je, premda mu takvo pravo nije dato nigde u Povelji UN, dva *ad hoc* međunarodna krivična suda (međunarodne tribunale za bivšu Jugoslavijku i za Ruandu) a onda učestvovao u osnivanju još nekoliko *ad hoc* međunarodnih krivičnih sudova, stvorenih radi gonjenja i kažnjavanja izvršilaca genocida, ratnih zločina, zločina protiv čovečnosti i drugih akata koji suštinski predstavljaju teške povrede ljudskih prava i humanitarnog prava.

Na taj način, mada mu to nije osnovna delatnost, Savet bezbednosti se sve češće bavi i proučavanjem situacija vezanih za kršenje ljudskih prava, saznavanjem činjenica i kažnjavanjem odgovornih strana i pojedinaca ili grupa.¹⁹

Savet ima važne poluge u ovoj materiji i onda kada to nije izričito nagašeno. On može iskoristiti svoja ovlašćenja i u vezi sa kršenjem ili jednostavno odnosom prema ljudskim pravima. Tako npr. može odbiti da Generalnoj skupštini preporuči prijem u članstvo države za koju smatra da drastično krši ljudska prava; može kod preporučivanja Generalnoj skupštini ličnosti novog Generalnog sekretara UN voditi računa o bitnim momentima iz biografije kandidata koji su u vezi sa ljudskim pravima; kao garant izvršenja presuda Međunarodnog suda pravde, može privoleti državu da izvrši presudu Suda koja se tiče materije ljudskih prava; itd.

¹⁸ Tako je npr. Rezolucijom 1672 (2006) od 25. 4. 2006. uveo je sankcije protiv četiri lica umešana u sukobe u građanskom ratu u sudanskoj oblasti Darfur, iako za to nigde nema uporišta u Povelji UN.

¹⁹ Premda već nekoliko decenija u praksi nema teritorija pod starateljstvom, Savet bezbednosti je u principu nadležan za ona područja pod starateljstvo koja su označena kao strateška. To između ostalog, podrazumeva i nadzor na pravnim i stvarnim položajem lokalnog stanovništva.

Poseban značaj ima činjenica da su članovi UN dužni da izvršavaju odluke Saveta, u najmanju ruku one, donete na osnovu Glave VII Povelje UN („Akcije u slučaju pretnje miru, povrede mira i akata agresije“). To Savet čini najmoćnijim organom UN. Svi ostali organi (sem Međunarodnog suda pravde) upućuju državama članicama samo preporuke, koje nisu pravno obavezujuće.

3. OSTALI GLAVNI ORGANI UJEDINJENIH NACIJA

1. Ekonomski i socijalni savet

Čine ga 54 člana UN, koje je izabrala Generalna skupština na period od tri godine.

Ovaj organ, poznat po skraćenom nazivu kao EKOSOK odn. ECOSOC (od eng. *Economic and Social Council*) zadužen je da obavlja ili pokreće proučavanje međunarodnih ekonomskih, socijalnih, kulturnih, prosvetnih, zdravstvenih i srodnih pitanja.

Bliže gledajući, ovlašćen je da:

- priprema izveštaje o međunarodnim ekonomskim, socijalnim, kulturnim, prosvetnim, zdravstvenim i srodnim pitanjima;
- o tim pitanjima daje preporuke Generalnoj skupštini, članovima UN i zainteresovanim specijalizovanim agencijama;
- daje preporuke u cilju unapređenja poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve;
- priprema nacрте konvencija po pitanjima iz svoje nadležnosti, radi njihovog podnošenja Generalnoj skupštini UN;
- saziva međunarodne konferencije o pitanjima iz svoje nadležnosti;
- sklapa sa specijalizovanim agencijama sporazume o njihovom povezivanju sa OUN i usklađuje njihov rad; i dr.

Kada je reč o ljudskim pravima, Povelja UN daje Savetu veća prava i zaduženja nego bilo kom drugom glavnom organu OUN. Uostalom, sam naziv, profil i funkcije ovog organa neposredno se tiču promovisanja i zaštite ljudskih prava, istina, prvenstveno samo ekonomskih, socijalnih i kulturnih.

Ostvarujući svoje funkcije, EKOSOK se oslanja na razne funkcionalne (Komisija za položaj žena, Komisija za stanovništvo i razvoj itd.) i regionalne komisije (Ekonomska komisija za Afriku, Ekonomska i socijalna komisija za Zapadnu Aziju itd.), brojne komitete, ekspertska i druga tela i tesno sarađuje se nekoliko hiljada nevladinih organizacija od koje mnoge imaju kod njega konsultativni odn. partnerski status.

U periodu 1946-2006. g. EKOSOK je imao svoj poseban pomoćni organ - Komisiju za ljudska prava, koja je bila političko, a ne stručno telo (u njoj su sedeli predstavnici država, a ne nezavisni eksperti). Ona je ukinuta 2006, a njena uloga je poverena novom organu - Savet za ljudska prava, koji je, međutim, pomoćno telo Generalne skupštine, a ne EKOSOK.²⁰

Važan pomoćni organ EKOSOK-a je Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna pitanja, koji je EKOSOK osnovao Rezolucijom 1985/17 od 28.5.1985. Radi se o stručnom telu, sastavljenom od 18 nezavisnih eksperata, izabranih od strane EKOSOK na 4 godine, uz mogućnost reizbora. Komitet se sastaje dva puta godišnje, a njegova glavna uloga je da nadgleda ostvarivanje Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966). To prvenstveno čini razmatranjem redovnih petogodišnjih izveštaja država članica, s tim da kada utvrdi povredu Pakta, to konstatuje i u završnim razmatranjima daje preporuke kako da se utvrđeno stanje popravi.

Pored toga, za one države koje su prihvatile Prvi fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (2008)²¹ Komitet je nadležan da prima i razmatra individualne predstavke pojedinaca i grupa koji su pod jurisdikcijom države koja se obavezala Protokolom, a koji tvrde da su žrtve povrede od strane te države bilo kog u Paktu zajamčenog ekonomskog, socijalnog ili kulturnog prava. Za države članice Protokola koje izričito prihvate fakultativnu odredbu iz njegovog čl. 10, Komitet je nadležan da prima i predstavke druge države koja je prihvatila iste te obaveze, kojima se tvrdi da odnosna država ne ispunjava svoje obaveze iz Pakta.

Osim po načinu na koji je osnovan (rezolucijom EKOSOK-a, a ne međunarodnim ugovorom) i načinu izbora njegovih članova (bira ih EKOSOK, a ne članice odnosnog ugovora) Komitet u svemu odgovara položaju, zadacima i ovlašćenjima tzv. ugovornih tela UN za ljudska prava.²²

²⁰ Komisija je tesno sarađivala i sa Visokim komesarijatom UN za ljudska prava, osnovanim 1993, a razvila je i niz sopstvenih mehanizama (radne grupe i specijalni izvestioci za određena pitanja) s tim da je najvažniji bio njen pomoćni organ Potkomisija za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina, koja je, za razliku od Komisije, bila sastavljane od nezavisnih eksperata (njih 26). Potkomisija je 1999. preimenovana u Potkomisiju za unapređenje i zaštitu ljudskih prava, a 2006. je ugašena (kao i sama Komisija) s tim da su njene odgovornosti prenete na Savet za ljudska prava.

²¹ Fakultativni protokol je usvojila Generalna skupština UN krajem 2008, otvoren je za potpisivanje 2009, a stupio je na snagu 2013.

²² Ekspertska tela koja se obično nazivaju komitetima, čije osnivanje i status su regulisani nekim univerzalnim ili regionalnim ugovorom iz materije ljudskih prava i čiji sastav čine nezavisni eksperti koji u okviru poverenih im ovlašćenja nadziru kako države članice

2. Starateljski savet

To je organ specijalizovan za pitanja starateljstva (čl. 75-85 Povelje UN). Radi pod okriljem Generalne skupštine i pomaže joj pri izvršavanju zadataka UN u odnosu na sporazume o starateljstvu za sva područja koja nisu označena kao strategijska.²³ Za razliku od ostalih glavnih organa UN nema unapred utvrđen broj članova, već on zavisi od konkretnih okolnosti.²⁴

Savet je suspendovao svoj rad još od 1.11.1994. Razlog tome je nedostatak teritorija pod starateljstvom - svih 11 teritorija nad kojima je vršeno starateljstvo do tada je steklo nezavisnost i primljeno u UN. U skladu s tim, Savet je 2004. g. izmenio svoj poslovnik, precizirajući da više neće imati redovne sednice već da će se sastajati kada to bude potrebno.

Iako je, prema izloženom, Starateljski savet u izvesnom smislu prevažan, on nije ukinut, tako da je u principu i dalje jedan od glavnih organa OUN. Uostalom, ne može se sa sigurnošću tvrditi da se potreba za njim neće opet javiti u budućnosti. I ako to nalože okolnosti, i u XXI v. određene teritorije mogu biti stavljene pod starateljstvo. To je razlog više da ne zanemarujemo ovaj organ.

Kada je reč o njegovoj ulozi u materiji ljudskih prava, dovoljno je podsetiti da su ovlašćenja Saveta u tesnoj vezi sa položajem lokalnog stanovništva odnosno sa poštovanjem njihovih opštih i posebnih ljudskih prava. Između ostalog, Savet je nadležan za:

- razmatranje godišnjih i drugih izveštaja starateljskih (upravnih) vlasti;
- primanje i razmatranje peticija stanovništva teritorija pod starateljstvom;
- povremeno obilaženje tih teritorija;

ispunjavaju preuzete obaveze. Kada je reč o takvim telima u okviru sistema UN (Komitet za ljudska prava, Komitet protiv mučenja, Komitet za prava deteta itd.) ona nisu deo organizacione strukture Organizacije komiteti ali su na razne načine povezani sa OUN. Ona pokrivaju njihove troškove, pruža im administrativne usluge, obezbeđuju prostorije za rad i dr., dok su komiteti, zauzvrat, u obavezi da preko EKOSOK podnose Generalnoj skupštini izveštaje o svom radu.

²³ Strategijska područja su u nadležnosti Saveta bezbednosti.

²⁴ Prema Povelji UN, Savet sačinjavaju: a) članovi UN koji upravljaju teritorijama pod starateljstvom; b) stalni članovi Saveta bezbednosti koji ne upravljaju tim teritorijama; c) ostali članovi koje bira Generalna skupština na 3 godine, a kojih ima onoliko koliko je potrebno da bi se obezbedilo da ukupan broj članova Saveta bude podeljen između onih članova UN koji upravljaju teritorijama pod starateljstvom i članova koji tim teritorijama ne upravljaju.

- sastavljanje upitnika o političkom, ekonomskom, socijalnom i prosvetnom napretku stanovnika teritorija pod starateljstvom, na osnovu kojeg upravna vlast svake teritorije pod starateljstvom podnosi godišnji izveštaj Generalnoj skupštini;
- preduzimanje drugih mera u skladu sa odredbama sporazuma o starateljstvu.

Dakle, kada je reč o ljudskim pravima, uloga Starateljskog saveta je ograničena na nekoliko načina: 1) materijom za koju je nadležan, što znači da se može ticati samo prava stanovnika teritorija pod starateljstvom; 2) obimom ovlašćenja – ako upravna vlast krši ili neobezbeđuje na pravi način prava stanovnika teritorije kojom upravlja, Savet u principu može samo da je smeni; 3) činjenicom da Starateljski savet realno ne funkcioniše već više od 30 godina. Sa druge strane, ako se za tim javi potreba, starateljski mehanizam može se u principu uspostaviti u odnosu na nove teritorije, kao što se, izmenama i dopinama Povelje UN, unošenjem posebnih odredbi u ugovore o starateljstvu i dr. taj mehanizam može unaprediti i iskoristiti kao, između ostalog, specifičan način za obezbeđenje i zaštitu određenih ljudskih prava.

U potvrdu tome dovoljno je podsetiti da Povelja UN (čl. 76) precizira da su osnovni ciljevi sistema starateljstva UN da:

a) učvršćuje međunarodni mir i bezbednost (što je u vezi sa pravom na mir, pravom na bezbednost, pravom na život i dr.);

b) unapređuje politički, ekonomski, socijalni i prosvetni napredak stanovništva teritorija pod starateljstvom i njihov progresivni razvoj u pravcu samouprave ili nezavisnosti, kako to odgovara posebnim uslovima svake teritorije i njenih naroda i slobodno izraženoj želji zainteresovanih naroda kao i uslovima svakog sporazuma o starateljstvu (što je, između ostalog, vid prava naroda sa samoopredeljenjem);

c) podstiče poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru, kao i da podstiče osećanje međusobne zavisnosti naroda sveta (dakle, da doprinosi poštovanju osnovnih ljudskih prava uopšte) i

g) obezbedi podjednako postupanje u socijalnim, ekonomskim i trgovinskim pitanjima prema svim članovima UN i njihovim državljanima, kao i podjednako postupanje sa ovim poslednjim u izricanju pravde (pravo na jednakost, zabrana diskriminacije, pravo na pravično suđenje i dr.).

3. Međunarodni sud pravde

To je glavni sudski organ Ujedinjenih nacija.

Ako ostavimo po strani Sekretarijat koji čine funkcioneri i službenici, koji rade u ime i u interesu UN, svi ostali glavni organi OUN su politički, u smislu da u njima sede predstavnici država članica koji glasaju po instrukcijama svoje vlade. Za razliku od njih, Sud je pravni organ, sastavljen od 15 nezavisnih sudija izabranih uličnom svojstvu. Ne samo da sudije ne rade u ime neke vlade, već je njihova izričita obaveza da svoje funkcije vrše nezavisno, na bazi međunarodnog prava, bez ikakvih uticaja ili pritiska sa bilo koje strane. To bi trebalo da u što većoj meri smanji uticaj politike na rad Suda.

Sud ima dvostruku funkciju: 1) rešava sporove između država i 2) daje savetodavna mišljenja o pravnim pitanjima koja mu se postavljaju.

Bliže gledajući, strane u sporu mogu biti samo države. Sud je nadležan za sve sporove koje države iznesu pred njega, pod uslovom da su obe strane prihvatile njegovu nadležnost. Presuda ima obavezujuću snagu za strane u sporu. Ako neka od njih ne ispuní obaveze koje na njoj leže prema presudi Suda, druga se može obratiti Savetu bezbednosti koji će, ako smatra potrebnim, dati preporuke ili odlučiti o merama koje treba preduzeti da bi se presuda izvršila.

Kada je reč o savetodavnim mišljenjima, Generalna skupština i Savet bezbednosti mogu tražiti od Suda savetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju. Savetodavno mišljenje mogu tražiti i drugi organi UN i specijalizovane agencije UN, ali uz dva ograničenja: 1) samo kada ih Generalna skupština na to ovlasti i 2) samo o pravnim pitanjima iz okvira svoje nadležnosti.

Sud nije dužan da da savetodavno mišljenje – on može odlučiti i da to ne učini. I onda kada ga da, njegovog savetodavno mišljenje nema pravno obavezujuću svagu. Ipak, zbog stručnog i moralnog autoriteta Suda, ono uživa veliki autoritet, pa se savetodavna mišljenja Suda pažljivo proučavaju, citiraju i koriste kao argumenti u raznim polemikama i postupcima.

Kada je reč o ljudskim pravima, ne samo da Sud u principu može rešavati predmete iz tog domena, već je to niz puta činio u praksi.

Suprotno onome što postoji kod Evropskog suda za ljudska prava i drugih takvih sudova, žrtve kršenja ljudskih prava ne mogu pokretati nikakve postupke pred Međunarodnim sudom pravde. Međutim, zbog istog ili sličnog činjeničnog stanja spor pred Sudom, može pokrenuti zainteresovana država. To će naročito biti slučaj kada ona, sa pozivom na institut diplomatske zaštite, preuzme stvar svojih državljana.²⁵

²⁵ O njemu je već bilo reči.

Kada je reč o praksi,²⁶ Sud je rešavao niz međudržavnih sporova odn. dao je jedan broj savetodavnih mišljenja koji su bili u neposrednoj ili posrednoj vezi sa ljudskim pravima – tako što su se ticali rasne diskriminacije, prava naroda na samoopredeljenje, kulturnih prava, prava na zdravu životnu sredinu, prava stranaca, prava na azil, pitanja ekstradicije, određenih pitanja u vezi sa krivičnim postupcima itd.²⁷ Dovoljno je primetiti da se Sud samo zločinom genocidabavio u nizu sporova,²⁸ da je dao nekoliko savetodavnih mišljenja u vezi sa pravom naroda na samoopredeljenje²⁹ i dr.

Ukratko, premda su ljudska prava samo mali deo onoga za šta je nadležan, Međunarodni sud pravde je važan stub zaštite tih prava na univerzalnom (svetskom) nivou.

4. Sekretarijat

1. Generalni sekretarijat UN. To je administrativni organ koji obavlja usluge za sve druge organe UN, sprovodi njihove odluke, priprema, prevodi, čuva, objavljuje i distribuira odluke, izveštaje i druge dokumente, upravlja mirovnim operacijama, posreduje u međunarodnim sporovima, priprema studije i analize, prima poštu itd. Sačinjavaju ga Generalni sekretar i potrebno osoblje, koje imenuje Generalni sekretar prema posebnim pravilima.

Vršeći poverenu mu ulogu, Sekretarijat prima razvrstava, šalje, prevodi, umnožava itd. razne podneske i druge dokumente, uključujući one koji se odnose na ljudska prava. Međutim, kao administrativni (tehnički) organ, on po prirodi stvari sam nema nikakva posebna ovlašćenja u ovoj materiji – ne vrši nikakve istrage, ne donosi nikakve odluke itd.

Ipak, i Sekretarijat ponekad igra određenu ulogu, što je slučaj npr. kada u prvoj fazi razmatra individualne predstavlke u skladu sa nekom od predviđe-

²⁶ Spisak svih predmeta pred Sudom vidi na: *List of All Cases*, International Court of Justice, www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases.

²⁷ Chetail V., 2003, 235-269; Crook J. R., 2004, 1-8; Bedi S.R.S., 2007; Higgins R., 2007, 745-751; Ghandhi S., 2011, 527-555; Wilde R., 2013, 639-677; Simma B., 2013, 577-603; Polimenopoulou E., 2014, 447-464; Gowlland-Debbas V., 2015, 109-145; Rieter E., 2019, 19-50.

²⁸ Sporovi između Bosne i Hercegovine i Srbije i Crne Gore (1993), Hrvatske i Srbije (1999), Afrike i Izraela (2023), Gambije i Mjanmara (2024), Sudana i Ujedinjenih Arapski Emirata (2025).

²⁹ Slučaj jednostranog proglašenja nezavisnosti Kosova (2008), slučaj arhipelaga Čagos (2017).

nih procedura po predstavkama koje su prispele u sedište UN.³⁰ Radeći obično u saradnji sa predsedavajućim nadležne radne grupe, Sekretarijat je ovlašćen da odbije predstavku koja je očigledno neosnovana. On, dakle, ne odlučuje o suštini (meritumu) jer to izlazi izvan njegove stručnosti i kompetencija, ali ipak učestvuje u nekim postupcima. Na sve semože gledati i drugačije – u onim slučajevima koji se ne završe odbacivanjem predstavke, učesnik Sekretarijata ubrzava postupak, doprinoseći bržem usvajanju odluke, što može biti važno za pravovremeno reagovanje.

2. Generalni sekretar UN. Stvari stoje drugačije kada je u pitanju Generalni sekretar UN. Njegova uloga je posebna jer je on istovremeno inajviši administrativni službenik OUN, i najvažniji politički funkcioner Organizacije.³¹ Kao takav, on, između ostalog:

- učestvuje na svim sastancima Generalne skupštine, Saveta bezbednosti, EKOSOK-a i Starateljskog saveta i obavlja sve funkcije koje mu poveriti organi;

- tumači odredbe Povelje UN i tumači i obrazlaže rezolucije i stavove Saveta bezbednosti. To podrazumeva i odredbe odn. odluke koji su u vezi sa ljudskim pravima;

- podnosi Generalnoj skupštini godišnji izveštaj o radu OUN (obuhvata i pitanja od značaja za zaštitu ljudskih prava);

- može skrenuti pažnju Savetu bezbednosti na svako pitanje koje po njegovom mišljenju može ugroziti očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti (to podrazumeva i ono pitanje koje je u vezi sa teškim stanjem odn. kršenjem ljudskim prava);

- u okviru svog godišnjeg izveštaja i na druge načine predlaže teme i zadatke kojima će se baviti Organizacija (to se odnosi i na ljudska prava);

- predlaže osnivanje novih tela i službi (izmeđuostalog, i u domenu ljudskih prava);

- savetuje se sa svetskim liderima (po potrebi, i o problemima u vezi sa ljudskim pravima);

- iznosi predloge za rešavanje osetljivih međunarodnih situacija i kriza (uključujući one na neki način vezane za ljudska prava);

- proučava određena posebna pitanja od opšteg interesa i tim povodom

³⁰ Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., 2023, 117-119.

³¹ Poređenja radi, funkcije predsedavajućeg Generalne skupštine i predsedavajućeg Saveta bezbednosti svode se na rukovođenje sastancima tih tela, vremenski su ograničene i ne obuhvataju ovlašćenja koja ima Generalni sekretar UN.

objavljuje studije. Neke od njih neposredno se odnose na ljudska prava, konkretno na prava žena, dece, zaštitu nacionalnih manjina itd.;

- samoinicijativno se (bez posebnog ovlašćenja dobijenog od Generalne skupštine i Saveta bezbednosti) uključuje u rešavanje međunarodnih sporova tako što pruža dobre usluge, preuzima ulogu posrednika odn. miritelja, arbitra, predlaže anketne (istražne) komisije itd. Ovo je važno napomenuti zato što ti sporovi mogu biti u tesnoj vezi sa ljudskim pravima, kao npr. u slučaju onih koji se tiču položaja nacionalnih manjina, teškog kršenja prava državljanina jedne države od strane organa druge države i slično.

3. Ljudska prava službenika UN. Poseban problem je uloga Generalnog sekretara i Sekretarijata koja proističe iz činjenice da OUN ima sopstvene zaposlene (funkcionere i službenike) čija ljudska prava mogu biti povređena od strane neke države, od strane drugih (npr. kvazidržavnih) subjekata, pa čak i od strane nekih organa i tela same OUN. Mada se o tome nerado priča, događa se da su lica koja su zaposlena od strane UN odnosno rade za njih, žrtve raznih napada i kršenja svojih prava, kao što su povreda prava iz radnih odnosa, povreda prava na zdravlje, diskriminacija na poslu, seksualna eksploatacija i iskorišćavanje, mučenje i dr. Deo tih problema, posebno onih koji su u vezi sa krivičnim delima, zahteva mnogo ozbiljnije reagovanje, ali se deo rešava nekim drugim mehanizmima i procedurama koje su UN izgradile za borbu protiv tih negativnih pojava.

Ako je učinilac neko lice iz sistema UN, ono, zbog svog statusa, ima pripadajuće mu privilegije i imunitete, a takve imunitete ima i sama Organizacija. Tačno je da Generalni sekretar može skinuti imunitet sa svakog funkcionera i službenika UN (u odnosu na njega samog to može učiniti Savet bezbednosti) ali ako se ili dok se to ne učini,³² žrtve kršenja ljudskih prava nemogu pokrenuti postupak pred nacionalnom sudom neke države (pa ni države sedišta Organizacije ili države u kojoj je izvršeno kršenje prava) ni protiv prekršioca, ni protiv OUN, zato što ovi uživaju imunitete. Stoga su u praksi stvoreni drugi mehanizmi.

Između ostalog, uz lično angažovanje Generalnog sekretara UN,³³ u novije vreme stvoreni su: Advokat za prava žrtava (eng. *Victim's Rights Advo-*

³² U principu uvek je moguće da iz nekog razloga, obično političkog, takva odluka ne bude doneta. Npr. ako bi se radilo o skidanju imuniteta sa Generalnog sekretara odluka bi mogla biti sprečena tzv. „vetom“ nekog od stalnih članova Saveta bezbednosti.

³³ Pored toga što je sam preduzeo određene mere, Generalni sekretar je motivisao i druge organe i organizacije iz sistema UN (Generalnu skupštinu, Visokog komesara za izbeglice, UNICEF i dr.) da donesu sopstvene akte i preduzmu korake u cilju borbe protiv ovih oblika kršenja ljudskih prava.

cate), rukovodeća grupa na visokom nivou za sprečavanje seksualne eksploatacije i zlostavljanja i razne radne grupe i tela; imenovani su Specijalni koordinator za unapređenje odgovora UN na slučajeve seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja (eng. *Special Coordinator on Improving the UN Response to Sexual Exploitation and Abuse*) i regionalni koordinatori za preventivni rad i razgovore sa mirovnjacma i lokalnim stanovništvom; stvoren je poseban fond za pružanje pomoći žrtvama silovanja i seksualnog zlostavljanja iz kojeg se finansiraju projekti koji imaju za cilj da žrtvama seksualne eksploatacije i zlostavljanja povrate dostojanstvo, omoguće im da steknu nove veštine (npr. obuka za šnajderke) i poprave životni standard; preduzete su posebne mere za zaštitu dece; obezbeđeno je pružanje besplatne pravne pomoći ženama i devojčicama u postupku ostvarivanja njihovih prava kao i u postupku utvrđivanja očinstva deteta čiji je otac neki mirovnjak UN; itd.³⁴ To su složena i često specifična pitanja, koja ponekad izlaze izvan uskog shvatanja ljudskih prava, ali koja su, opšte uzev, i te kako deo te materije.

4. ZAKLJUČAK

Organizacija ujedinjenih nacija je stvorena kao sistem kolektivne bezbednosti. Stalno valja imati na umu da je to je osnovni i glavni smisao njenog osnivanja i postojanja. Tačno je da promovisanje ljudskih prava spada među najvažnije ciljene Organizacije, ali ona nije zamišljena kao aparat posvećen toj problematici. Primarni cilj UN je obezbeđenje svetskog mira i bezbednosti, a svi ostali ciljevi, među njima i podsticanje poštovanja ljudskih prava, služe toj osnovnoj svrsi – učvršćenju opšteg mira.

Međutim, tokom godina, materija ljudskih pravadobilaje veoma važno mesto u radu Ujedinjenih nacija. One su stvorile i razvile snažnu organizaciju i normativnu bazu koja je presudno doprinela da na univerzalnom nivou sve u vezi sa ljudskim pravima bude na neuporedivo višem nivou nego ikada pre. To podrazumeva definisanje i jamčenje osnovnih i posebnih ljudskih pra-

³⁴ Neke od ovih procedura su namenjene prvenstveno žrtvama izvan sistema UN (iz redova lokalnog stanovništva zemalja u kojima su misije UN) protiv kojih su nezakonite aktepočinila lica povezana sa UN (najčešće su to pripadnici mirovnih misija UN) ali se deo odnosi i na onalica koja su (npr. po osnovu ugovora o radu na određeno vreme) i same angažovana unutar sistema UN, a žrtve su zlodela izvršenih od lica koja su službenici UN (njihovi šefovi ili kolege) ili su na drugi način povezani sa UN (npr. silovanja, diskriminacija i dr. unutar samih mirovnih i drugih misija UN – od strane jednih pripadnika misije prema drugima).

va, njihov dalji razvoj, nadzor nad njihovim poštovanjem itd. U tome je nesporna ogromna zasluga UN pred čovečanstvom.

Premda važna uloga u svemu tome pripada i drugim organima, telima, mehanizmima i postupcima iz sistema OUN, kamen temeljac svega, kao, uostalom, i samih Ujedinjenih nacija, su glavni organi UN, svako od njih na svoj način. Da njih nije bilo i da oni nisu, i pored raznih problema sa kojima su se suočavali i suočavaju se i danas, dali svoj doprinos u ovoj materiji, živeli bismo u bitno drugačijem svetu. Sa druge strane, u kom god pravcu da ode reforma OUN, pa čak i ako dovede do gašenja UN, umesto njih, pojave nekog novog oblika institucionalne saradnje na globalnom nivou, njegovi najvažniji organi će neizostavno morati da se, između ostalog, ozbiljno bave i ljudskim pravima.

LITERATURA

1. Alston Philip, ed. (1992) *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Clarendon Press, Oxford
2. Bantekas Ilias, Oette Lutz (2016) *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press
3. Bedi Shiv RS (2007) *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Hart Publishing
4. Besson Samantha (2017) "Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law", in: S. Besson, J. D'Aspremont Jean, S. Knuchel (eds.), Oxford University Press, 847-870
5. Blackburn Robert, Polakiewicz Jörg, eds. (2001) *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States 1950-2000*, Oxford University Press
6. Blanchfield Luisa (2019) "The United Nations Human Rights Council: Background and Policy Issues", Congressional Research Service, Updated February 26, 2019, www.everycrsreport.com/files/20190226_RL33608_9b669f3ab69085764cd34dff6fdb7dc3a92faf1.pdf
7. Carić Slavoljub (2015) *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd
8. Chetail Vincent (2003) „The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross*, No. 850, 235-269

9. Chetail Vincent (2010) "The Human Rights Council and the Challenges of the United Nations System on Human Rights: Towards a Cultural Revolution?", *International Law and the Quest for Its Implementation: Liber Amicorum*, V. Gowlland-Debbas, L. Boisson de Chazournes & M. Kohen (eds.), Brill, pp. 193-241, <https://ssrn.com/abstract=1647746>
10. Crook John R. (2004) „The International Court of Justice and Human Rights“, *Northwestern Journal of International Human Rights*, No. 1, 1-8
11. De Salvia Michele, Villiger Mark E., eds. (1998) *The Birth of European Human Rights Law*, Baden-Baden
12. De Schutter Olivier (2012) *International Human Rights Law*, Cambridge University Press
13. Dimitrijević Vojin et al. (2007) *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd
14. Donoho Douglas Lee, Wilets James (2023) *International Human Rights Law*, Carolina Academic Press
15. Donnelly Jack (1998) *International Human Rights*, Westview Press
16. Egan Suzanne (2013) "Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Bodies System", *Human Rights Law Review*, Vol. 13, No. 2, 209-243
17. Espósito, Carlos (2023) "The International Court of Justice and Human Rights", in: C Espósito, K Parlett (eds.) *The Cambridge Companion to the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 486-513
18. Freeman Mark., Van Ert Gibran (2005) *International Human Rights Law*, Irwin Law
19. Freedman Rosa (2013) "The United Nations Human Rights Council: More of the Same?", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 31, No. 3, 208-251, https://wilj.law.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/1270/2014/01/Freedman_final_v2.pdf
20. Ghandhi Sandy (2011) „Human Rights and the International Court of Justice The *Ahmadou Sadio Diallo* Case“, *Human Rights Law Review*, No. 3, 527-555
21. Gómez Isa Felipe, de Feyter Koen (2009) *International Human Rights Law in the Global Context*, University of Deusto, Bilbao
22. Gowlland-Debbas Vera (2015) "The ICJ and the challenges of human rights law", in: M. Andenas & E. Bjorge (eds.) *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, Cambridge University Press, 109-145

23. Greer Steven C. (2006) *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press
24. Harris David J., O'Boyle Michael, Bates Edward, Buckley Carla M. (2023) *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press
25. Heyns Christof, Viljoen Frans, eds. (2002) *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, Kluwer Law International
26. Higgins Rosalyn (2007) "Human Rights in the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law*, No. 4, 745-751
27. *Human Rights Council Complaint Procedure*, United Nations Human Rights Council, www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/complaint-procedure/hrc-complaint-procedure-index
28. Janis Mark, Kay Richard, Bradley Anthony (2000) *European Human Rights Law – text and materials*, Oxford University Press
29. Krivokapić Boris (2012) "Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu", *Megatrend revija*, No. 3, 35-81
30. Krstić Ivana, Marinković Tanasije (2016) *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd
31. Lentner Gabriel M. (2018) *The UN Security Council and the International Criminal Court*, Elgar International Law series
32. Lillich Richard, Hurst Hannum (1995) *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice*, Boston
33. *List of All Cases*, International Court of Justice, www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases
34. Macklem Patrick (2007) "What is International Human Rights Law? Three Applications of the Distributive Account", *McGill Law Journal*, Vol. 52, 575-604
35. Mégret Frederic, Alston Philip, eds. (2020) *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Oxford University Press
36. Merrills J. G., Robertson A. H. (2001) *Human Rights in Europe: A Study of the ECHR*, Juris Publishing
37. Moeckli Daniel, Shah Sangeeta, Harris David, eds. (2014) *International Human Rights Law*, Oxford University Press
38. Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana (2023) *Međunarodna ljudska prava*, Beograd

39. Polimenopoulou Eleni (2014) „Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice“, *Leiden Journal of International Law*, No. 2, 447-464
40. Rieter Eva. (2019) “The International Court of Justice and Its Contribution to Human Rights Law”, in: S. Kadelbach, T. Rensmann, E. Rieter, (eds) *Judging International Human Rights*, Springer, 19-50
41. Simma Bruno (2013) “Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?”, in: C. J. Tams & J. Sloan (eds.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 577-603
42. *Special Procedures of the Human Rights Council*, United Nations Human Rights, www.ohchr.org/en/special-procedures-human-rights-council
43. Van Dijk P., Van Hoof G. J. H. (2001) *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo
44. Wilde Ralph (2013) „Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice’s Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties“, *Chinese Journal of International Law*, No. 2, 639-677

Prof. Dr. Boris Krivokapić³⁵

MAIN NATIONS BODIES AND HUMAN RIGHT PROTECTION

Summary: *In guaranteeing, developing, recognizing and protecting human rights at the universal (global) level, the role of the OUN is irreplaceable. It is understandable when we know that Art. 1/3 of the UN Charter states among the fundamental goals of the Organization is to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all, without distinction as to race, sex, language or religion. In efforts to achieve that goal, the UN has built its own system in which certain specialized UN agencies, a whole series of specialized bodies, special mechanisms for the protection of the rights of UN officials and the so-called human rights treaty bodies have a special place. Since a lot has been written about all this, the article deals with another problem, which in principle is also well known, but attracts less attention than it deserves. It is about the role of the main organs of the UN in the protection of human rights. These are: 1) General Assembly, 2) Security Council, 3) Economic and Social Council, 4) Trusteeship Council, 5) International Court of Justice and 6) Secretariat. The article discusses the position of each of them individually, giving a number of examples from practice. In conclusion, the author points out that although other bodies from the OUN system have enormous importance in the matter of human rights, the cornerstone of all, as, after all, of the United Nations itself, are the main organs of the UN, each one in his own way. If they had not been there and if they had not, despite the various problems they faced and are still facing today, make their immeasurable contribution to this matter, we would live in a significantly different world. On the other hand, in whatever direction the UN reform goes or if a new form of permanent institutional cooperation appears instead of the UN, its most important organs will definitely have to seriously deal with human rights, among other things.*

Keywords: *Human rights, International law, United Nations, General Assembly, Security Council*

³⁵ Academician, full professor, scientific advisor, Faculty of Business and Law, University of "MB" (Belgrade) and Faculty of Law, Samara National University (Samara, Russia), krivokapicboris@yahoo.com.

ЈЕДИНСТВЕНА ПРИМЕНА ИЗВОРА У МЕЂУНАРОДНОЈ АРБИТРАЖИ: ДОМЕТИ И ГРАНИЦЕ НАЧЕЛА САВЕСНОСТИ

Проф. др Александар Љ. Ћирић¹

Апстракт: Чланак анализира примену и тумачење извора права у међународној трговинској арбитражи, са посебним освртом на потребу за једнообразношћу и улогу начела савесности и поштења. Полазећи од хибридне природе арбитражних извора, који обухватају и тврдо право (*hard law*) и норме меког нормативитета (*soft law*), аутор разматра нормативне, функционалне и теоријске аспекте примене униформних стандарда у арбитражној пракси. Посебна пажња посвећена је појави *homeward trend*, као изазову једнообразном тумачењу, као и корективној функцији начела савесности. Анализа се заснива на пракси трговинских арбитража, одредбама CISG, UNIDROIT Principles и одлукама попут *Phoenix Action v. Czech Republic*. Рад заговара холистички и интернационално доследан приступ у примени унификованих извора, као предуслов за правну сигурност, фер поступање и легитимитет арбитраже као алтернативног механизма решавања спорова.

Кључне речи: Међународна трговинска арбитража; *lex mercatoria*; Унификација и тумачење права; *Homeward trend*; Начело савесности и поштења; Бечка конвенција; Правна сигурност; *Forum shopping*; Арбитражна пракса.

¹ Редовни професор универзитета, у пензији, Република Србија

1. УВОД

Арбитражни споразум уговорних страна о надлежности арбитраже за решавање међународног трговинског спора представља конститутивни акт надлежности арбитраже, а истовремено и акт дерогације надлежности државних судских органа. Дакле, међународна трговинска арбитража, као судски недржавни орган за решавање трговинских спорова, сужава обим надлежности државних судова.

Међународна трговинска арбитража у поступку решавања спорова примењује правне норме из различитих извора: првенствено из самог уговора уговорних страна (*pacta sunt servanda*), у складу са арбитражним споразумом, као и применљивог материјалног права (*lex contractus*), које се одређује споразумом странака или на основу других критеријума.

Правни системи различитих држава се, у већој или мањој мери, разликују у регулисању истоветних односа, што у пракси доводи до бројних несугласица и спорова који негативно утичу на правну извесност у међународној трговини и, посебно, у арбитражним поступцима.

Ради ублажавања негативних утицаја тих разлика, на међународном плану се спроводе процеси хармонизације и унификације правних правила која уређују међународне трговинске односе (МТО). Предмет ових процеса су материјалне, процесне и колизионе норме, које обухватају и опште и пословне МТО. Њихова вредност заснива се на уверењу да ће трговачка активност расти у обиму и квалитету уколико се смање разлике у националним регулативама. Унификација и хармонизација смањују трошкове пословања и доприносе правној сигурности.² Посебну улогу у овом процесу имају униформна међународна правила, међународни споразуми и конвенције, међу којима истакнуто место заузима Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (*CISG*, 1980), која је ратификована у 97 држава света.³

² Погледати детаљније разлике између хармонизације и унификације у праву: унификација подразумева потпуно поистовећивање правних норми путем јединствених међународних аката који замењују националне прописе, док хармонизација тежи усаглашавању циљева и структура прописа, уз очување нормативне аутономије држава. О овоме детаљније: Александар Ћирић, Међународно трговинско право, општи део, Правни факултет Ниш, 2012, стр. 33-45.

³ Статус ратификованих држава доступан на: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status, сајт посећен 27. 5. 2025.

Члан 7(1) *CISG*, који има улогу тумачења, истиче: „При тумачењу ове Конвенције води се рачуна о њеном међународном карактеру и о потреби унапређења једнообразног тумачења приликом примене и о поштовању савесности у међународној трговини”.⁴

Међународни трговински односи се суочавају са противречностима које произлазе из интернационалне природе трговине и разлика у националним правима. *CISG* формално не намеће општу обавезу странака на поступање по начелу савесности. Ова теза је потврђена у релевантној литератури која указује да члан 7(1) ограничава примену овог начела на тумачење саме Конвенције, а не као општи захтев у свим фазама уговора.⁵

Овај рад се заснива на упоредној анализи арбитражне праксе, теоријских приступа у области унификације права и функционалној примени принципа савесности у спорним ситуацијама. Примарни фокус је на изворима попут *CISG*, *UNIDROIT* и арбитражним одлукама са прекограничним елементом.

У наставку рада биће представљени и анализирани примери из међународне арбитражне праксе који показују (не)примену начела савесности и поштења, као и феномен *forum shopping*-а као изазов арбитражној етици и правној сигурности.

2. О изворима права међународне трговинске арбитраже

Међународну трговинску арбитражу одликује плурализмом извора и изостанак строге хијерархије која је својствена националним правним системима. Не постоји јединствен законодавни оквир на глобалном нивоу који на исцрпан и јединствен начин уређује односе у материји МТО, као и у поступцима решавања спорова из тих односа. Постојећа регулатива се заснива на више различитих извора, како државних тако и недржавних.

Формалним изворима припадају међународни уговори и конвенције, као и национални прописи које државе доносе у циљу уређења

⁴ UNCITRAL, *Article 7 of the CISG*, у: *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Text and Guide*, New York: United Nations, 2016, доступно на: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf, приступљено 26. 5. 2025.

⁵ Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (уп.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, стр. 130–131.

међународних пословних односа. Са друге стране, постоје и неформални извори, односно правила која не ствара држава већ тековина пословне праксе и аутономије воље странака. Ова правила су позната под називом право меког нормативитета (*soft law*)⁶. Оно обухвата низ диспозитивних норми које нису правно обавезујуће, али снагом решења која нуде, веома често опредељују њихове учеснике на добровољну примену, те на тај начин стичу снагу обавезности.

Стварањем универзалних и регионалних аутономних унификованих аката, уговорни односи у области међународне трговине постепено добијају сопствени правни поредак, који функционише паралелно са националним законима. На тај начин се успоставља функционални супститут класичном облигационом и трговачком праву националних легислатива⁷, применљив у поступку решавања спорова у материји МТО.

Посебно значајну улогу имају униформна међународна правила, међународни споразуми и конвенције, међу којима истакнуто место припада Конвенцији ОУН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција, *Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG*, 1980), која је дубоко зашла у пету деценију постојања. Конвенцију је ратификовало 97 држава потписница из читавог света, чиме она на најбољи начин промовише процес унификације међународног трговинског права.

Извори права које примењују трговачке арбитраже у поступку решавања спорова имају хибридну природу. Обухватају и *тврдо право* (*binding hard law*) и право меког нормативитета (*Soft law*), чиме правни поредак међународне трговине, укључујући и судски начин решавања спорова од стране арбитража као недржавних органа, добија флексибилност и способност прилагођавања динамичним пословним односима.⁸

Дакле, међународне трговинске арбитраже примењују изворе права различитог порекла и правне снаге. Уместо строге хијерархије карактеристичне за националне судске системе, арбитражно право се одликује плурализмом извора и функционалном флексибилношћу.

⁶ Д. Мликотин -Томић, *Право међународне трговине*, Загреб, 1999. стр. 56.

⁷ Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, Louisiana Law Review, Volume 60/2000, Number 4, (in *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: A Tribute to Symeon C. Symeonides Article 10*). <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5845&context=lalrev>.

⁸ Марија Мијатовић, *Soft law у међународном трговинском праву*, Нови Сад, 2024. https://www.researchgate.net/publication/379692365_Soft_law_u_medunarodnom_trgovinskom_pravu

Као најчешће примењиване изворе права у арбитражним поступцима издвајамо: међународне уговоре и конвенције (нпр. Бечка конвенција о међународној продаји робе, CISG 1980); националне прописе; широки каталог аутономних трговинских извора, од којих само примера ради помињемо кодификована правила (Incoterms, ICC, Lex mercatoria)⁹; UNIDROIT принципи међународних трговинских уговора, који чине сет општих уговорних правила формулисаних од стране Међународног института за унификацију приватног права,¹⁰ УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи¹¹, арбитражна правила међународних институционалних арбитража; трговачке обичаје, пословне и производне стандардне; опште услове пословања.

Меко право може имати значајан утицај, а неретко и фактичку обавезност, када се стране у уговору на њега позову, или када арбитри оцене да представља израз општеприхваћених правила трговине.¹² Арбитри су дужни да респектују њихове норме, чак, и када се изричито на њих не позову, попут члана 1.7 UNIDROIT принципа: „свака страна мора поступати у складу са добром вером, поштеним односима у међународној трговини“ што имплицира фер поступање и стабилност уговора.

Дакле, међународну арбитражу карактерише примена разуђеног система извора, са хибридном природом правних извора. Не постоји строга пирамидална потчињеност између различитих извора. Њихова примена зависи од околности случаја, обавезности правних норми, као и од аутономије воље странака које својим арбитражним споразумом

⁹ Incoterms (International Commercial terms) су типичан пример кодификованих трговачких правила, која припадају групи аутономних извора међународног пословног права (lex mercatoria)

¹⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - UCP 2016, доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>, приступ 29. 5. 2025. Ови Принципи су заједно са Начелима европског уговорног права (*Principles on european contract law* - PECL) најзначајнији резултати методе неофицијелне унификације у виду креирања извора права у циљу њихове **директне примене** на основу аутономије воље учесника међународног трговинског промета.

¹¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, доступно на: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration, приступ 29.5.2025. Видети и: Миладин Пејак, *Арбитражни поступак по Модел-закону УНЦИТРАЛ-а*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014.

¹² Маја Станивуковић, „Примена начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1999, стр. 422–432.

и/или сагласношћу воља, могу изабрати меродавна правила, која ће се применити на решавање њиховог спора.

Иако хибридан и сложен, систем примене релевантних извора права, омогућава арбитрама, да уз очекивани ниво стручности, савесности и одговорности, доносе законите, правичне и предвидљиве арбитражне одлуке.

2.1. Унификација као услов интернационалног тумачења

Хармонизација и посебно унификација извора права у међународној трговини тежи супституцији фрагментиране примене националних права. Конвенције су пример тзв. званичне унификације униформних извора права. Њихов типичан и најуспешнији представник врсте је CISG, са тренутно 97 држава потписница. У члану 7(2) Конвенције наведено је да „празнине у њој треба попуњавати у складу са општим принципима на којима се заснива“. Тиме се промовише њено аутономно и интернационално тумачење.

За разлику од извора званичне, групи извора која је резултат тзв. незваничне унификације МТО припада *lex mercatoria*, или *право трговаца*, чији корпус чини скуп општих правних начела, трговачких обичаја и устаљене пословне праксе. Њих креирају сами привредни субјекти (трговачка друштва и њихова удружења). Аутономни извори се означавају и као транснационално право, које се поред међународног и националног права, схвата као трећи вид правног система. *Lex mercatoria* је право које стварају учесници МТО и његова примена зависи од аутономије воље учесника тих односа, која је контролисана националним правним поретком и когентним прописима државног права. Данас се стари извори права *lex mercatoria* реинтегришу у ново право трговаца (нова *lex mercatoria*), које је неизбежан пратилац процеса глобализације.¹³

Међународне трговачке арбитраже, респектују ове изворе узимајући их у подлогу својих одлука, што се оцењује као допринос правној сигурности.¹⁴

¹³ Александар Љ. Тирић, „Глобализација трговинских односа“, *Liber amicorum*, академик, проф. др Мирко Васиљевић, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2021. стр. 137-155

¹⁴ Међународна трговинска арбитража, ред. Д. Митровић, Београд, 1998. стр. 56.

Постоје случајеви из арбитражне праксе у којима су одлуке донете само на основу примене извора *lex mercatoria*. Иако ретки, карактеристични су примери по чињеници да је и одлука о главном тужбеном захтеву заснована само на примени извора права који припадају скупу *lex mercatoria*.¹⁵

3. Обавеза једнообразног тумачења извора и појава *homeward trend*

Један од кључних изазова у примени униформних извора права у међународној трговинској арбитражи је обезбеђивање њиховог једнообразног **тумачења**, без ослањања на домаће националне правне поретке. Овај захтев је експлицитно садржан у члану 7(1) CISG, који изричито прописује да се „при тумачењу ове Конвенције води рачуна о њеном међународном карактеру, потреби унапређења једнообразне примене и поштовању добре вере у међународној трговини.“

3.1. Шта је „*homeward trend*“

У теорији, *homeward trend* означава склоност да се тумачење међународних норми подреди правилима националног права. У арбитражној пракси арбитри понекад тумаче међународне изворе права у складу са правилима националног права. Та појава означава склоност арбитра да одредбу међународног извора тумаче у духу домаћег правног система, уместо да поштују њен међународни и аутономни карактер. Постоји и тенденција националног обрасца и у интерпретацији *soft law* стандарда, што може умањити униформност и међународну применљивост ове групе аутономних извора.

¹⁵ Антоније Симовић, „*Lex mercatoria* као извор међународног трговинског права у пракси Спољнотрговинске арбитраже (СТА) при Привредној комори Србије“, *Арбитража*, бр. 5/2008, стр. 65. И у пракси Сталне арбитраже (СА) трибунали респектују изворе *lex mercatoria*, узимајући их у подлогу својих одлука (на пример, у Одлуци број 7/2023, од 27. 06. 2024. (архива СА), се истиче: „Једнообразна правила за банкарске гаранције на позив (Uniform Rules for Demand Guarantees - URDG 758) примењују се на сваку гаранцију на позив или контрагаранцију у којој се изричито наводи да се на њу примењују. Она обавезују све стране учеснице гаранције на позив или контрагаранције, осим ако их гаранција на позив или контрагаранција не измени или искључи (čl. 1. URDG 758)“. Правила се односе на издавање и кориштење гаранција на захтев, које су финансијски инструменти и користе за осигурање испуњења уговорних обавеза. https://2go.iccwbo.org/guide-to-icc-urdg-config-2+book_version-eBook/

Описана пракса одражава феномен познат из судске и арбитражне праксе: арбитри тумаче правне институције из међународних извора полазећи од њиховог назива, а не од њихове правне суштине. Тиме међународне норме добијају значење које имају у домаћем праву, што угрожава њихову аутономију и међународни карактер.

У литератури се наглашава да је ова тенденција нарочито изражена у судској и арбитражној пракси Сједињених Америчких Држава, чији судови на основу прецедентног система и правила из *Uniform Commercial Code*¹⁶ често тумаче и одредбе Бечке конвенције (CISG), посебно када постоји језичка сличност са одредбама домаћег права.¹⁷

Пракса познаје и посебан облик *homeward trend*-а, када судови позивањем на сопствену праксу, која је развијена у тумачењу института из националног права, индиректно потискују аутономно тумачење међународног извора, стандарда, или успостављене међународне арбитражне праксе. Таква тенденција, нема сумње, умањује значајни потенцијал процеса хармонизације и унификације права у области МТО и предвидивост у поступцима решавања међународних трговинских спорова.

Суштински, дакле, *homeward trend* противуречи концепту аутономног тумачења и доводи до честе склоности примени *lex fori*, односно примене права форума пред којим се води поступак. У принципу, *lex forism* представља један од видова *homeward* приступа, при чему је нагласак на примени материјалног и процесног права националног форума (суда или арбитраже) као меродавног за решење спора.

Дакле, *homeward trend* „усмерава судове и арбитраже да тумаче CISG у светлу домицилног права, што је израз непоштовања њене самосталности и међународног карактера“.¹⁸ Такав приступ подрива основни циљ унификације и нарушава правну сигурност странака, што су арбитраже дужне да предупреду.

У једном случају је Врховни суд Аустрије тумачио члан 79 CISG-а користећи стриктно домаћу дефиницију више силе, иако се ова одредба

¹⁶ *Uniform Commercial Code*, доступно на: <https://dos.ny.gov/uniform-commercial-code-rules>, приступ 29. 5. 2025.

¹⁷ J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999, стр. 103–104.

¹⁸ Bruno Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law*, Routledge, 2007, стр. 84. ISBN 9780415421737. Видети и: <https://cisg-online.org>; <https://www.routledge.com/CISG-and-the-Unification-of-International-Trade-Law/Zeller/p/book/9780415421737>, приступљено 29. 5. 2025.

заснива на аутономном тумачењу. Уместо да примени члан 7(1) CISG-а и интернационални стандард, Суд је применио унутрашње законодавство, што је типичан пример феномена *homeward trend*.

У арбитражној пракси постоје примери специфичног *lex forism-a* у виду оспоравања примене међународног извора права, као саставног елемента права суда (*lex fori*), као што је то Бечка конвенција, чак и када његова примена није искључена, у складу са чланом 6. Конвенције. Тако, у предмету Т-16/2013 пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије у Београду, између продавца из Србије и купца из Словеније, тужилац и тужени су се сагласили да ће се за решење њиховог спора применити право Србије. Тужилац је у поступку истакао да уговорена примена закона земље суда (арбитраже) апсолутно и у потпуности искључује примену међународних извора права, у конкретном случају БК 1980. Арбитар појединац је констатовао да је Србија потписница Конвенције и да је њеном ратификацијом она постала саставни део унутрашњег, националног правног поретка. Будући да странке нису искључиле примену Конвенције, арбитар је, у складу са чл. 7, ст. 1 Конвенције, поред констатације да се она има предност у примени над одговарајућим нормама Закона о облигационим односима Србије, на чему је инсистирао Тужилац. Арбитар је истакао и да је Конвенцију потребно тумачити „уз дужну пажњу њеног међународног карактера, у циљу обезбеђивања јединствене примене и поштовања принципа добре вере у међународној трговини“.¹⁹

Попут изложеног примера, арбитражна и судска пракса широм света је богата случајевима у којима се на изричит начин судски и арбитражни органи супротстављају *homeward trend-u*. У предмету *Tribunale di Vigevano* (Италија, 12. јул 2000, бр. 405/2000), суд је доследно одбацио примену домаћег италијанског права у тумачењу CISG-а и афирмисао њен међународни и аутономни карактер. Суд је изричито нагласио да тумачење Конвенције мора бити ваннационално и да појмови који се у њој користе не смеју добити значење које имају у домаћем праву странака. Та пресуда често се наводи као пример одлучног супротстављања појави *homeward trend-a* и важан је допринос уједначеној примени CISG-а.²⁰

¹⁹ Видети: Спољнотрговинска арбитража (СТА) при Привредној комори Србије у Београду, предмет Т-16/2013 (архива СТА); А. Ђирић, *Међународно трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2018, стр. 98.

²⁰ *Tribunale di Vigevano*, Италија, 12. 7. 2000, предмет бр. 405/2000. Видети: *Pace Law*

3.2. Разлика између *homeward trend* и легитимне допуне правних празнина

Феномен *homeward trend* је важно разликовати од тумачења и примене националних извора права у циљу легитимне допуне правних празнина, када CISG или други униформни извор не дају директан одговор, те се на основу члана 7(2) може прибегнути *општим принципима на којима се Конвенција заснива*, или, у крајњем случају, на праву које се одреди на основу правила међународног приватног права. Али чак и тада, примена националног права треба бити **последња мера**, извршена уз пуну свест о међународном контексту.

3.3. Обавеза арбитра да при тумачењу извора права респектују њихов међународни карактер

Међународна природа већине извора арбитражног права обавезује арбитра да их на јединствен начин примењују и тумаче. Почасно место у групи материјално-правних извора има Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција 1980).²¹ У њеном члану 7. став 1. предвиђено је да се „при тумачењу Конвенције мора водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби за унапређењем уједначене примене, као и о поштовању добре вере у међународној трговини“ Та одредба значи да се Конвенција не треба тумачити по методологији националног права, већ у складу са њеним аутономним и интернационалним карактером.

Наведени принцип се односи и на друге изворе међународног трговинског права. Њихов међународни карактер обавезује арбитражне трибунале да се при тумачењу њихових одредаба уздрже од националних правних референци, у корист доследне и уједначене праксе. То значи да је погрешно тумачење појмова, термина и правних института садржаних у међународним изворима, чији је типичан репрезентент и БК, ако је оно усклађено са значењем које им се придаје у унутрашњем праву одређе-

CISG Database, доступно на: <https://cisg-online.org/case/493>, приступљено 29. 5. 2025.

²¹ Александар Тирић, „Четрдесет година Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе“, у: Allan F. Tatham, Витомир Г. Поповић, Јелена Вукадиновић Марковић (ур.), *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije-Liber amicorum in honour of Radovan D. Vukadinović*, Бања Лука: Академија наука и умјетности Републике Српске; Крагујевац: Удружење за европско право; Београд: Службени гласник, 2020, стр. 717.

не државе. Потребно је да се норме међународних извора тумаче и примењују независно од тих значења, у складу са њиховим међународним карактером.

Овакво схватање се заснива на чињеници да су извори ове врсте креирани на интернационалном нивоу, најчешће као резултат компромиса и усаглашавања различитих правних система, култура и различитости у поимању истоветних правних института. На тај начин међународни извори стичу и задржавају свој аутономни карактер, чак и када буду инкорпорисани у националне правне системе. То недвосмислено потврђује и члан 7. став 1. Конвенције, који служи као водилја судијама и арбитрима за интерпретацију њених одредаба у духу правне једнообразности, ваннационалности и њеног типично међународног карактера. Арбитражна пракса, услед дејства фактора који се у дискурсу арбитражног права означавају изразом **homeward trend**, суочена је са тешкоћама које су последица тумачења и примене међународних извора арбитражног права у складу са националним правним стандардима и правилима, на уштрб занемаривања њиховог аутономног и интернационалног карактера.

Арбитражни трибунал, као орган који делује ван државног правосуђа, има посебну одговорност да подржи и очува **уједначену и наднационалну примену** униформних извора. То укључује: анализу и коришћење доступне међународне праксе²², избегавање позивања на националне институте када појам има сопствену интернационалну дефиницију; коришћење компаративног и функционалног метода тумачења.

Пример такве позитивне праксе представљају и одлуке арбитражних трибунала при МКАС при Трговинско-индустријској комори Украјине у Кијеву, који су у неколико случајева доследно применили CISG без ослонца на украјински Грађански законик, при чему су се позивали на члан 7(1) и UNIDROIT принципе као помоћне изворе.

4. Начело савесности и поштења у међународној арбитражи

4.1. Појам и правна природа

У модерним правним системима, начело савесности третира се као генерална клаузула или отворени правни стандард, чији се садржај об-

²² Види: *CISG-online Database* (<https://cisg-online.org>), *UNILEX on CISG and UNIDROIT Principles* (<https://www.unilex.info>), и *Pace Law CISG Database* (<https://www.cisg.law.pace.edu>), приступљено 29. маја 2025.

ликује у зависности од конкретног случаја. То значи да његова примена зависи од процене арбитражног трибунала, али у оквиру објективизираних критеријума који произилазе из трговачких обичаја, униформних извора и правила пословне праксе.

Упоредно гледано, системи *civil law* традиције склонији су експлицитној примени овог начела (нпр. Немачка, Француска, Италија), док *common law* системи прилазе резервисаније, посебно због нејасне границе између права и морала.

4.2. Примена начела у поступку решавања спорова

Арбитражна пракса је сведок чињенице да стриктна и строга примена права и правне технике понекад може довести до неправедних исхода и до прерастања одређених спорних односа странака у тзв. *тешке случајеве* (*hard cases*).

Начело савесности и поштења (*good faith and fair dealing*) заузима централно место у праву међународне трговине, као правни и морални стандард чија је функција очување фер односа између страна и унапређење поверења у механизам арбитражног решавања спорова. Реч је о корективном принципу који делује на тумачење уговора, поступање страна у облигационом односу, као и на понашање странака током самог арбитражног поступка. У арбитражној пракси, начело савесности је инструмент за тумачење уговора и попуњавање правних празнина, основа за санкционисање недобронамерног понашања странака и водила за примену меког права (UNIDROIT, *lex mercatoria*) у правцу правичности.

Начело савесности представља спону између права и морала. Са аспекта правне природе, оно има третман генералне клаузуле, правног стандарда или бланкетне норме. Према преовлађујућем мишљењу у теорији, реч је о стандарду чији садржај није унапред дефинисан, како у погледу конститутивног садржаја, тако ни у погледу санкција.

Савесност и поштење је у функцији „корективног механизма“ за очување фер односа страна и униформне примене надлежног права у поступку решавања спорова. Ова функција начела налази потврду у UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (чл. 1.7²³ и 1.8), као и у чл. 7(1) CISG, који захтева да се Конвенција тумачи уз ува-

²³ Према члану 1.7 UNIDROIT Принципа: „Свака страна мора поступати у складу са добром вером и поштеним односима у међународној трговини.“

жавање њеног међународног карактера и потребе за унапређењем њене униформности у примени.

Захтеви за доследно поштовање формалних правила могу довести до нарушавања начела правичности.²⁴

Проблеми као што су пракса «куповине» форума поступка и друге тешкоће у механизмима арбитражног решавања трговинских и међународно-трговинских спорова створили су потребу да се у пракси користе позната начела као руководне идеје права и правног поретка у целини.²⁵

Применом овог стандарда врши се „морализација“ уговорних односа. Оно што није изричито забрањено правом, може бити неправично. Оцена садржаја овог принципа у сваком уговорном односу препуштена је у арбитражу односно судији у поступку.

Поштовање начела савесности при тумачењу одредаба међународног карактера значи да арбитар не може тумачити надлежно право, које примењује у сваком конкретном случају, на начин који штити нечасно поступање учесника арбитражног поступка. Напред наведени члан 7. став 1. Бечке конвенције дефинише начело савесности кратком формулацијом, која на имплицитан начин, прожима цео текст Конвенције. Оно обавезује арбитра да тумачење Конвенције, али и правних норми из других међународних извора, спроводи транспарентно, часно, телеолошки и на начин којим спречава да несавесна страна оствари интерес на основу сопственог недобронамерног поступања.

4.2. Начело савесности у светлу арбитражног случаја:

4.2.1. Повлачење спорног доказа од стране тужиоца након оспоравања

Издвојено мишљење арбитра у међународном спору у предмету број 11/2019, који је био предмет арбитражног спора пред Сталном арбитражом при Трговинско-индустријској комори Бугарске у Софији, пружа снажан пример одговора на поступање једне стране које је у

²⁴ Hesselink, M.W., *The Concept of Good Faith*, SSRN, 2004. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098856 (посећено 29. 5. 2025)

²⁵ Bonell, M.J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law," *Revue juridique Thémis*, vol. 36, бр. 2, 2002, стр. 335–354. Доступно на: <https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4189-the-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-and-the-harmonisation-of-international-sales-law.html> (посећено 29. 5. 2025).

супротности са начелима савесности и поштења. У питању је спор у коме је тужилац, продавац из Бугарске, поднео тужбу јуна месеца 2019. године, којом је тражио исплату цене за испоручену робу туженику из Србије, позивајући се, између осталог, на пријемно-предајни протокол као кључни доказ о уредном извршењу обавезе испоруке робе.²⁶

Протокол је приложен и представљен као доказ да је испорука извршена у складу са уговором, те да је купац без примедби примио робу. Међутим, на главној расправи, након што је тужени (купац) оспорио аутентичност потписа свог заступника, извршена је окуларна контрола спорног потписа. Иако није била реч о формалном графолошком вештачењу, трибунал је извршио прелиминарну визуелну процену („инспекција окуларис“), након чега је тужилац одмах повукао спорни протокол са листе доказа. Истовремено је обећао да ће накнадно образложити разлоге за повлачење, али то никада није учинио.

Арбитар у свом издвојеном мишљењу овај поступак не тумачи као процесно неутрално повлачење једног доказа. Напротив, указује на то да: документ није повучен добровољно, већ тек након оспоравања од стране супротне стране; повлачењем доказног средства, продавац индиректно признаје неаутентичност документа и тиме компромитује своју верзију чињеничног стања; непоступање по обећању да ће образложити повлачење додатно поткопава кредибилитет тужиоца и нарушава однос поверења са арбитражним судом.

У складу са CISG, конкретно чл. 7 и 8, арбитар оцењује понашање тужиоца у целини као противно начелу савесности.

4.2.2. Колизичја формалистичког и савесносног приступа: Већина против издвојеног мишљења арбитра

У наставку је приказано како је арбитар у конкретном предмету применио начело савесности као коректив формалном тумачењу уговорних обавеза. У наведеном предмету, арбитражно веће је већином усвојило становиште да купац није формално испоштовао уговорну и конвенцијску обавезу благовременог обавештавања о недостацима на роби, због чега је, према ставу већине, изгубио право да се на те недостатке позива (члан 39. став 1. CISG).

²⁶ Међународно арбитражно дело (МАД) Н0-11/2019, архива Арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Бугарске у Софији.

Супротно томе, у издвојеном мишљењу, арбитар је изнео став да је неоправдано формално инсистирање на писменом обавештењу, у ситуацији када је продавац по природи ствари знао или морао знати за недостатке. Он наводи: „Ако је продавац, по природи ствари, знао оно што није желео да призна у тексту повученог пријемног протокола, то значи да купац није имао обавезу да се придржава строге форме, нити да додатно и посебно обавештава продавца о чињеницама које му нису могле бити непознате“ (чл. 8. CISG).

Арбитар полази од критеријума сазнања, у ком је дужност обавештавања из члана 39. искључена ако је продавац већ знао за недостатке. На тај начин он штити стварну, а не формалну правду. Сентенца: „Када странка у арбитражном поступку, након што супротна страна оспори аутентичност, повуче кључни доказ испуњења уговорне обавезе, а истовремено изостане обећано образложење тог повлачења, арбитражни трибунал је дужан да такво понашање оцени кроз призму члана 7. и 8. CISG, као противно начелу савесности и поштења. У таквој ситуацији, нарушено је не само поверење међу странама, већ и поверење у интегритет поступка.”

Овај случај илуструје једну од најзначајнијих улога арбитражних трибунала, да санкционишу злоупотребу уговорне слободе и формалних процесних права уколико она нарушавају фундаментална начела трговинског понашања, попут лојалности, поштовања оправданих очекивања и искреног испуњења обавеза.

Арбитри су дужни да санкционишу свако понашање странака, како у поступку, тако и у материјално-правном односу из кога је спор произтекао, које је са начелом савесности неспојиво и израз је његове супротности (*mala fides*).

Члан 7. став 1. Конвенције, обавезује арбитра да одбије примену правила било из конвенције, закона или уговора, која је у конкретном случају у супротности са обавезом поштовања савесности у међународној трговини.

Примена начела савесности у одлукама арбитражних органа носи одређени ризик од угрожавања правне сигурности, услед могућности погрешне или произвољне примене. Међутим, метод примене стандарда савесности, поштења и честитости не значи да се он заснива на субјективном осећају арбитра за право, нити његовој произвољној процени правичности. Он мора бити заснован на крајње објективном критеријуму и оправданој објективизацији конкретних околности случаја.

Сумирајући, важније карактеристике начела савесности, може се закључити да је начело савесности и поштења и са теоријског и са практичног аспекта подједнако важно питање, које још увек оставља широк и отворен простор за истраживања и тумачење. У теоретским расправама се истиче да, „иако су аспекти међународног карактера и једнообразног тумачења генерално договорени, још увек не постоји консензус о значењу и примени савесности у међународној трговини”. То је показатељ да је проблем једнообразног тумачења Конвенције о овом питању и после 45 година њеног постојања, још увек актуелан.²⁷

Из претходне анализе произилази да начело савесности заузима посебно место у систему решавања спорова трговачког карактера као корективни и интегративни стандард, који осигурава да одлуке судова и арбитражних трибунала буду не само формално исправне, већ и суштински правичне.

Постоје и појединачни случајеви из праксе у којима су арбитражне одлуке донете само на основу *lex mercatoria*.²⁸

Посебан значај у том процесу у пракси имају случајеви у којима су арбитражни трибунали одлучили да одбију захтев због злоупотребе арбитражног механизма. У предмету *ICSID Phoenix Action Ltd. protiv Чешке* (2009), инвеститор је основао ново друштво у иностранству искључиво ради покретања арбитраже против државе (*treaty shopping*), преневши на њега домаћа потраживања. Трибунал је утврдио да таква „инвестиција“ није учињена у доброј вери ради реалног пословног подухвата, већ ради злоупотребе међународне арбитраже. Због тога се позвао на начело савесности и одбио заштиту, нагласивши да ICSID није предвиђен за улагања која нису извршена у складу са добром вером.²⁹ Трибунал је закључио да се таква „инвестиција“ противи начелу

²⁷ Тепеš, М. и Markovinović, Н, „The CISG and the Good Faith Principle“, *Journal of Law & Commerce*, vol. 38 (2019–2020), стр. 11, ISSN: 2164-7984 (online), DOI: 10.5195/jlc.2020.172. Доступно на: <https://jlc.law.pitt.edu/ojs/jlc/article/view/172/157>, приступљено 29. 5. 2025.

²⁸ Filip De Ly: *Uniform Commercial law and International Self- Regulation, The Unification of International Commercial Law: Tilburg lectures/ Franko Ferari (ed.) Auflage, 1998, p. 59*; Симовић А, *op. cit.*, стр. 64–65; В. Стојиљковић, Међународно привредно право, Београд, 2003, стр. 10.

²⁹ ICSID, *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, предмет бр. ARB/06/5, арбитражна одлука од 15. априла 2009. Доступно на: <https://www.italaw.com/cases/850>, приступљено 28. 5. 2025.

савесности, будући да је била искључиво инструмент злоупотребе система.

Случај показује да арбитражни и судски органи, ослањајући се на начело савесности, превазилазе формалне замке и избегавају исходе који би водили неравнотежи, злоупотреби или правној несигурности. Начело савесности је критеријум не само за процену понашања страна, већ и водилца за исправну, функционалну и интернационално доследну примену права.

Доношење арбитражне одлуке на основу начела савесности, поштења и честитости, како смо већ истакли, не значи да је она резултат субјективног осећаја арбитра за правду. Начело се не сме употребити као оправдање за примену чл. 7(1) Конвенције *contra legem*.³⁰ Позивање на њега мора бити засновано на објективним, утемељеним и проверљивим критеријумима. Такав приступ не само да афирмише вредности права у његовој материјалној функцији, већ и доприноси укупној легитимацији међународне арбитраже као механизма за законито и правично решење спорова.

5. Изазови и перспективе: савесност, *forum shopping* и легитимитет арбитраже

Иако је у претходним поглављима указано на значај уједначене примене права и афирмације начела савесности у арбитражној пракси, бројни изазови и даље стоје на путу остварења ових вредности. Они се могу груписати у три кључна сегмента: (1) методолошка неуједначеност у примени начела савесности; (2) тактичка злоупотреба избора («куповине») арбитражног форума (*forum shopping*) и (3) потреба за јачањем перцепције правичности и легитимитета арбитражног механизма у међународној трговини.

5.1. Методолошки проблеми у примени начела савесности

У пракси арбитражних трибунала, начело савесности је често прихваћено као „нормативни компас“, коме недостаје јасна методологија за његову примену. Проблем настаје онда када арбитар, у одсуству конкретних правила, прибегава властитој интуицији или субјективном поимању правичности, што може угрозити правну сигурност странака.

³⁰ Тепеš, М. и Markovinović, Н, *op. cit.*, р. 12.

Примена начела савесности се нужно заснива на објективном критеријуму и проверљивој процени околности случаја, а не на слободном уверењу арбитра. Због тога се у теорији и пракси све више заговара увођење структурисаног приступа, који укључује: референце на упоредну судску праксу; систематизовану примену UNIDROIT принципа; критеријуме из *soft law* извора и *lex mercatoria*.³¹

6. *Forum shopping* и злоупотреба процесних права

Forum shopping подразумева настојање једне или обе странке у арбитражном поступку да врше избор суда или арбитраже, за који процене да ће бити најповољнији по њих у погледу исхода спора.

Дакле, феномен *forum shopping-a* карактеришу покушаји странака да изаберу арбитражни форум који им је повољнији, често не због неутралности, већ због очекивања одређене правне наклоности. Та пракса нарушава равноправност странака у поступку и перцепцију арбитраже као независног и неутралног механизма.

Илустрације ради, наводимо пример „*forum shopping-a*“ у случају *Stewart Organization, Inc. v. Ricoh Corp.*, који је разматрао Врховни суд Сједињених Америчких Држава. У овом предмету, компанија *Stewart Organization* поднела је тужбу у Алабами, иако је уговор са *Ricoh Corporation* садржао клаузулу о избору форума која је предвиђала да се сви спорови решавају у Њујорку. *Ricoh* је покушао да премести поступак у Њујорк, позивајући се на ову клаузулу, али је окружни суд у Алабами одбио захтев, наводећи да државно право Алабаме не гледа повољно на такве клаузуле. Врховни суд САД је, међутим, одлучио да федерални закон о преносу места суђења има предност над државним правом, наглашавајући важност поштовања уговорних одредби о избору форума. Овај случај илуструје како стране у спору могу покушати да искористе различите судске надлежности у своју корист, што је суштина „*forum shopping-a*“.³²

И у арбитражној пракси Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (ICSID) постоје илустративни примери „*forum*

³¹ Симовић А, *op. cit.*, стр. 64–65.

³² *Stewart Organization, Inc. v. Ricoh Corp.*, пресуда Врховног суда САД, 487 U.S. 22 (1988). Доступно на: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/22/>, приступљено 29. 5. 2025.

shopping“-а, односно ситуација у којима инвеститори настоје да искористе различите арбитражне форуме како би остварили повољнији положај у спору.

Пример 1:

Phoenix Action Ltd. v. Чешка Република, ICSID Case No. ARB/06/5

У овом случају, израелска компанија Phoenix Action Ltd. купила је чешке компаније које су већ биле у спору са чешком државом, а затим је покушала да покрене ICSID арбитражу против Чешке Републике, позивајући се на билатерални инвестициони споразум (BIT) између Израела и Чешке.

Арбитражни трибунал је закључио да је инвестиција извршена искључиво ради покретања арбитражног поступка и да представља злоупотребу права („abuse of process“). Трибунал је одбацио надлежност, наглашавајући да инвестиција није извршена у доброј вери и да је њен циљ био искључиво добијање приступа арбитражи.³³

Пример 2:

Flemingo Duty Free v. Пољска, ICSID Case No. ARB(AF)/14/1

Случај у коме је инвеститору приписан „forum shopping“ јер је покушао да избегне домаће правне инстанце у Пољској и директно покрене арбитражу пред ICSID-ом. Пољска је тврдила да је инвеститор изабрао арбитражу како би избегао неповољне исходе пред домаћим судовима, што је представљено као злоупотреба процесне природе.³⁴

Пример 3:

Belenergia S.A. v. Италија, ICSID Case No. ARB/15/40

Тужена држава (Италија) је тврдила да је инвеститор Belenergia S.A. извршио „forum shopping“ покретањем арбитраже пред ICSID-ом, упркос постојању клаузуле у уговору о избору форума, која је предвиђала надлежност судова у Риму. Италија је сматрала да је арбитража по-

³³ *Phoenix v. Czech Republic, Investment Treaty News*, 18. октобар 2018. Доступно на: <https://www.iisd.org/itm/2018/10/18/phoenix-v-czech-republic/>, приступљено 28. 5. 2025.

³⁴ *Flemingo Duty Free v. Poland*, ICSID. Доступно на: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C9734/D%20-%20Statement%20of%20Claim%20-%202006.10.%202022/Legal%20Authorities/CL-0034-ENG%20-%20Flemingo%20v%20Poland.pdf, приступљено 29. 5. 2025.

кренута како би се избегла надлежност италијанског форума, што је окарактерисала као злоупотребу процесних права.³⁵

7. ЗАКЉУЧАК

Овај рад је указао на суштинску улогу уједначене примене унификованих извора и начела савесности у арбитражној пракси. Арбитражни механизам решавања међународних трговинских спорова обухвата сложен сплет државних и недржавних извора, тврдог и меког права, као и различитих правних традиција. У таквом контексту, једнообразна примена и тумачење извора међународног права, уз поштовање начела савесности и поштења, представљају не само нормативну обавезу, већ и основни услов очувања легитимитета арбитраже као правичног и предвидивог поступка.

На основу изнете анализе, могу се издвојити следећи закључци:

а) Унификовани извори, као што су CISG и UNIDROIT принципи, имају самосталну методологију тумачења и захтевају интернационални приступ. Арбитража их не сме подводити под националне правне категорије;

б) *Homeward trend* представља озбиљну претњу унификацији права. Арбитри морају доследно поштовати међународни и аутономни карактер тих извора и спречавати њихово потискивање домаћим правом;

в) Начело савесности и поштења има двоструку функцију: прво, као стандард понашања странака; друго, као корективни механизам у случајевима злоупотребе права и тзв. 'тешких случајева' (*hard cases*).

г) Арбитражна пракса (нпр. *Tribunale di Vigevano*, ICSID) потврђује могућност доследне примене унификованих извора уз очување фер односа између странака у поступку.

Рад је указао на кључне изазове који захтевају прецизније одговоре и усаглашеније ставове арбитражне праксе:

а) Примену начела савесности без утврђене методологије и критеријума;

б) Тактичку злоупотребу избора форума (*forum shopping*) ради прибављања процесне предности;

в) Недовољну транспарентност и неуједначену примену неформалних извора (*soft law*).

³⁵ *Belenergia S.A. v. Италија*, ICSID Case No. ARB/15/40. Доступно на: <https://www.italaw.com/cases/7532>, приступљено 29. 5. 2025.

На основу извршене анализе предлажемо следеће смернице:

- а) Успостављање јединственог и предвидивог приступа примени начела савесности и поштења у арбитражи;
- б) Охрабрење арбитра да примењују унификоване изворе у складу са њиховом аутономијом и међународним значајем;
- в) Развој арбитражне праксе и доктрине усмерене ка афирмацији правичности, уједначености тумачења и отпора злоупотреби процесних механизма, попут forum shopping-a.

Потреба за новим истраживањима остаје неоспорна, како би се арбитражни механизам решавања спорова наставио унапређивати као ефикасан, правично заснован, неутралан и доследан систем, прилагођен специфичностима међународних трговинских односа.

Иза потребе за даљим усавршавањем критеријума примене унификованих и недржавних извора стоји суштински задатак очувања арбитраже као правично заснованог, доследног и међународно поузданог механизма решавања трговинских спорова у сложенем правном свету.

ЛИТЕРАТУРА

1. Александар Љ. Ђирић, *Међународно трговинско право*, посебни део, Правни факултет, Ниш, 2018;
2. *Четрдесет година Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе*, у: Liber amicorum in honour of Radovan D. Vukadinović, Београд: "Службени гласник", 2020;
3. *Међународно трговинско право, општи део*, Правни факултет, Ниш, 2012;
4. Антоније Симовић, *Lex mercatoria као извор међународног трговинског права у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије*, „Арбитража“, бр. 5/2008.
5. *Belenergia S.A. v. Италија*, ICSID Case No. ARB/15/40, <https://www.italaw.com/cases/7532>
6. Bonell, M.J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law," *Revue juridique Thémis*, vol. 36, no. 2, 2002, стр. 335–354.
7. *Flemingo Duty Free v. Poland* – ICSID.
8. Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, *Louisiana Law Review*, Volume 60/2000, Number 4.

9. Hesselink, M.W., "The Concept of Good Faith," *SSRN*, 2004. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098856
10. *ICSID Award, Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ARB/06/5, 15. 4. 2009. <https://www.italaw.com/cases/850>
11. J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1999.
12. Маја Станивуковић, *Примена начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом, Право и привреда*, бр. 5-8/99, стр. 422–432.
13. Марија Мијатовић, *Soft law у међународном трговинском праву*, Нови Сад, 2024.
14. *Међународно арбитражно дело (МАД) Н0-11/2019*, архива Арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Бугарске у Софији.
15. Миладин Пејак, *Арбитражни поступак по Модел-закону УНЦИТРАЛ-а*, докторска дисертација, Нови Сад, 2014.
16. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016.
17. *Phoenix v. Czech Republic* – Investment Treaty News.
18. *Спољнотрговинска арбитража (СТА) при привредној комори Србије у Београду*, предмет Т-16/2013 (архива СТА).
19. *Stewart Organization, Inc. v. Ricoh Corp.*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/22/>
20. Тепош, М. & Markovinović, H., *THE CISG AND THE GOOD FAITH PRINCIPLE*, *Journal of Law & Commerce*, Vol. 38 (2019-2020).
21. *Tribunale di Vigevano*, 12. 7. 2000, *Pace Law CISG Database*.
22. *UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS* (2016).
23. *Uniform Commercial Code*, <https://dos.ny.gov/uniform-commercial-code-rules>
24. Zeller, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law*, Routledge, 2007; <https://cisg-online.org>

Prof. Dr. Aleksandar Lj. Ćirić³⁶

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: UNIFORM APPLICATION OF LEGAL SOURCES AND THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING

Abstract: *This paper explores the issues of interpretation and application of legal sources in international commercial arbitration, with a particular focus on the role of the principle of good faith and fair dealing. Starting from the nature of arbitration as a dispute resolution mechanism in international trade, the author analyzes normative, functional, and theoretical aspects of the legal sources applied in such proceedings. Special attention is paid to the need for uniform interpretation of internationally binding legal norms, with a critical view on the phenomenon of "homeward trend." The principle of good faith and fair dealing is presented as a corrective legal standard of fundamental importance, not only in the interpretation but also in the conduct of contracting parties and parties to the arbitration proceedings. The paper highlights the dialectical connection between law and morality and advocates a holistic approach to the consistent application of unified international legal sources before arbitral tribunals, as non-state judicial dispute resolution forums.*

Keywords: *International commercial arbitration; Lex mercatoria; Unification and interpretation of law; Homeward trend; Principle of good faith and fair dealing; Vienna Convention; Legal certainty; Forum shopping; Arbitral practice.*

³⁶ Full university professor, retired Republic of Serbia

УДК 007.52:347.72(497.11)

doi 10.7251/PR7125677P

Оригинални научни чланак

РЕГУЛИСАЊЕ УПОТРЕБЕ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ¹

Проф. др Јелена Ђеранић Перичић²

Анстракт: У упоредном праву искристалисала су се три приступа у погледу регулисања употребе вештачке интелигенције (ВИ). Најпре, Сједињене Америчке Државе определиле су за тзв. тржишни модел (који се колоквијално назива и „каубојски модел“) на основу кога само тржиште, тј. захтеви тржишта регулишу употребу ВИ. Затим, у Народној Републици Кини на снази је тзв. државни модел који подразумева да држава, тј. централна власт уређује употребу ВИ. Напошетку, Европска унија одлучила се за модел заснован на праву, другим речима, за приступ на основу кога се правним актима ЕУ уређује употреба ВИ. Следствено таквом приступу, у Европској унији је у мају 2024. године усвојен Акт о вештачкој интелигенцији. Овај акт ступио је на снагу двадесет дана од објављивања у Службеном листу ЕУ, 12. јула 2024, а почеће да се примењује у потпуности од 2. августа 2026. Акт о ВИ представља прву свеобухватну уредбу на свету о ВИ. Циљ Акта је да осигура да ВИ која се развија и користи у ЕУ буде поуздана и обезбеди

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 Ванредни професор Факултета правних наука Универзитета „Апеирон“, Бања Лука. Научни саветник Института за упоредно право, Београд. ceranicj@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1465-510X>.

мере за заштиту основних људских права. У раду биће анализирана три поменута модела регулисања употребе ВИ. Осим тога биће размотрен и правни оквир регулисања ВИ у Републици Србији.

Кључне речи: вештачка интелигенција, упоредно право, Европска унија, Сједињене Америчке Државе, Народна Република Кина, Акт о вештачкој интелигенцији.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Широј јавности вештачка интелигенција (ВИ) постаје позната пре две године са појавом *ChatGPT*-ја, језичког модела који је креирала компанија *OpenAI*.³ *ChatGPT* представља напредни модел генеративне ВИ који омогућава генерисање одговора на природном језику у односу на различита питања корисника. Његова примарна функција огледа се у моделовању језика, што подразумева креирање вероватних модела способних да прецизно предвиђају наредну реч у лингвистичком низу, ослањајући се на контекст претходних израза. Захваљујући оваквом приступу, систем је у стању да у веома кратком временском року генерише кохерентан текст на различитим језицима, у различитом формату и о широком спектру тема. Међутим, генеративна ВИ, која је основа *ChatGPT*-ја, представља само један тип ВИ. Различите апликације ВИ већ су дуге време присутне у свакодневном животу, као што су алгоритми које користе друштвене мреже за препоручивање садржаја, предиктивна аналитика у финансијама и програми који дијагностикују и персонализују терапије у медицини.

Трансформативна природа технологије ВИ је таква да има потенцијал да суштински измени различите аспекте људског живота, штавише да измени саму реалност и улогу људи у њој.⁴

Европска унија одавно је препознала значај ВИ за унапређење различитих сфера живота. У том смислу Европска комисија је објавила

³ A. Živković, „Computer programs legal protection framework with special reference to Artificial Intelligence ChatGPT”, *Strani pravni život* 3/2024, 317–338. DOI: https://doi.org/10.56461/SPZ_24301KJ

⁴ J. Ceranic Perisic, „Digital transformation: Regulation of Artificial Intelligence in the European Union”, *15th Network Europe Conference European Integration in Times of Security Challenges* (eds. A. Kellerhals., T. Baumgartner, F. Ademi), EIZ Publishing, Zurich 2015, 149, DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-784>

Белу књигу о вештачкој интелигенцији⁵ у којој је посебна пажња посвећена значају ВИ за унапређење здравства, националне безбедности, индустрије, производње и пољопривреде. Међутим, ВИ представља загонетку за правнике и академску заједницу широм света.⁶ Вештачка интелигенција и даље представља несигурно и непредвидиво подручје, а њена имплементација може изазвати различите правне изазове у остваривању различитих права, а посебно у примени принципа једнакости и недискриминације, као универзалних вредности права.⁷

Стога индустријски развој технологија ВИ постаје ново поље жестоких сукоба међу глобалним актерима који овом питању приступају на различите начине. Еволуција технологија ВИ је тако брза да, упркос напорима појединих глобалних актера, законодавни оквир не може да је испрати. Европска унија је несумњиво лидер у регулисању технологија ВИ, што је видљиво и кроз законодавне иницијативе ЕУ у вези са ВИ.

Када је реч о приступу регулисања примене ВИ, у упоредном праву су се искристалисала три модела која почивају на дијаметрално супротним основама.

Први модел, за који су се определиле Сједињене Америчке Државе (САД), назива се тржишни модел. На основу овог модела само тржиште, односно закони тржишта регулишу примену ВИ. Основни недостатак овог модела, који се колоквијално назива и „каубојски”, огледа се у томе што не почива на праву, већ на пракси. Ипак његова највећа предност је што може ефикасно да одговори на потребе самог тржишта ВИ, како у погледу развоја, тако и у погледу примене ВИ.

Други модел, познатији као државни модел, се примењује у Народној Републици Кини. За њега је карактеристично да сама држава, односно централна власт, уређује примену ВИ. Упркос одређеним недостацима, и овај модел се у пракси показује као прилично ефикасан.

⁵ White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust of 19 February 2020, COM (2020) 65 final.

⁶ Glintiћ M., „Insurance market response to challenges imposed by Artificial Intelligence”, *Causation of Damages, Damage Compensation and Insurance* (eds. M. Glintiћ, D. Obradović), Institute of Comparative Law, Belgrade 2024, 33.

⁷ A. Mihajlović, V. Ćorić, „Artificial Intelligence and discrimination – strengths and weaknesses of the current European anti-discrimination legal framework”, *Regional Law Review* (eds. J. Kostić, A. Rodina, T. Russo), Institute of Comparative Law, Belgrade 2024, 9, DOI: https://doi.org/10.56461/iup_rlr.2024.5.ch2

И трећи модел је заснован на праву и поштовању људских права. Овај модел развијан је под окриљем ЕУ и Савета Европе. Примена ВИ регулише се правно обавезујућим инструментима, другим речима, само право ЕУ регулише примену ВИ.

У овом раду биће анализирана ова три поменута модела регулисања употребе ВИ, са посебним акцентом на европски модел. Иако амерички, кинески и европски модел нису једини модели регулисања употребе ВИ у упоредном праву, већина осталих представљају варијације једног од ова три модела. Напоследку биће размотрен правни оквир регулисања ВИ у Републици Србији.

2. СЈЕДИЊЕНЕ АМЕРИЧКЕ ДРЖАВЕ

Регулисање употребе вештачке интелигенције у Сједињеним Америчким Државама почива на захтевима тржишта. У САД не постоји један свеобухватан федерални закон који регулише употребу вештачке интелигенције, али постоји растући број иницијатива на федералном и државном нивоу, као и смернице које издају надлежне институције.⁸ Приступ који се искристалисао у САД је заснован на балансу између иновација, тржишне конкуренције. Људска права остају ипак у другом плану.

2. 1. Иницијативе на федералном нивоу

Извршна уредба о вештачкој интелигенцији (енг. *Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of AI*)⁹ коју је у октобру 2023. године потписао тадашњи председник САД поставља смернице за безбедан развој и примену ВИ. Ова уредба предвиђа:

- Обавезу великих компанија да обавесте владу о развоју напредних система ВИ;
- Безбедносна тестирања модела ВИ пре комерцијалне употребе;
- Заштиту приватности корисника;
- Забрану дискриминаторне употребе ВИ у запошљавању, здравству и становању.

8 <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/ai-watch-global-regulatory-tracker-united-states>, приступ 31. 5. 2025.

9 <https://www.federalregister.gov/documents/2023/11/01/2023-24283/safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence>, приступ 31. 5. 2025.

У Конгресу се разматра више предлога закона, попут Декларације о правима у ери вештачке интелигенције (енг. *AI Bill of Rights*), коју је предложила Канцеларија Беле куће за науку и технологију. Она обухвата пет основних права: заштиту од пристрасности алгоритама, објашњивост система, приватност података, могућност људске контроле и заштиту од злоупотреба.

2. 2. Савезне агенције

Федерална трговинска комисија активно прати употребу ВИ у потрошачким производима, посебно у вези с обмањујућом или дискриминаторном употребом. Компаније могу бити санкционисане ако не информишу потрошаче о употреби ВИ или ако крше законе о заштити приватности и потрошача.

Национални институт за стандарде и технологију развио је 2023. године оквир за управљање ризицима (енг. *AI Risk Management Framework*)¹⁰ — оквир који помаже организацијама да идентификују, процене и управљају ризицима повезаним са системима ВИ.

2. 3. Иницијативе појединих савезних држава

Поједине државе САД, попут Калифорније, Њујорка и Илиноиса, доносе сопствене законе. Држава Калифорнија има строге прописе о заштити података, који се примењују и на ВИ. Држава Њујорк тражи транспарентност у коришћењу ВИ у процесима запошљавања. Држава Илиноис регулише употребу биометријских података, што се односи и на системе ВИ за препознавање лица.

3. НАРОДНА РЕПУБЛИКА КИНА

Народна Република Кина је међу водећим државама како у погледу развоја, тако и у контексту примене ВИ. Регулисање ВИ у Народној Републици Кини почива на комбинацији снажне подршке технолошким иновацијама са централизованом државном контролом, посебно у погледу безбедности, етике и друштвене стабилности.¹¹

¹⁰ <https://www.nist.gov/itl/ai-risk-management-framework>, приступ 31. 5. 2025.

¹¹ „Shape of China’s AI regulations and prospects”, <https://law.asia/china-ai-regulations-legislation-compliance-future-prospects/>, приступ 31. 5. 2025.

Закон о заштити личних података (енг. *Personal Information Protection Law*)¹² из 2021. године представља кинески пандан Општој уредби о заштити података у Европској унији. Овај закон поставља строге услове за прикупљање, обраду и пренос личних података, што директно утиче на системе ВИ који користе велике количине таквих података. Закон уводи начела као што су минимизација података, сагласност корисника и трнаспарентност алгоритама.

Кинеска администрација за сајбер простор донела је 2022. године правила која захтевају да се алгоритми који утичу на информисање и понашање корисника региструју код власти. Компаније су обавезне да корисницима омогуће опцију искључивања персонализованих препорука и да осигура да алгоритми не промовишу садржај који нарушава јавни ред или пропагира „непожељне вредности“.

Народна Република Кина 2023. године доноси привремене прописе о генеративној ВИ.¹³ Ови прописи уводе обавезе за добављаче генеративне ВИ (нпр. четботове, генераторе слика и текста итд.). Међу обавезама су:

- Осигурање да садржај буде тачан и да не шири дезинформације;
- Избегавање дискриминаторних резултата;
- Промоција „позитивних вредности социјалистичког друштва“;
- Техничка сигурност и провера модела пре објављивања.

Такође је предвиђено да сви системи ВИ који комуницирају са корисницима морају јасно назначити да су генерисани ВИ.¹⁴

У погледу надлежности и контроле државе, за разлику од тзв. западних регулатива које често долазе из независних регулаторних тела, у Кини су сви прописи под снажним надзором централне власти. Кључна улога припада Кинеској администрацији за сајбер простор, Министарству за индустрију и информациону технологију, као и другим телима социјалистичке партије.

¹² <https://personalinformationprotectionlaw.com/>, приступ 31. 5. 2025.

¹³ „Shape of China’s AI regulations and prospects”, <https://law.asia/china-ai-regulations-legislation-compliance-future-prospects/>, приступ 31. 5. 2025.

¹⁴ *Ibid.*

4. ЕВРОПСКА УНИЈА

Акт о ВИ усвојен је у мају 2024. године и ступио је на снагу двадесет дана од објављивања у *Службеном листу ЕУ*, 12. јула 2024. Почеће да се примењује у потпуности од 2. августа 2026. године. У међувремену је Европска комисија донела Пакт о ВИ¹⁵ који заправо представља добровољну иницијативу која подстиче провајдере ВИ да проактивно поштују кључне обавезе Акта о ВИ и пре него што он почне званично да се примењује у ЕУ

Један од главних циљева Акта о ВИ је регулисање примене технологија ВИ у различитим секторима кроз приступ заснован на процени ризика.¹⁶ У том контексту, Акт о ВИ успоставља обавезе које се разликују у зависности од степена ризика повезаног са одређеним апликацијама ВИ. Као такав, Акт о ВИ би требало посматрати као циљани регулаторни захват, а не као широку, свеобухватну уредбу, попут Уредбе о заштитити података.^{17 18}

Акт о ВИ се може сматрати једним делом сложене регулаторне пузле,¹⁹ тј. Акт о ВИ је такође део ширег регулаторног оквира који се састоји од података, инфраструктуре и алгоритама.²⁰

Акт о ВИ прави разлику између система вештачке интелигенције (енг. *AI systems*) и модела вештачке интелигенције опште намене (енг. *General-Purpose AI models—GPAI*). Модели вештачке интелигенције опште намене су модели ВИ обучени (похрањени) са великом количином података, користећи самонадзор, који могу обављати широк спектар различитих задатака. С обзиром на комплексност и детаљност Акта о

¹⁵ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>. Приступ: 31. 5. 2025.

¹⁶ Korać, V., Prlja, D., Gasmi, G., „Challenges brought on by Artificial Intelligence”, *Archaeology and Science* 17/2021, 163. DOI: https://doi.org/10.18485/arhe_apn.2021.17.10

¹⁷ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, *OJ L* 119 of 4 May 2016.

¹⁸ J. Ceranic Perisic, 155.

¹⁹ M. Stanić, Lj. Tintor, „Human rights and Artificial Intelligence – International Public Law and Constitutional Aspects”, *Regional Law Review* (eds. J. Kostić, A. Rodina, T. Russo), Institute of Comparative Law, Belgrade 2024. 169, DOI: https://doi.org/10.56461/iup_rlr.2024.5.ch2

²⁰ T. Samman, B. de Vanssay, „What to take away from the European law on Artificial Intelligence”, *Schuman Paper* 757/2024, 1.

ВИ, с једне стране, и ограниченост обима овог рада, с друге стране, у редовима који следе биће анализирани само најзначајније одребе Акта ВИ које се односе на системе ВИ.

4.1. Поље примене и дефиниције

Акт о ВИ има врло широко поље примене и изражен екстратериторијални домет, јер се примењује на сваки систем ВИ који има утицај у ЕУ, без обзира на то где је седиште његовог добављача. Конкретно, Акт о ВИ се примњује када је систем ВИ пласиран на тржиште или стављен у употребу у ЕУ, када се корисник налази у ЕУ или када се излазни подаци користе у ЕУ.²¹

Вештачка интелигенција је у Акту о ВИ дефинисана врло широко. Покрива сваки систем заснован на машинама дизајниран да функционише са различитим нивоима аутономије и који може показивати зависност након имплементације, и који, са експлицитним или имплицитним циљевима, износи закључке на основу улазних података које добија, како би генерисао излазне податке као што су предикције, садржаји, препоруке или одлуке које могу утицати на физичка или виртуелна окружења.²²

Акт о ВИ предвиђа неколико изузетака у вези са пољем примене:

- Системи и модели ВИ који су развијани и коришћени искључиво у војне и одбрамбене сврхе и сврхе националне безбедности;
- Системи и модели ВИ специфично развијани и стављани у употребу искључиво у сврху научно-истраживачког развоја;
- Сва истраживања, тестирања или развојне активности у вези са системима ВИ или моделима ВИ пре него што буду пласирани на тржиште или стављени у употребу;
- Системи ВИ који су издати под слободним и отвореним лиценцама, осим ако не спадају под забране у вези и осим у вези са захтевима транспарентности за генеративну ВИ.

²¹ Art. 2 of the Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), *OJ L 2024/1689*, 12.July 2024.

²² Art. 3 of the Regulation (EU) 2024/1689.

4. 2. Регулисање система ВИ

Акт о ВИ прави разлику између четири категорије употребе на основу нивоа ризика за здравље, безбедност и основна људска права. За сваку од категорија предвиђени су специфични захтеви за добављаче и кориснике ових системи. Категорије су:

- Забрањене праксе ВИ;
- Системи ВИ високог ризика;
- Системи ВИ ограниченог ризика;
- Системи ВИ ниског или минималног ризика.

Укратко ће бити размотрене одредбе Акта о ВИ у вези са забрањеним праксама ВИ и системима ВИ високог и ограниченог ризика. За системе ВИ ниског или минималног ризика Акт о ВИ предвиђа да државе чланице и Комисија само подстичу и олакшавају добровољне кодексе понашања.²³

4.2.1. Забрањене праксе ВИ

Акт о ВИ забрањује стављање на тржиште, стављање у употребу или коришћење следећих система ВИ (са изузецима за одређене случајеве):²⁴

- Системи ВИ који примењују сублиминалне технике²⁵ ван свести особе или намерно манипулативне или обмањујуће технике;
- Системи ВИ који искоришћавају било коју рањивост особе или специфичне групе особа због њиховог узраста, инвалидитета или специфичне социјалне или економске ситуације;
- Биометријски системи категоризације који категоризују појединачне физичке особе на основу њихових биометријских података како би извукли или претпоставили неки осетљиви атрибут;

²³ M. Veale, F.Zuiderveen Borgesius, „Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act”, *Computer Law Review International* 4/2021, 97.

²⁴ Art. 5 of the Regulation (EU) 2024/1689.

²⁵ **Сублиминалне технике** представљају психолошке или маркетиншке методе које користе сензорне стимулусе (визуелне, аудитивне, аудиовизуелне) који се перципирају подсвесно, односно без свесног запажања, с циљем утицаја на когницију или понашање појединца.

- Системи ВИ за сврхе социјалног оцењивања;
- Коришћење ‘real-time’ система²⁶ за даљинску биометријску идентификацију у јавним просторима у сврху спровођења закона, уз неке важне изузетке;
- Системи ВИ за процену ризика од стране физичких лица у циљу процене или предвиђања ризика од почињења кривичног дела од стране физичког лица;
- Системи ВИ који креирају или проширују базе података о препознавању лица кроз наменско преузимање слика лица са интернета или снимака;
- Системи ВИ који изводе закључке о емоцијама физичког лица у ситуацијама везаним за радно место и образовање, уз неке изузетке.

4. 2. 2. Системи ВИ високог ризика

Регулисање система ВИ високог ризика представља срж Аката о ВИ. Акт о ВИ дефинише критеријуме за класификацију система ВИ као система високог ризика, заједно са низом обавеза и захтева за ове системе и различите заинтересоване стране у ланцу вредности, од добављача до корисника.

- Класификација система ВИ високог ризика

Акт о ВИ квалификује одређене системе ВИ као системе високог ризика који имају значајан штетан утицај на здравље, безбедност, основна права, животну средину, демократију и владавину права. Конкретно, Акт о ВИ успоставља две категорије система ВИ високог ризика: системи ВИ су обухваћени правилима ЕУ о безбедности производа (играчке, аутомобили, здравства, итд.) ако се користе као безбедносна компонента производа или су сами производ (нпр. апликација ВИ у роботизованој хирургији).²⁷

Системи ВИ су наведени у Анексу III Акта о ВИ који дефинише употребу и секторе у којима се примена ВИ сматра високо ризичном.

²⁶ **Real-time системи** (системи у реалном времену) су **рачунарски системи који морају да реагују на неки догађај унутар строго дефинисаног временског рока**. Није довољно само да систем исправно ради — **важно је и када он одради свој посао** (нпр. ваздушни јастуци, системи у авијацији итд.).

²⁷ T. Samman, B. de Vanssay, 3.

Укратко, следеће области и системи ВИ су укључени:²⁸

- Биометрија;
- Критична инфраструктура;²⁹
- Образовање и радно место;
- Приступ основним услугама;
- Спровођење закона, правда, имиграција и демократски процес.

Акт о ВИ такође омогућава добављачима система ВИ високог ризика да докажу да њихови системи не спадају у категорију високог ризика и да немају значајан утицај на процес доношења одлука. У том циљу, добављачи морају показати да испуњавају барем један од следећих услова:³⁰

- Систем ВИ је намењен за обављање унапред дефинисаног задатка по строго утврђеној процедури;
- Систем ВИ је намењен за побољшање резултата претходно обављених људских активности;
- Систем ВИ је намењен за откривање образаца доношења одлука или одступања од претходних образаца доношења одлука и није предвиђено да замени или утиче на претходно извршену људску процену, без одговарајуће људске провере;
- Систем ВИ је намењен за обављање припремног задатка за процену релевантну за сврхе употребе случајева наведених у Анексу III.

- Главни захтеви за системе ВИ високог ризика и обавезе страна у ланцу вредности ВИ.³¹

Прво, Акт о ВИ предвиђа скуп захтева за системе ВИ високог ризика, укључујући управљање ризицима, управљање подацима, техничку документацију, вођење евиденције, упутства за употребу, људски надзор, као и тачност, робусност и сајбер безбедност.

²⁸ Art. 7 of the Regulation (EU) 2024/1689.

²⁹ Критична инфраструктура представља системе, објекте, мреже и услуге који су од суштинског значаја за безбедност, здравље, економску стабилност и функционисање државе и друштва, а чији би поремећај или уништење имало озбиљне последице.

³⁰ T. amman, B. de Vanssay, 3.

³¹ Art. 16 of the Regulation (EU) 2024/1689.

Друго, Акт о ВИ намеће низ обавеза различитим заинтересованим странама унутар ланца вредности, укључујући добављаче, увознике, дистрибутере и кориснике. Такође дефинише правила за одређивање расподеле одговорности, посебно када нека од ових страна направи значајну модификацију система ВИ. Већина обавеза пребачена је на добављаче, а обухвата области као што су усклађеност и регистрација, системи управљања квалитетом, одржавање документације, евиденција, корективне акције и обавеза информисања.

4. 2. 3. Системи ВИ ограниченог ризика

Трећа категорија односи се на добављаче и кориснике генеративних система ВИ, као и кориснике система за препознавање емоција или биометријску категоризацију, који морају, између осталог, да се придржавају захтева за транспарентношћу. Што се тиче четботова, од суштинског значаја је информисати кориснике да комуницирају са системом ВИ, обезбеђујући транспарентност у вези са природом интеракције. Када је у питању генеративна ВИ, обавеза је да се одржи јасноћа и спречи збуњивање. Кључно је означити излазне податке у машински читљивом формату, како би се обезбедило да буду препознатљиви као вештачки генерисани или измењени. Што се тиче вештачки генерисаног лажног садржаја – дипфејк (енг. *deepfake*), садржај мора бити јасно означен као вештачки генерисан или измењен. Такође, важно је обавестити кориснике када такав садржај представља дело које је ненамерно уметничко, креативно, сатирично или фиктивно. Када су у питању генерисане вести, потребно је открити када је садржај вештачки генерисан или је манипулисано њиме, осим у случајевима када је садржај подвргнут људском прегледу или уређивачком надзору.³²

5. РЕПУБЛИКА СРБИЈА

Република Србија, као кандидат за чланство у Европској унији, определила се за приступ ЕУ у погледу регулисања употребе ВИ. Радана група за израду законодавног оквира у области употребе ВИ ради на доношењу новог Закона о ВИ. На основу радне верзије Закона о ВИ уочава се да у свему следи приступ ЕУ у овој области.

³² T. Samman, B. de Vanssay, 4.

6. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Иако у упоредном праву постоје бројни приступи регулисању примене вештачке интелигенције, сви они би се могли подвести под три приступа, другим речима, сви они почивају на америчком, кинеском или европском моделу. Сваки од ова три приступа почива на потпуно различитим основама и принципима. Република Србија, као кандидат за чланство у ЕУ, определила се за модел који се развија под окриљем Савета Европе и Европске уније.

Регулисање вештачке интелигенције у САД је у развоју, али без централизованог закона. Уместо тога, систем се ослања на комбинацију федералних смерница, деловања агенција и прописа појединих држава. Овај тзв. „каубојски” модел лако се прилагођава законима тржишта, али је врло споран из угла заштите људских права.

Кина, пак, развија свеобухватан регулаторни оквир за употребу вештачке интелигенције, који је у служби како технолошког развоја, тако и политичке и друштвене контроле.

Када је реч о европском приступу, из перспективе остваривања и заштите људских права Акт о ВИ се перципира изузетно позитивно. Међутим, део академске и стручне јавности изражава озбиљну забринутост да је регулисање употребе ВИ унутар ЕУ отишло предалеко, у смислу прекомерног и претерано детаљног регулисања (енг. *overregulation*). Постоји оправдана бојазан да ће регулаторни приступ који је усвојила ЕУ додатно ослабити њену позицију на глобалном тржишту. Наиме, у области иновација и развоја и употребе ВИ доминантну позицију већ дуго држе САД и Кина. Стога се чини да ће са почетком примене Акта о ВИ конкурентност ЕУ бити додатно ослабљена у поређењу са позицијама САД и Кине.

ЛИТЕРАТУРА

1. Veale M., Zuiderveen Borgesius F., „Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act”, *Computer Law Review International* 4/2021, 97–112.
2. Glinčić M., „Insurance market response to challenges imposed by Artificial Intelligence”, *Causation of Damages, Damage Compensation and Insurance* (eds. M. Glinčić, D. Obradović), Institute of Comparative Law, Belgrade 2024, 33–49;

3. Živković A., „Computer programs legal protection framework with special reference to Artificial Intelligence ChatGPT”, *Strani pravni život* 3/2024, 317–338. DOI: https://doi.org/10.56461/SPZ_24301KJ
4. Korać, V., Prlja, D., Gasmi, G., „Challenges brought on by Artificial Intelligence”, *Archaeology and Science* 17/2021, 159–165. DOI: https://doi.org/10.18485/arhe_apn.2021.17.10
5. Mihajlović A., Ćorić V., „Artificial Intelligence and discrimination – strengths and weaknesses of the current European anti-discrimination legal framework”, *Regional Law Review* (eds. J. Kostić, A. Rodina, T. Russo), Institute of Comparative Law, Belgrade 2024, 9 – 29, DOI: https://doi.org/10.56461/iup_rlr.2024.5.ch2
6. Samman T., de Vanssay B., „What to take away from the European law on Artificial Intelligence”, *Schuman Paper* 757/2024, 1–7;
7. Stanić M., Tintor Lj., „Human rights and Artificial Intelligence – International Public Law and Constitutional Aspects”, *Regional Law Review* (eds. J. Kostić, A. Rodina, T. Russo), Institute of Comparative Law, Belgrade 2024. 169–178, DOI: https://doi.org/10.56461/iup_rlr.2024.5.ch2
8. Ceranic Perisic J. „Digital transformation: Regulation of Artificial Intelligence in the European Union”, *15th Network Europe Conference European Integration in Times of Security Challenges* (eds. A. Kellerhals., T. Baumgartner, F. Ademi), EIZ Publishing, Zurich 2015, 147–164, DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-784>

Правни извори:

1. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, *OJ L* 119 of 4 May 2016.
2. Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), *OJ L* 2024/1689, 12.July 2024.
3. White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust of 19 February 2020, COM (2020) 65 final.

Интернет извори:

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>, приступ: 31. 5. 2025.

<https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/ai-watch-global-regulatory-tracker-united-states>, приступ 31. 5. 2025.

<https://www.federalregister.gov/documents/2023/11/01/2023-24283/safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence>, приступ 31. 5. 2025.

<https://www.nist.gov/itl/ai-risk-management-framework>, приступ 31. 5. 2025.

„Shape of China’s AI regulations and prospects”, <https://law.asia/china-ai-regulations-legislation-compliance-future-prospects/>, приступ 31. 5. 2025.

<https://personalinformationprotectionlaw.com/>, приступ 31. 5. 2025.

Jelena Ceranic Perisic, Ph.D³³

**REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE USAGE IN
COMPARATIVE LAW**

***Summary:** Comparative law has seen the emergence of three distinct approaches to regulating the use of artificial intelligence (AI). First, the United States has adopted the so-called market-based model (often colloquially referred to as the “cowboy model”), wherein the development and use of AI are primarily governed by market forces and demand. Second, the People’s Republic of China follows a state-centered model, whereby the central government exercises direct regulatory control over AI. Third, the European Union has chosen a legalistic approach, relying on binding legal instruments to regulate AI. In accordance with this approach, the EU adopted the Artificial Intelligence Act in May 2024. This Act entered into force twenty days after its publication in the Official Journal of the EU—on July 12, 2024—and will become fully applicable as of August 2, 2026. The*

³³ Associate Professor, Faculty of Legal Sciences, University “Apeiron”, Banja Luka.

AI Act constitutes the world's first comprehensive legal framework dedicated to AI. Its primary objective is to ensure that AI developed and deployed within the EU is trustworthy and aligned with fundamental human rights. This paper analyzes the three regulatory models of AI governance outlined above. Additionally, it examines the current legal framework governing AI in the Republic of Serbia.

Keywords: *artificial intelligence, comparative law, European Union, United States, People's Republic of China, Artificial Intelligence Act.*

ЗАШТИТА ЈАВНИХ ИНТЕРЕСА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Проф. др Драго Љ. Дивљак¹

***Анстракт:** У модерно времесе више се отварају питања веза међународне трговине са тзв. нетрговинским питањима која у себи сублимирају различите јавне интересе. У датим околностима сматрамо потребним и значајним размотрити улогу правног система СТО у њиховој заштити. Акценат је био на анализи већ постојећих формалних правних облика заштите јавних интереса, њиховом правном опсегу и домаћају. У том оквиру, у фокусу нам је био статус јавних услуга и регулисање општих изузетака. Оцена стања у датој области је био бити кључни основ задавање могућих предлога за унапређење стања.*

У постојећем правном систему, јавни интереси су једино формално заштићени путем општих и посебних изузетака који се односе на јавне услуге. Узимајући у обзир садржину ових правила и њихове ефективне домете у контексту целине правне регулативе СТО, може се констатовати да се ради о некохерентном, фрагментарном систему заштите неуједначеним стварним ефектима који свакако не задовољавају нарасле потребе у датој области. Стога сматрамо потребним предузумање активности на побољшању стања у погледу правне валоризације и заштите јавних интереса у правном систему СТО. Водећи рачуна о датим потребама и циљевима сматрамо да је при том потребно кре-

¹ Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића бр. 1, 21000 Нови Сад; e-mail: D.Divljak@pf.uns.ac.rs

нути од решења која су мање амбициозна алиреалано остварива. У том контексту, корисним сматрамо коришћење механизма изгласавања појединачних изузећа који би се односили на поједине одред неправног система СТО. Такав приступ би могао функционисати као прелазно решење све до ублажавања сада изражених политичких и економских сукоба у свету, када бисе могли активирати амбициознији планови.

Кључне речи: правни систем, Светска трговинска организација, јавни интереси, јавне услуге, општи изузеци.

1. УВОД

Од краја XX века све више се потенцира проблем правне валоризације и заштите јавних интереса у оквиру Светске трговинске организације (у даљем тексту СТО). При том функционално полазимо од става да се они могу посматрати само као интереси заједнице у целини и интересе свих инволвираних актера.² Веза између тзв. трговинских и нетрговинских питања попут заштите животне средине, здравља, права ислободе људи, остваривања правде³ постаје све више предмет не само теоријских расправа⁴ већ и спорова пред органима СТО за решавање спорова.⁵ Дати проблем нема само конкретне практичне реперкусије у

² Schorkopf, Frank, Christian Walter. "Elements of constitutionalization: multilevel structures of human rights protection in general international and WTO-law." *German Law Journal* 4.12, 2003, 1371.

³ Шипе: Kuilwijk, Kees Jan. „The European Court of Justice and the GATT dilemma: public interest versus individual rights?”. *Diss. European University Institute*, 1996, 261 и даље.

⁴ Charnovitz, Steve. "Opening the WTO to nongovernmental interests." *Fordham Int'l LJ* 24, 2000, 175.

⁵ У том погледу као прекретница се сматра случај United States-Restrictions on Imports of Tuna, GATT B.I.S.D. 39S/155 (Sept. 3, 1991). Касније су следили и други спорови и одлуке органа за решавање спорова као што су: Appellate Body Report, European Communities – Trade Description of Sardines, WT/DS231/AB/R, 23 October 2002 (EC – Sardines); Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998 (US - Shrimp Turtle); GATT Panel Report, United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, WT/DS384, 386, 18 November, 2011 (US – COOL); Appellate Body Report, United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, WT/DS384/AB/R (June 29, 2012); Panel Report, United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/R, 2 September 2011, (US – Clove Cigarettes); Appellate Body Report, United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R (Apr. 4, 2012); Panel Report, European Communities

погледу остваривања и заштите јавних интереса, већ може утицати и на сам концепт и природу ове организације.

У датим околностима сматрамо потребним и значајним размотрити улогу правног система СТО у заштити јавних интереса. При том акценат ће бити на анализи већ постојећих формалних правних облика заштите јавних интереса, њиховом правном опсегу и домаћају. У том оквиру, у фокусу ће нам бити статус јавних услуга и регулисање општих изузетака. Оцена стања у датој области биће кључни основ за давање могућих предлога за унапређење стања.

2. Формални облици заштите јавних интереса у СТО

Централни принцип СТО је право на приступ међународном тржишту. Он у пракси углавном штити интересе везане за стицање профита.⁶ Правна структура СТО која се заснива на широкој обавези недискриминације као и забрани квантитативних ограничења, системски прати такав приступ. Међутим, у праву СТО ипак постоје и правни сегменти који се заснивају на ставу да се морају уважити и интереси и циљеви јавне политике и јавних интереса.⁷ У том смислу се креирају и правни механизми заштите ових интереса у форми општих и посебних изузетака. У том контексту у даљем раду анализираћемо опште изузетке и оне који се односе на јавне услуге.

– Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, adopted 21 November 2006 (EC – Biotech); Appellate Body Report, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 5 April 2001 (EC – Asbestos); Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998 (EC – Hormones) and Appellate Body Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996 (US – Gasoline); food: Panel Report, European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, Complaint by Australia, WT/DS290/R, adopted 20 April 2005, DSR 2005:X, 4603; culture: Panel Report, China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/R.

⁶ Упор: Picciotto S., "Private rights vs public standards in the WTO." *Review of International Political Economy* 10.3, 2003379.

⁷ Упор: Howse Robert, Kalypso Nicolaidis, "Enhancing WTO legitimacy: constitutionalization or global subsidiarity?." *Governance* 16.1, 2003, 5.

2.1. Правни статус јавних услуга

2.1.1. Формални основ

У контексту јавних интереса и изражених друштвених и социјалних импликација које продукују, посебну пажњу заслужује анализа третмана јавних услуга у СТО, под којима уопштено подразумевамо „услуге које подлежу посебним правним режимима или посебним обавеза макоје се намећу услугама или добављачима услуга од надлежне националне, регионалне или локалне власти у општем интересу.”⁸ Супротно правном третману у националним државама, где су јавне услуге дубоко правној институционално укоренењени уз све еволутивне промене,⁹ на међународном плану њихов статус је отворен, па је логично да је тобилоједно од најжешћих дебатних питања у оквиру СТО.

Премда су у Уругвајској рунди преговора јавне услуге још увек имале подређену улогу, ипак је она резултирала одређеним правилима у оквиру СТО. Она су садржана у оквиру чл. ПЗ (б) и (ц) Општег споразума о услугама¹⁰ (у даљем тексту GATS). У њему је утврђено дау складу са датим споразумом, појам ”услуге” обухватају све услуге у било ком сектору осим услуга које се пружају у вршењу владиних овлашћења. Исто тако је прописано да ”услуга која се пружа у вршењу владиних овлашћења” означава сваку услугу која се не пружана комерцијалној основи, нити у конкуренцији са једним или више добављача услуга.

Наведене одредбе суштински подразумевају прихватање једног од два могућа приступа јавним услугама у међународним трговинским споразумима, који концептуално подразумевају да се јавне услуге свеукупно или парцијално изузму од примене општих правила трговинских споразума.

Њихов циљ је да одбрани ексклузивност права државе нарегулисање јавних услуга. У контексту СТО, он је значао изузеће јавних услуга из општег режима услуга, где су либерализација трговине и тр-

⁸ Упор: Krajewski, Markus. “Public services in bilateral free trade agreements of the EU.” *Available at SSRN 1964288*, 2011, 44.

⁹ О њима шире: Raza, Werner. “Services liberalisation in the WTO: Implications for public services in Europe.” *Conference on An Alternative to the Market: The Social, Political and Economic Role of Public Services in Europe. ETUI-REHS, EPSE, SALTSA. Brussels, Belgium*. 2007.

¹⁰ General Agreement on Trade in Services (GATS)

жишно засноване операције правило, док јавне услуге остају у сфери изузетака.¹¹

Иако су ове одредбе могле бити јасније изражене, оне су ипак не-двосмислене у три аспекта. Прво, битно је само постојање конкуренције, при чему (не)комерцијална природа активности није релевантна. Друго, једини фокус је на чињеници да ли је (приватним) добављачима финансијских услуга дозвољена конкуренција, а да при том понашање јавног субјекта није одлучујуће.¹² Треће датом применом метода позитивне листе, изузеће се односи на све услуге које испуњавају дате услове, без изузетака.¹³

На основу датих правила, фактички се креирају два општа услова за дефинисање једне услуге као јавне у међународној трговини. Први је везивање за њихово вршење у оквиру владиних овлашћења, а други се заснива на елементу да се оне не пружају на комерцијалној основи, нити у конкуренцији са једним или више добављача услуга. Њихова дубља функционална анализа показује да је први услов непотребан у условима постојања другог услова. Наиме, уколико је њихова једина сврха да се изузму услуге које се не пружају ни на комерцијалној основи ни у конкуренцији, јединствени други услов бимогао бити довољан.¹⁴

2.1.2. Ефективни домашај

Да би се у потпуности проценио потенцијални ефективни домашај наведених клаузула о изузећу јавних услуга у ГАТС-у, сматрамо потребним утврдити њихов материјални обим клаузуле и степен заштите. То суштински значи да је потребно утврдити које услуге су обухваћене клаузулом о изузећу али и на које обавезе држава чланица се оне односе.

Суштински, обим наведених изузећа тиче се садржине концепта јавних услуга у ГАТС-у односно давања одговора на питање на које тачно јавне услуге се ова одредба односи. То је могуће учинити прецизирањем дефиниције јавних услуга и услова за примену изузећа. Иако то делује једноставно, они свакако не дају прецизне одговоре. Разлог за то је двосмислен концепт „владина овлашћења“ који се прецизира са пози-

¹¹ Упор: Krajewski M., 6, 27, 44.

¹² Упор: Adlung, Rudolf. "Public Services and the GATS." *Journal of International Economic Law* 9.2, 2006, 467.

¹³ О разликама у погледу приступа негативне и позитивне листе: Krajewski M., 9

¹⁴ Упор: Adlung R., 465.

вањем на „комерцијалну основу” или „у конкуренцији”. Такав функционални приступ¹⁵ отвара додатна питања обима и вредности такве дефиниције.

То претпоставља да се прво утврди прецизније значење одредбе „услуге које се врше у оквиру владиних овлашћења.” У том контексту се као претходно питање поставља то да ли се тај појам у потпуности поклапа са појмом „услуге које се пружају у вршењу државних овлашћења”, што је најчешће коришћена клаузула у трговинским споразумима уопште. Међутим, чини се рационалним да је разлика прилично маргинална. Наиме, обе врсте приступа усвајају функционални модел дефинисања јавних услуга и односе се на одређену државну функцију (вршење јавних овлашћења), при чему се не прецизира на који сектор се тачно примењује клаузула о изузећу.¹⁶

Исто тако, чини се да у литератури постоји све већи консензус да функционални приступ који се односи на државна или јавна овлашћења – са или без додатних дефиниција – обухвата само оне владине активности које се сматрају кључним за остваривање суверене функције (*acta iure imperii, fonctions regaliennes*) државе. У том оквиру оправдано се може претпоставити да оне обухватају активности као што су јавна управа, администрација, правосудје, полицијска и војна активност. Није јасно да ли битај концепт обухватио и друге активности, посебно ако постоји јавни монопол у њиховом вршењу.¹⁷ Део ових недоумица је прецизније разрешен за специфични сектор финансијских услуга, где се у Анексу о финансијским услугама (*Annex on financial services*) прецизира да владине овлашћења у овом сектору покривају: активности које чине део статутарног система социјалног осигурања или јавних пензионих планова и друге активности које спроводи јавно лице за рачун или уз гаранцију или коришћењем финансијских средстава Владе.¹⁸

С друге стране, потребно је прецизирати да појмови „на комерцијалној основи” или „у конкуренцији” значе да чак и услуге које се пружају у полутржишном окружењу или на строго регулисаном тржишту не би потпадале под ту клаузулу о изузећу. То истовремено значи да већина

¹⁵ Шире о том приступу: Krajewski M., 23.

¹⁶ Упор: Krajewski M., 2.

¹⁷ Примерично, поштанске услуге су се све до либерализације у тој области, касних 1990-их сматрале делом владиних функција у многим земљама ЕУ.

¹⁸ Чл. 1. б. и и и и Анекса о финансијским услугама. https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/10-anfin_e.htm, (приступљено маја 2025. године).

јавних услуга, укључујући социјалне, здравствене, образовне услуге као и универзалне услуге нису обухваћене овом клаузулом о изузећу.¹⁹

Друго питање које се поставља у вези домаћаја да одреди изузеће јавних услуга у систему ГАТС-а тиче се примена клаузуле на постојеће обавезе држава чланица из овог споразума, односно, прецизније, поставља се питање да ли се она односи на све или само неке обавезе из ГАТС-а. Тумачењем односних правила може се закључити да се правила о изузећу јавних услуга примењују на све одредбе ГАТС-а. То значи да оне не подлежу ни општим или безусловним, ни специфичним обавезама који произилазе из овог споразума, при чему је од кључне важности правило оприступу тржишту и националном третману.²⁰ Тиме ова правила о изузећу пружају највиши ниво заштите јавним услугама.

2.2. Општи изузеци

2.2.1. Опсег примене

У погледу заштите јавних интереса, приоритетни значај свакако имају одговарајућа правила чл. XX ГАТТ-а и чл. XIV ГАТС-а. Они нису садржани у Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) и другим споразумима СТО.²¹ Наведени чланови су усмерени на тачно утврђене области које покривају јавне интересе и то на неопходне мере за заштиту људи, животиња или биљака и њиховог здравља, мере које се односе на очување ограничених или необновљивих природних ресурса, под условом да се такве мере спроводе заједно са ограничењима домаће производње или потрошње као и мере за заштиту јавног морала.²² С друге стране, садржина општих изузетака у ГАТС-у је нешто другачија. И овде се изузеци односе на неопходну заштиту живота или здравља људи, животиња или биљака, јавни морал који се надограђује мером за одржавање јавног реда и додавањем зашти-

¹⁹ Упор: Krajewski M., 22. и 23.

²⁰ Услуге које су обухваћене ГАТС-ом у суштини спадају у две групе, зависно од тога о чему да ли подлежу одређеним обавезама. Примењује се низ безусловних обавеза. То укључују, пре свега, принцип најповлашћеније нације. Исто тако постоје и специфичне обавезе у погледу приступа тржишту, а које обавезују самодржаве које су их прихватиле. Adlung R., 467.

²¹ Упор: Babu, R. Rajesh. "WTO and the Protection of Public Morals." *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y* 13, 2018, 337.

²² Ст.а, б, хчл. XX ГАТТ-а.

те приватности појединаца у вези са обрадом и ширењем личних података и заштиту поверљивости појединачних евиденција и рачуна.²³ Све то јасно указује на то да се у области услуга недвосмислено проширује примена општих изузетака у односу на трговину робом.²⁴

Две битне одреднице суштински опредељују домете и ефективни домашај датих изузетака. Прво, значајно је да се они односе на све обавезе из Општег споразума, укључујући обавезу националног третмана и обавеза најповлашћеније нације, наравно.²⁵

Друго, полазни став је да се у сегменту заштите односних јавних интереса начелно оставља самим државама слобода да постављају сопствене стандарде, односно оставља право „да одреде ниво заштите коју сматрају одговарајућом.“²⁶ Међутим, истовремено се успоставља сложен и вишеслојни систем за оцену националних регулатива и стандарда,²⁷ који сусаджани у тзв.уводној одредби наведених чланова. На основу њих, изузеци се не могу “применити на начин који би представљао средство произвољне или неоправдане дискриминације између држава у којима преовлађују исти услови, или средство прикривеног ограничења међународне трговине.” Овако структурирана правила општих изузетака практично захтевају кумулативно испуњење напред наведених услова, за њихово валидно коришћење од стране држава чланица СТО.²⁸ У датом оквиру, ваљаност националних прописа у датим областима мора бити оправдана по основу примене захтева „најмање трговинске рестриктивности“, којим се може поништити национални регулаторни захтев, чак и ако је недискриминаторан и има ваљану сврху, ако постоји мање трговинско рестриктивно средство за постизање истих циљева.²⁹

Упогледу испуњења наведених услова, терет доказивања лежи на туженој страни.³⁰ Међутим, она не сноси терет да идентификује мање

²³ Ст.а, б,и и чл. XX ГАТТ-а.

²⁴ Упор: Babu R. R., 335.

²⁵ WTO ANALYTICAL INDEX GATT 1994 – Article XX (DS reports), стр.4

²⁶ Measures Affecting the CrossBorder Supply of Gambling and Betting Services, 6.465, 6.467, 6.535, WTO Doc. WT/DS285/R (adopted Apr. 20, 2005) [hereinafter U.S. — Gambling Panel Report]. 10 Id., 6.461. 11 id.

²⁷ Упор: Picciotto S., 382.

²⁸ О примени општих изузетака на област животне средине, шире: Дивљак Драго.: „Општи споразум о царинама и трговини (ГАТТ 1994) и заштита животне средине“, *Правни живот*, 2011, Но. 11.

²⁹ Упор: Picciotto S., 385.

³⁰ Упор: Babu R. R., 337.

трговинске рестриктивне алтернативне мере и докаже да ниједна од тих мера не постиже жељени циљ, јер би то био претешки терет за дату страну.³¹ На овај начин се делимично поправља позиција стране која се позива на заштиту јавног интереса.

Напред наведено указује на значај питања сношења терета доказивања, што је нарочито изражено у областима као што је заштита животне средине или здравља када се у ту проблематику додатно укључују сложена чињенична или јасно недефинисана научна питања. У датим областима алокација терета доказивања може играти кључну улогу пошто нејасни или недовољни докази могу довести до пресуде против стране који сноси терет доказивања.³² Такво стање може битно умањити могућност заштите неких јавних интереса, посебно у ситуацији када све то прати и рестриктивна пракса решавања спорова, као што је случај у вези заштите животне средине. У датој области очигледно постоји опасност од битног ограничења па и суспензије примене еколошке заштите коју утврђују релевантни еколошки споразуми мада у пракси до тога формално још није дошло.³³ Могућност подривања ових споразума, до којих се и иначе тешко долази, не само да доводи у питање интегритет и примену постојећих, већ ствара и опасност да уруши и преговоре о закључивању нових споразума и обесмисли потребу њиховог настанка. Дугорочно, латентни конфликт између тако изолованих сфера би урушио и систем међународне трговине.³⁴

Међутим, истовремено постоје и области где нормативна решења и пракса решавања спорова погодују остваривању јавних интереса. То се посебно односи намере заштите јавног морала у трговини робом, односномере заштите јавног морала и одржавања јавног реда у трговини услугама. Односни општи изузетак се све више користи у државама чланицама да се оправдају трговинска ограничења.³⁵

У широј пракси решавања спорова СТО из ове области,³⁶ термин

³¹ Упор: Condon, Bradley J. "Trade and Environment: How WTO Law Helps." *Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference*. 2018, 9.

³² Упор: Condon B. J., 6.

³³ Упор: Brack, D.,- Gray, K. "Multilateral environmental agreements and the WTO". *RIIA Sustainable Development Programme, and IISD, London*, 2003.

³⁴ Упор: Дивљак Д., 388.

³⁵ BabuR. R., 334.

³⁶ Упор: Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, 2003 complaint by Antigua and Barbuda; China — Measures Affecting Trading Rights

„јавни морал“ углавном остаје недефинисан. При том се наглашава дискреционо право чланице СТО „у дефинисању садржине овог појма, полазћи од различитих вредности које преовладавају у њиховим друштвима у датом тренутку.”³⁷ Констатовано је да „садржај ових концепата за чланове може варирати у времену и простору, у зависности од низа фактора, укључујући преовлађујуће друштвене, културне, етичке и верске вредности“ и да стога „члановима треба дати ширу могућност да дефинишу и примењују за себе концепте „јавног морала“ и „јавног поретка“ на својим територијама, према њиховим сопственим системима и скалама вредности”.³⁸ Другим речима, јавни морал не мора бити универзално признат и заштићен на исти начин.³⁹

У случају ЕС — Seal Products⁴⁰ се отишло даље у ширењу обима и субјективности у процени и дефинисању „јавног морала,” где је укаzano да у овој области није неопходна ни примена метода истраживања за процену ризика, које постоје у другим областима.⁴¹ На овај начин је приметно да је пракса решавања спорова у СТО дала значајан слободан простор у одлучивању чланице СТО о томе шта представља јавни морал у њиховом датом окружењу.⁴² Међутим, у датој ситуацији, постоји опасност да би такво благо тумачење и ширење обима коришћења јавног морала и функције општег изузетка од примена правила СТО, могло да отвори пут његовом ширем коришћењу и кад би ти основи потпадали

and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, 2009 complaint by the U.S.; European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, 2013 complaint by Norway and Canada; Colombia — Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, 2015 complaint by Panama and the recent Brazil — Certain Measures Concerning Taxation and Charges, 2017 complaint by European Union (hereinafter “EU”) of which the appeal is pending.

³⁷ Appellate Body Report, US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling And Betting Services, WTO Doc. WT/DS285/AB/R (adopted Apr. 20, 2005), US – Gambling Appellate Body Report.

³⁸ Panel Report, United States — Measures Affecting the CrossBorder Supply of Gambling and Betting Services, 6.465, 6.467, 6.535, WTO Doc. WT/DS285/R (adopted Apr. 20, 2005) [hereinafter U.S. — Gambling Panel Report]. 10 Id., 6.461. 11 Id.

³⁹ Упор: Babu R. R., 350.

⁴⁰ EC — Seal Products, European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400

⁴¹ Упор: Colombia — Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear, DS461, Appellate Body Report, 5.107, 5.116.

⁴² Babu R. R., 351.

под друге опште изузетке.⁴³ То би могло довести и до повећања употребе јавног морала као фактора одбране за забрану или ограничавање међународне трговине.

3. Оцена стања и предлози за даље поступање

3.1. Оцена стања

На основу напред изнете правне анализе постојећих облика правне заштите јавних интереса у систему права СТО, а узимајућу у обзир правни систем СТО у тоталитету, се може закључити и следеће:

У правном систему СТО, сегментирани, уско ограничени формални облици заштите јавног интереса се појављују у форми општих посебних изузетака, са различитим потенцијалом и ефективним домаћајима.

Прво, они су ограничног дмета и односе се само на поље роба услуга, док нису формално присутни у другим споразумима СТО за које постоји посебна потреба да буду видљиви, као што је ТРИПС или правила о дампингу. У Споразуму о антидампингу⁴⁴ доминира разматрање интереса произвођача и ништа не указује на то да постоји корелација између увозно конкурентних интереса и ширег јавног интереса у било ком виду. То је одраз чињенице да је оностао без иједног формалног упоришта за заштиту јавних интереса.⁴⁵

Друго, њихов домаћај није исти за све облике заштите и изузетака.

У области јавних услуга може се констатовати да напред изнете непрецизности у регулисању свакако спречавају у остварењу оптималних циљева у правном регулисању који би се састојали у обезбеђењу

43 На пример забрана у ЕУ промета говеди некод којих су коришћени хормони, за коју је утврђено да јенаучно неоправдана из здравствених разлога (или чак по принципу предострожности), могла би потенцијално оспорити позивом на заштиту јавног морала, где се не би траила научна потврда. Слични аргументи би се могли изнети у контексту трговине генетски модификованим организмима (ГМО) у контексту културних, верских и етичких разматрања. Упор: Babu R. R., 352.

44 Anti-Dumping Agreement (Implementation of Article VI of the GATT)

45 Ни одредба чл.в 6.2. Споразума о дампингу, којом се предвиђа да ће током антидампиншког поступка све „заинтересоване стране имати пуну прилику да брани своје интересе“, се не није користила у том правцу. Aggarwal, Aradhna. *The WTO anti-dumping agreement: possible reform through the inclusion a public interest clause*. No. 142. Working Paper, 2004, 1.

веће правне сигурности, уз одговарајућу заштиту постојећег система регулисања јавних услуга у државама чланицама и обезбеђењу регулаторнефлексибилности за будући развој.⁴⁶ Међутим, с друге стране, на практичној равни дате нејасноће ипак нису битно умањиле искорак који је учињен самим њиховим постојањем. Стога се правила СТО о јавним услугама у контексту заштите јавних интереса, могу генерално позитивно оценити без обзира на своја ограничења. Флексибилност датих правила ипак пружа широк простор за национална решења и не постоји разлог за претерану бригу да ли ће државе и са датим правилима обезбедити адекватне услуге које су друштвено релевантне као што су здравство и образовање, без штете по мање привилеговане кориснике и у крајњој линији по социјалну кохезију.⁴⁷

С друге стране, степен заштите јавних интереса и њихов домаћај је различит у сегменту примене општих изузетака. Постоје области као што је јавни морал где су она формално тако структурирана да дају широку могућност његове заштите, што је пракса решавања спорова и додатно ојачала. С друге стране, у области заштите здравља и животне средине, заштита је вишеструко лимитирана и условљена.⁴⁸ Додатно, ти услови су правно и чињенично неодређени. То их у значајној мери лишава делотворности. Ни пракса решавања спорова, осим код појединих одлука,⁴⁹ генерално није значјно одмакла у препознавању правне релевантности датих јавних интереса у систему права ове организације.

Треће, формални облици заштите јавних интереса у праву СТО имају лимитирану употребљивост јер важе само за појединачне случајеве тачно утврђене случајеве. На тај начин се покривају само неки од пожељних сегмената јавних интереса, а изван заштите су остале читаве целине људских права и радних и социјалних стандарда.

⁴⁶ European Commission, Reflections Paper on Services of General Interest in Bilateral FTAs (Applicable to both Positive and Negative Lists) Revised 28 February 2011. The Reflections Paper has not been released officially by the EU, but is available on various websites such as http://www.epsu.org/IMG/pdf/Reflections_Paper_on_SGIs_in_Bilateral_FTAs.pdf 4 European Commission, Commission Proposal for the Modernisation of the Treatment of Public Services in EU Trade Agreements, 26 October 2011.

⁴⁷ Упор: Adlung R., 456.

⁴⁸ Упор: Van den Bossche, Peter, 'WTO Dispute Settlement' in *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, cases and Materials* 2nd ed, 2008, 617, 618.

⁴⁹ AB US – Gasoline n 2, 16–17 and PR US – Shrimp n 2, para 7.44. 85 GATT Panel Report, United States Section 337 of the Tariff act of 1930 (US – Section 337) (adopted 7 November 1989, BISD 36S/345), para 5.9. Van den Bossche P., 618.

Свеукупно гледано можемо закључити датренутно нормативно стање у погледу валоризације и заштите јавног интереса у СТО представља искорак у односу на пређашње стање јер омогућава базичну заштиту дела јавних интереса. Међутим, то свакако не задовољава стално растуће потребе у овом погледу. Тако структуриран правни систем, који не поседује све потребне правне механизме да се носи са свим питањима изван области његове уске специјалности,⁵⁰ тешко може да решава важне проблеме јавне политике као што су ублажавање сиромаштва, болести и глад.⁵¹ Све то резултира приступом који полази из неоправдано ограничене перспективе и који имплицитно, у праву СТО даје приоритет либерализацији трговине у односу на друге легитимне циљеве и интересе.

3.2. Предлози запоступање

На основу изнете оцене датог стања јасно је да је нужно предузимање одговарајућих активности на његовом побољшању у погледу додатнеи комплексније валоризације и заштите јавних интереса у СТО.⁵² Притисак у том погледу је све јаче изражен, не само због значајаних интереса, већ и због чињенице да она поседује релативно ефикасан и обавезујући систем решавања спорова.

У датом контексту, постоје различити предлози, који су засновани на ширим концептима економских, социјалних и културних права.⁵³ Они су бројни⁵⁴ и различити по свом усмерењу и потенцијалу, односно степеноу амбициозности. У том погледу може се рећи да покривају различите

⁵⁰ Упор: Sucker, Franziska. "Including a General Public Interest Clause in WTO Agreements: A Way Forward in Trade Linkage Debates." *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper*. No. 19., 2014., 7.

⁵¹ Шире: Picciotto, S., "Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO." *Global intellectual property rights: Knowledge, access and development*. London: Palgrave Macmillan UK, 2002, 224. и даље.

⁵² Међутим, постоје и ставови који негирају потребе зајачањем јавних интереса у СТО а све по основу примене теорије тзв. неолибералног конституционализма, који би учврстио 'слобода трговине' као основно право појединца иправно спроводио преко националних судова. Овај ултра-либерални поглед полази од ставада је тежња за личним интересом појединца, посебно кроз економска размену, корисна за све. Шире: Petersmann, E.-U., 1993. "National Constitutions and International Economic Law." In M. Hilf and E.-U. Petersmann (eds.), *National Constitutions and International Economic Law*. Deventer.

⁵³ Упор: Picciotto Sol., "Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO", 233.

⁵⁴ Шире: Howse R., Kalypso N., 2.

полове, одврло амбициозних до оних који заговарају само прерасподелу утицаја без додатних правних измена и надоградње постојећег система правила СТО.

Најамбициознији предлози се заснивају на трансформацији у СТО. Они супрогресивни глобални економски регулатор којим се успоставља глобални стандард јавне добробити чији саставни део постају социјална права, еколошке и развојне бриге, остваривање дистрибутивне правде на глобалном нивоу.⁵⁵ Нешто мање амбициозан је предлог да се уместо појединачних општих и посебних изузетака, заштита јавних интереса „покрије“ општом клаузулом о јавном интересу која би се инкорпорирала у све споразуме унутар СТО.⁵⁶ Тиме би заштита јавних интереса постала обавезујући стандард за читав правни систем СТО. Овај приступ има читав низ предности. Он би с једне стране допринео разјашњењу значења и дефиниције јавног интереса, а с друге стране би обезбедио флексибилну отвореност за будући развој.⁵⁷

Постоје и мање комплексни амбициони предлози којима би се правна интервенција креирала за неке парцијалне секторе међународне трговине или би те измене важиле само за држава чланице СТО које би их прихватиле.⁵⁸ Сматра се да би ове врсте флексибилности допринеле лакшем прихвату модификације постојећих правила СТО.

Другу групу предлога карактерише изостанак правне интервенције у постојећа правила СТО, али се они на различите начине опет чине сензитивним за заштиту јавних интереса. У том оквиру се посебно потенцира улога система за решавање спорова СТО.⁵⁹ Тако посматрано, органи за решавање спорова Светске трговинске организације би морали исказати институционалну осетљивост и уважавање и других нетрговинских вредности и јавних интереса.⁶⁰ Стога се предлаже да се у поступке за решавања спорова СТО укључе и експерти из неекономских области, као што су људска права, заштита животне средине или здравља.⁶¹ У датом контексту се посебно корисним види и коришћење института тума-

⁵⁵ Упор: Sucker F., 5.

⁵⁶ Упор: Sucker F., 14.

⁵⁷ Упор: Sucker F., 16, 17.

⁵⁸ Упор: Howse R., Kalypso N., 2.

⁵⁹ Упор: Picciotto S., 378.

⁶⁰ Упор: Howse R., Kalypso N., 18.

⁶¹ Упор: Perez, Oren. Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict, 2004, 96.

чења правила СТО, чијим би се усвајањем принципа „граничне процене” у СТО, обезбедило флексибилније тумачење правила ове организације у корист јавног интереса,⁶² и то без икаквих формалних амандмана на споразуме СТО.⁶³ Такву намену може имати инструмент из права СТО, којим се може одступити од појединачних правила и обавеза у споразумима ове организације. Одлуке о појединачном изузећу представљају акте секундарног регулисања који су обавезујући за органе за решавање спорова.⁶⁴

У погледу оцене датих предлога и могућих праваца даљних активности у погледу заштите јавних интереса и интегрисања јавних интереса на одговарајући начин у правни систем СТО, сматрамо да је потребно поћи од два битна става.

Сматрамо да прави полазни став концептуалног карактера треба да се заснива на чињеници да је регулатива у погледу заштите јавних интереса резултат погледа на сукоб интереса и вредности у друштву.⁶⁵ У том оквиру треба јасно признати да међународни режим трговине утиче на широк спектар различитих друштвених вредности и да је нужно потребно да се обезбеди њихова заштита у оптималној а опет легитимној и разумној мери.⁶⁶ Регулаторна политика захтева осетљиво балансирање у датој области.

Исто тако, неизоставан је и став да је потребно поћи и од реалних могућности реализације датих предлога и шанси да се у условима изражене економске и политичке конфронтације у свету постигне сагласност о било којој интервенцији у постојећи правни систем СТО.

Тако посматрано, јасно је да је нереално да СТО постане глобални стандард јавне добробити. То се на жалост, исто може констатовати и за предлоге да се заштита јавних интереса узме као обавезујући стандард за читав правни систем СТО, који има низ предности, чак и када би био обавезујући само за земље које га прихвате, како то неки аутори

⁶² Упор: Picciotto S., 393.

⁶³ Шире: Benvenisti, E., 2000 ‘Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards’, *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 843.

⁶⁴ Упор: Feichtner, Isabel. “The waiver power of the WTO: opening the WTO for political debate on the reconciliation of competing interests.” *European Journal of International Law* 20.3, 2009, 633.

⁶⁵ Упор: Feichtner I., 617, 629.

⁶⁶ Упор: Sucker F., 6.

предлажу.⁶⁷ Стога сматрамо да се треба фокусирати на реално оствариве циљеве, који иако мањег домета, могу допринети израженијој валоризацији и заштити јавних интереса у овој организацији. Међутим и њихова примена је суочена са реалним препрекама. То првенствено важи за екстензивно проширење улоге органа за решавање спорова за промоцију и заштиту јавних интереса, који може наићи на правне и фактичке препреке. С једне стране оваква улога органа за решавање спорова није формално покривена правним правилима СТО и може дерогирати сигурност и предвидивост правила ове организације. С друге стране, фактичка препрека се може огледати и у чињеници да поступак решавања спорова у СТО за учеснике у спору намеће знатне трошкове.⁶⁸

У датој ситуацији корисним и реално остваривим сматрамо коришћење могућности које дају споразуми СТО, а који се тичу изгледавања појединачних изузећа који би се односиле на поједине одредбе правног система СТО. У том погледу је илустративан већ приказани пример из праксе који се односи на приступ земаља у развоју фармацеутским производима.⁶⁹ Овај приступ има рационалне предности. Њиме се постиже потребна флексибилност у избегавању потенцијалних сукоба норми унутар правног система СТО. На овај начина се даје аргумент да правила СТО могу показати и извесну флексибилност у избегавању потенцијалних сукоба норми кроз усвајање одрицања. Коначно, такав инструмент попут одустајања може модификовати постојећа правила која би важила само за државе чланице које желе његову примену. То бипотенцијално могла постати и основа за касније успостављање консензуса по датом питању. Међутим, његова највећа предност је у једноставном поступку доношења и примене.⁷⁰

4. Закључак

У модерно времесе више се отварају питања веза међународне трговине са тзв. нетрговинским питањима која у себи сублимирају различите јавне интересе. Она сеприродно и изражено актуелизује и у контексту СТО. Потреба њиховог инкорпорирања и заштите у правном сис-

⁶⁷ Упор: Howse R., Kalypso N., 21.

⁶⁸ Упор: Feichtner I., 632, 633.

⁶⁹ Упор: Sucker F., 1367, 1370.

⁷⁰ Упор: Feichtner I., 642, 643.

тему ове организације је јасно изражена и подржана у правној теорији.

Међутим, у постојећем правном сиситему СТО, видљиво је да она није опремљена општим и јединственим механизмом за заштиту датих интереса. Јавни интереси су једино формално заштићени путем општих и посебних изузетака који се односе на јавне услуге. Узимајући у обзир садржину ових правила и њихове ефективне домете у контексту целине правне регулативе СТО, може се констатовати да се ради оне кохерентном, фрагментарном систему заштите са неуједначеним стварним ефектима који свакако не задовољавају нарасле потребе у датој области.

Стога сматрамо потребним предузимање активности на побољшању стања у погледу правне валоризације и заштите јавних интереса у правном систему СТО. Оптимална регулаторна политика у овој области захтева осетљиво балансирање како би дошло до интегрисања јавних интереса на одговарајући начин у дати правни систем. Водећи рачуна о датим потребама и циљевима сматрамо да је при том потребно кренути од решења која су мање амбициозна али реално остварива. У том контексту, корисним сматрамо коришћење механизма изгласавања појединачних изузећа који би се односили на поједине одредбе правног система СТО. Такав приступ би могао функционисати као прелазно решење све до ублажавања сада изражених политичких и економских сукоба у свету, када би се могли активирати амбициознији планови.

РЕФЕРЕНЦЕ

1. Adlung, Rudolf, "Public Services and the GATS." *Journal of International Economic Law* 9.2, 2006
2. Aggarwal, Aradhna, *The WTO anti-dumping agreement: possible reform through the inclusion a public interest clause*. No. 142. Working Paper, 2004
3. Babu, R. Rajesh, "WTO and the Protection of Public Morals." *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y* 13, 2018
4. Benvenisti, E., 'Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards', *New York University Journal of International Law and Politics*, 2000
5. Brack, D. i Gray, K., *Multilateral environmental agreements and the WTO : RIIA Sustainable Development Programme*, and IISD, London, 2003
6. Charnovitz, Steve, "Opening the WTO to nongovernmental interests." *Fordham Int'l LJ* 24, 2000

7. Condon, Bradley J., "Trade and Environment: How WTO Law Helps." *Society of International Economic Law (SIEL), Sixth Biennial Global Conference*, 2018
8. Esty, Daniel C., "Environmental governance at the WTO: outreach to civil society." *Trade, Environment and the Millennium*, Tokyo, United Nations University, 1999
9. Feichtner, Isabel, "The waiver power of the WTO: opening the WTO for political debate on the reconciliation of competing interests." *European Journal of International Law* 20.3, 2009
10. Finger, J. Michael i Julio J. Nogués, *The unbalanced Uruguay Round outcome: the new areas in future WTO negotiations*. Washington, DC: World Bank, Development Research Group, Trade, 2001
11. Hannah, Erin, James Scott, and Rorden Wilkinson, "Reforming WTO-civil society engagement." *World Trade Review* 16.3, 2017
12. Howse, Robert i Kalypso, Nicolaidis, "Enhancing WTO legitimacy: constitutionalization or global subsidiarity?." *Governance* 16.1, 2003
13. 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
14. Kuilwijk, Kees Jan, "The European Court of Justice and the GATT dilemma: public interest versus individual rights?" Diss. European University Institute, 1996
15. Macdonald, R. S. J., 'The Margin of Appreciation', in R. S. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold (eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Nijhoff, 1993
16. Movsesian, Mark L., "Enforcement of WTO rulings: an interest group analysis." *Hofstra L. Rev.* 32, 2003
17. Okediji, Ruth L., "Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement." *Emory Int'l L. Rev.* 17, 2003
18. Perez, Oren., *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, 2004
19. Picciotto, Sol, "Private rights vs public standards in the WTO." *Review of International Political Economy* 10.3, 2003 "Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO." *Global intellectual property rights: Knowledge, access and development*. London: Palgrave Macmillan UK, 2002

20. Raza, Werner, "Services liberalisation in the WTO: Implications for public services in Europe." Conference on An Alternative to the Market: The Social, Political and Economic Role of Public Services in Europe. ETUI-REHS, EPSE, SALTSA. Brussels, Belgium. 2007.
21. Schorkopf, Frank i Walter, Christian, "Elements of constitutionalization: multilevel structures of human rights protection in general international and WTO-law." German Law Journal 4.12, 2003
22. Sucker, Franziska, "Including a General Public Interest Clause in WTO Agreements: A Way Forward in Trade Linkage Debates." *Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL) Working Paper*. No. 19., 2014
23. Van den Bossche, Peter, 'WTO Dispute Settlement' in The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, cases and Materials 2nd ed, 2008
24. Дивљак, Драго, Општи споразум о царинама и трговини (ГАТТ 1994) и заштита животне средине, Правни живот, 2011

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor

PROTECTION OF PUBLIC INTERESTS IN THE LEGAL SYSTEM OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Summary: *In contemporary times, questions increasingly arise concerning the relationship between international trade and so-called non-trade issues, which encompass a range of public interests. In this context, it is both necessary and relevant to examine the role of the WTO legal system in safeguarding these interests. This paper focuses on analyzing the existing formal legal mechanisms for the protection of public interests, as well as their legal scope and effectiveness. Particular attention was given to the status of public services and the regulation of general exceptions. The assessment of the current framework serves as the basis for offering potential proposals for improvement.*

Under the current legal system, public interests are formally protected only through general and specific exceptions related to public services. Considering the substance of these rules and their actual impact within the

broader WTO legal framework, it can be concluded that the existing system of protection is incoherent and fragmented, with inconsistent real effects that fail to meet the growing demands in this area. Therefore, we find it necessary to undertake efforts to strengthen the legal recognition and protection of public interests within the WTO framework. In the light of current needs and objectives, we believe this process should begin with modest, yet realistically achievable measures. In this regard, we view the use of voting mechanisms for granting individual exceptions to specific WTO provisions as a useful tool. Such an approach could serve as a transitional solution until the currently pronounced global political and economic tensions ease, at which point more ambitious plans could be activated.

Keywords: legal system, World Trade Organization, public interests, public services, general exceptions.

ЗНАЧАЈ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ И ПРАВА ПОТРОШАЧА У ИЗГРАДЊИ И ФУНКЦИОНИСАЊУ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Проф. др Јелена Дамјановић¹

Анстракт: *Права потрошача и право конкуренције су неодвојиви елементи модерне економије. Без потрошача и задовољења њихових потреба, које више нису само основне потребе већ производ жеља самих потрошача, отвара се пут кршењу права потрошача и преварном понашању у виду нелојалне конкуренције и формирању монопола. Право конкуренције које је се одавно издвојило као посебна грана права у многим правним системима регулише дата питања, и на одређени начин одржава равнотежу међу учесницима на тржишту. Право конкуренције као и остале гране права је са развојем дигиталне економије претрпјело велике промјене. Управљање промјенама у ери глобализације се показало као велики изазов за законодавства како развијених тако и неразвијених економија свијета. Обзиром да привреда једне земље није затворена, и да се робе и услуге крећу прелазећи границе других земаља, правне норме из ове области се простиру ван граница националног законодавства што неминовно доводи до сукоба закона у овој области права. Зато и не чуди велики број билатералних и мултилатералних конвенција које регулишу Право конкуренције на начин да се изврши хармонизација и унификација права.*

Кључне ријечи: Право конкуренције, глобализација, Право потрошача, дигитална економија.

¹ ванредни професор ужа научна област Пословно право и право друштва, Факултет пословне економије Бијељина, Правни факултет у Источном Сарајеву Универзитета у Источном Сарајеву, jelenadamjanovic83@gmail.com, jelena.damjanovic@fpe.ues.rs.ba, ORCID: 0000-0002-0873-7539, Адреса: Јурија Гагарина 78/А Бијељина 76300, број телефона 065/637-023

1. УВОД

Право конкуренције и право потрошача су развојем дигиталне економије попримили потпуно нови значај који нису имали у односу на претходну еру реалне економије. Дигитална економија је термин првобитно коришћен да означи нови вид економских кретања насталих под утицајем четврте индустријске револуције. Неочекивана експанзија модерне технологије, односно употреба модерне технологије је довела до тога да се већина економије одвија у оквиру дигиталне економије и самим тим дигитална економија није новина нити један вид економије већ сама економија. Правни прописи се или брже или спорије прилагођавају новонасталој ситуацији. Разлог томе је немогућност законодавца да испрати развој технологије истом мјером којом се она развија. Грана права која је се највише развила у складу са новом економијом је право конкуренције, посљедично томе и право потрошача.

Методе истраживања које ће се користити у овом раду су методе које су карактеристичне за друштвена истраживања у којима ће бити издвојене научна дескрипција и анализа садржаја (са синтезом), затим индуктивно-дедуктивна, историјска и компаративна анализа. Од посебних правних метода у максимално могућој мјери биће примијењена правно-логичка, компаративна и догматско нормативна метода. Циљеви истраживања се првенствено односе и исказују кроз анализу правног оквира тржишне конкуренције у дигиталној економији, предности и недостацима у националним и међународним прописима. Извори права из дате области су од немјерљивог значаја обзиром да „правни поредак почива на изворима права у формалном смислу, јер они обезбјеђују правну сигурност и једнакост“.²

2. ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ У ДИГИТАЛНОЈ ЕКОНОМИЈИ

Једна од дефиниција права конкуренције англосаксонског права гласи „да право конкуренције регулише начине на које се привреда такмичи и промовише отворену конкуренцију у интересима економске ефикасности и заштите потрошача. Регулише три главне области:

(а) споразуме у оквиру пословања који ограничавају конкуренцију, као што су картели који одређују цијене;

² Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, Међународно пословно право, општи део, Правни факултет у Бања Луци – Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Бања Лука – Крагујевац, 2007, 284.

(б) утицај тржишне моћи пословањем које ужива монополски положај или велики удио на тржишту; и

(ц) аквизиција и удруживања која смањујују број учесника на тржишту и која могу да створе нове видове пословања са значајном тржишном моћи“³.

За разлику од англосаксонског права „у континенталном праву законе ствара посебан државни орган, законодавни орган – скупштина парламент“⁴. „Насупрот логичкој уређености права, хијерархији његових извора у дедуктивном закључивању, који одликују континентално право, у англосаксонском систему извори права имају упоредну вредност, а конкретна решења доносе се на основу познавања чињеница *a posteriori*, у контрадикторном поступку што га одликује заштита личних права уопште а нарочито право одбране окривљеног“⁵.

Оно што је „централни циљ права конкуренције у свим правним системима је ефикасност у привређивању и благостање потрошача, путем омогућавања слободне утакмице међу независним привредним субјектима. Право конкуренције треба да штити процес конкуренције, а не конкуренте једне од других“⁶.

На такав начин се омогућава једнак приступ тржишту, и једнака почетна позиција за све учеснике тржишта. Прописи одређених регионалних економских интеграција имају исти циљ. „У Европској унији право конкуренције, поред слободне утакмице (ефикасности) као главног циља, има и посебни циљ – интеграцију заједничког тржишта. Интеграција тржишта, због елиминације трговинских баријера између држава, угрозила је конкурентност малим и средњим предузећима у односу на велика пре свега страна предузећа, тако да је Европска комисија често подстицала повезивање међу тим мањим предузећима“⁷. Улога државе је овдје ипак кључна, јер није могућ једнак правни положај лица која су у великој мјери економски неједнака.

³ Robert Bradgate, Fidelma White, *Commercial Law*, Oxford University Press, New York, 2003, 361.

⁴ Луција Спировић – Јовановић, Привредно право I део, Економски факултет Београд, Београд 1998, 94.

⁵ Радмила Васић, Коста Чавошки, Увод у право II, Драганић, Београд, 1999, 116.

⁶ Милан Париводић, Право међународног франшизинга, Службени гласник, Београд, 2003, 178.

⁷ *Ibidem* 178-179.

Роберт Борк разликује пет схватања појма конкуренције:

- а) процес ривалитета (супарништва);
- б) одсуство ограничења над активностима једног предузећа наметнутих од стране другог предузећа;
- ц) такво стање тржишта да појединачни купац или продавац не може утицати на цијену својим куповинама или продајама;
- д) постојање фрагментираних привредних грана и тржишта;
- е) стање ствари у коме благостање потрошача не може бити увећано преласком на алтернативно стање путем правног акта⁸.

Унутар Европске уније, коју одликује заједничко тржиште сачињено од националних економија које имају различит удио у европском тржишту, регулисани су оквири за идентификовање случајева повреде фер конкуренције.

„Типични случајеви злоупотребе које санкционише Уговор о оснивању ЕЗ су:

- наметање непоштених услова куповине и продаје;
- ограничење производње, продаје или техничког развоја на штету потрошача;
- примјена неједнаких услова према партнерима, с циљем стављања неких у неравноправан положај;
- наметањем приликом закључивања посла додатних чинидби које нису у вези са главним послом“⁹

Члан 101. Уговора о функционисању Европске уније (*TFEU*) – забрањује картеле и друге врсте антиконкурентних договора, док члан 102. *TFEU* – забрањује злоупотребу доминантног положаја на тржишту. Члан 101. истоименог споразума регулише питање забране картела и забрањује све споразуме између предузећа, одлуке удружења и усклађено дјеловање које може да утиче на трговину између држава чланица и које има за циљ или последицу спрјечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције.

Типични примјери укључују: фиксирање цијена одређених производа, ограничење производње или продаје, подјела тржишта или купца. Злоупотреба доминантног положаја се регулише у оквиру члана 102. *TFEU*, чиме спрјечава привредна душтва које имају доминантан положај

⁸ *Ibidem*

⁹ Драгутин Мировић, Право Европске Уније, Факултет спољне трговине у Бијељини – Економски факултет у Брчком, Бијељина- Брчко, 2008, 240.

на тржишту да злоупотребе ту позицију, тиме што намећу непоштене цијене, ограничавањем производње или развоја, условљавањем трговинских партнера непотребним обавезама.

3. НЕЛОЈАЛНА КОНКУРЕНЦИЈА

Тржиште само по себи није савршен механизам, иако се данашња тржишта заснивају на начелима тзв “слободног” тржишта, слободног кретања капитала, људи, рада и услуга, због таквог вида слободне конкуренције може ипак доћи до одређених негативних појава, било да су намјерне или ненамјерне као што је формирање монопола, те нелојалне конкуренције.

Неједнак правни положај је неминован економском неједнакошћу, иако су основни постулати облигационог права једнакост уговорних страна, аутономија воље приликом закључења уговора, у пракси долази до њиховог кршења и отежане примјене. Из тог разлога је оштра казнена политика у овој области једини начин да се дата начела облигационог права очувају и поштују.

Међутим оно што је провизорно је на који начин одлучити и оцијенити да је заиста дошло до кршења доминатног положаја. „Доминантна позиција, њено стицање и одржавање, цијени се на различите начине:

1. већинским физичким учешћем на релевантном тржишту, обично преко 50% или са 20% до 40% на атомизираним тржишту;
2. дужином присуства и
3. могућношћу приступа финасијским, технолошким изворима и сировинама на темељу самог понашања предузећа¹⁰.

Законски прописи обично таксативно наводе дјела нелојалне конкуренције, но законски прописи из ове области подлијежу сталним измјенама и допунама јер долази до константних нових видова вршења дјела нелојалне конкуренције, највише захваљујући наглом порасту развоја технологије.

„Дјела нелојалне конкуренције забрањена законом су:

- нелојалана реклама (рекламирање које ствара забуну на тржишту чиме се одређени трговац доводи у повољан положај);
- оцрњивање (давање података о другом трговцу који могу нанети штету његовом угледу);

¹⁰ *Ibidem*

- неистинито означавање робе (неистинити подаци о поријеклу и квалитету робе) ;
- прикиривање мана робе;
- повреда „туђих“ пословних односа;
- неоправдано неизвршење или раскид уговора;
- привидне распродаје (привидно снижење цијена робе);
- неовлашћена употреба обиљежја другог предузећа;
- „овлашћена“ употреба спољних обиљежја другог предузећа (трговца);
- подмићивање;
- неовлашћено коришћење туђих пословних услуга“. ¹¹

Већина дјела нелојалне конкуренције се не извршава самостално, углавном се јављају комбиновано. Најочитији примјери су у случајевим кривотворене робе гдје се економска штета мјери у милијардама. Најчешће се ради о копијама луксузне робе високе моде, потом довођење у заблуду потрошача истим или сличним ознакама производа да роба заиста потиче од одређеног произвођача.

Поред тога „право конкуренције разликује активну и пасивну продају. Пасивна продаја је она при којој купац иницира закључење уговора, тако што налази продавца (дистрибутера), тако да дистрибутер продаје лицима и ван своје територије. Право конкуренције (од случаја) прописује да уговори о франшизингу или дистрибуцији не смију садржати вертикална ограничења, која онемогућавају дистрибутеру продају ван своје територије (пасивна продаја). Активна продаја настаје када је дистрибутер активан како би остварио продају ван уступљене територије“. ¹²

Приликом закључења уговора „из општег значења принципа аутономије воље проистичу и његове конкретне правне посљедице које долазе до изражаја током његове примјене у пракси савременог уговорног права. Тако у унутрашњем праву принцип аутономије воље подразумева четири основне слободе;

1) слободу стране да ли ће уговор закључити или не (уговарати или не уговарати);

¹¹ Драгутин Мировић, Пословно право, Факултет пословне економије Бијељина – Економски факултет Брчко, Бијељина- Брчко, 2009, 254

¹² Владимир Стојиљковић, Међународно привредно право, ИП Јустинијан, Београд 2003, 199.

2) слободу стране да одлучи са ким ће закључити уговор (слобода избора друге уговорне стране);

3) слободу страна да споразумно одреде садржину уговора (слобода избора елемената уговора);

4) слободу страна да споразумно одреде форму уговора (слобода избора форме уговора).

Када је ријеч о уговорима са међународним елементом принцип аутономије воље испољава се у још два додатна аспекта која подразумевају:

1) слободу избора права које ће се примijenити на уговор (мјеродавно право) и

2) слободу избора суда или арбитраже који ће ријешити спор који евентуално проистекне из уговора¹³.

Обзиром да „сваки пуноважан уговор претпоставља сагласност воља, која је са правног становишта подобна да створи одређена дејства“¹⁴.

4. ПРАВО ПОТРОШАЧА

Права потрошача у Републици Српској су регулисана Законом о заштити потрошача. Овим законом утврђују се основна права потрошача при куповини робе и услуга, заштита безбједности живота и здравља потрошача, обавеза обављања трговачке дјелатности на поштен начин, продаја производа и пружање услуга, декларисање производа, одговорност и гаранција за производ или услугу, непоштена пословна пракса, услуге од општег економског интереса, уговори закључени изван пословних просторија, продаја на основу уговора на даљину, непоштене одредбе у потрошачким уговорима, електронски инструменти плаћања, туристички пакет-аранжмани, временско коришћење непокретности у туризму, носиоци заштите потрошача, заштита права потрошача, надзор и казнене одредбе, као и остала питања у вези са заштитом права потрошача.

Закон о правима потрошача Републике Српске посебан нагласак ставља на појам агресивне пословне праксе и у члану 44. став 1. такса-

¹³ Јелена Перовић, Међународно привредно право, Центар за издавачку делатност Економски факултет у Београду, Београд, 2016, 231-232.

¹⁴ Слободан Перовић „Уговорна одговорност и морална дужност“, Правна ријеч часопис за правну теорију и праксу (ур. Рајко Кузмановић), 32/2012, 13.

тивно наводи која понашања трговца се сматрају агресивним пословном праксом:

а) стварање утиска код потрошача да не може напустити пословне просторије док не закључи уговор,

б) посјета трговца потрошачу у његовом дому, без претходне сагласности потрошача, осим у случајевима остваривања потраживања из уговора,

в) вишеструко обраћање потрошачу, противно његовој вољи, телефоном, факсом, електронском поштом или другим средством за даљинску комуникацију, осим у случајевима остваривања потраживања из уговора,

г) захтјев да потрошач, који намјерава да оствари своја права из полисе осигурања, достави документа који се не могу сматрати значајним за оцјену основаности његовог захтјева или упорно избјегавање да се одговори на захтјев потрошача ради одвраћања од остваривања његових уговорних права,

д) директно подстицање дјете посредством огласа да купе или утичу на родитеље или друга одрасла лица да за њих купе производ који је предмет оглашавања,

ђ) захтијевање плаћања производа, одмах или са одгађањем, или враћање или чување производа који је трговац набавио, а потрошач га уопште није наручио,

е) директно обавјештавање потрошача да ће посао или опстанак трговца бити угрожен ако потрошач не купи одређени производ или услугу и

ж) стварање погрешног утиска код потрошача да је освојио или да ће предузимањем одређене радње освојити награду или неку другу корист, када награда или корист не постоји или ако је предузимање било које радње у циљу освајања награде или користи условљено тиме да потрошач плати одређени износ новца или претрпи одређене трошкове.

Поред законских прописа који су дефинисани да би заштитили не само потрошаче, већ и произвођаче роба и услуга, те привреду у цјелини, без обзира на постојање законске регулативе, кршења права потрошача су свакодневна. Разлог томе је што не постоји строга казнена политика у овој области права, и због тога што већина повреда закона не буде никад ни пријављена јер постоји мало повјерење потрошача у надлежне институције, или се ради о роби која није велике вриједности, но можда је главни разлог неинформисаност самих потрошача о њиховим правима.

Прије доношења Закона о правима потрошача, потрошачка права су била регулисана Законом о облигационим односима у оквиру одредби које се односе на Уговор о купопродаји, гдје су нашироко дефинисана права купца у случају испоруке манљиве робе, вишка робе, мањка робе, испоруке робе бољег или лошијег квалитета као физичких недостатака робе, са друге стране дефинисани су и случајеви правних недостатака предмета уговора. Закон о облигационим односима и даље остаје општи закон који регулише ову област права док је Закон о правима потрошача посебан закон.

5. ДОМИНАНТАН ПОЛОЖАЈ НА ТРЖИШТУ

„Доминантан положај је предмет санкционисања, односно забране само ако се злоупотребљава. Уколико нема злоупотребе, сам доминантан положај неће имати никаквих штетних посљедица по компанију. Уговор о оснивању ЕЗ начелно забрањује злоупотребу доминантног положаја, а примјера ради набраја типичне случајеве злоупотребе. Ту спадају:

1. наметање непоштених услова куповине или продаје или других услова трговине;
2. ограничење производње, продаје или техничког развоја на штету потрошача;
3. примјена неједнаких услова према различитим уговарачима с циљем стављања неких у неравноправан положај;
4. наметање приликом закључења уговора обавеза које се уобичајено не повезују са закључењем таквог типа уговора“.¹⁵

За разлику од класичног појма монопола који угрожава остале учеснике на тржишту, и потребно је његово сузбијање зарад равноправног положаја, уколико не би постојао монополистички положај на примјер титулара права и даваоца лиценце из уговора о лиценци, права индустријске својине би изгубила сврху свог постојања и не би се могла прометовати према трећим лицима, јер потенцијални стицалац лиценце не би имао ни правни ни економски интерес да закључује такав уговор који му не би гарантовао ексклузивитет која ова права сама по себи посједују. Зарад заштите имаоца права индустријске својине њима се гарантује монополски положај да би несметано користили законом

¹⁵ Златко Стефановић, Право Европске Уније, Моћ књиге, Београд, 2003, 288.

предвиђена права, те се забрана искоришћавања монополског положаја, приликом закључења уговора о лиценци који је основ за њихов правни промет подржава.

Намјера законодавца је да олакша промет права индустријске својине, извршење уговорних обавеза уговорних страна из уговора о лиценци, али и да заштити економски слабију страну у датом уговору. Основна предност уговора о лиценци као основа за промет права индустријске својине било да се ради о праву патента, праву жига, крије се у томе што пружа монополски положај уговорним странама које га закључују

Без постојања уговора о лиценци које конципиран тако да се пренос права индустријске својине врши тако што се њима не стиче право располагања већ право коришћења и убирања плодова, је у служби очувања искључивости наведених права, која су пак искључива да би се гарантовала заштита њиховим имаоцима.

6. ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ

„За утврђивање повреде конкуренције, од значаја је дефинисање појмова повезаних учесника на тржишту и релевантног тржишта:

1. Повезаним учесницима сматрају се два или више учесника који су повезани тако да контролишу другог или друге учеснике на тржишту, а под контролом се подразумева могућност одлучујећег утицаја на вођење послова

2. Релевантно тржиште обухвата релевантно тржиште производа на релевантном географском тржишту“¹⁶.

Непостојање могућности самосталног одлучивања у пословним односима, условљеност одређеног понашања или чак уздржавање од чињења представљају повреду конкуренције. Законодавац није у стању предвидјети све случајеве повреде конкуренције, због тога је апстрактна правна норма којом би се обухватила понашања на неодређени број случајева правичније рјешење. Одређена понашања учесника као што су „рестриктивни споразуми, злоупотреба доминантног положаја на

¹⁶ Стеван Лилић, Посебно управно право, Правни факултет универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010, 244.

тржишту и концентрација учесника на тржишту супротна одредбама о дозвољености концентрације:

1. Рестриктивни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или посљедицу значајно ограничавање, нарушавање или спрјечавање конкуренције. Ови споразуми су забрањени и ништави, али могу бити изузети од забране под условима прописаним законом.

2. Доминантан положај на релевантном тржишту има учесник који нема конкуренцију или је конкуренција безначајна. Претпоставља се да доминантан положај постоји уколико се ради о удјелу на тржишту од 40% и више.

3. Концентрација учесника на тржишту је дозвољена, осим у случајевима када значајно ограничава, нарушава или спрјечава конкуренцију¹⁷.

Посебан нагласак је стављен на значај законодавне активности домаћих законодаваца, у спрјечавању повреде права конкуренције и права потрошача. Односно указивање на потребу да законодавац путем правних оквира регулише, нове појавне облике повреде права конкуренције и права потрошача који се углавном јављају као посљедица савремених технолошких достигнућа у виду превара приликом куповине преко интернета.

7. ЗАБРАНА УГОВАРАЊА ОДРЕЂЕНИХ ОБАВЕЗА УГОВОРМ О ЛИЦЕНЦИ

Уговорне стране у жељи да наметну додатне обавезе другој уговорној страни, често прибјегавају одређеним клаузулама које ограничавају било даваоца, било стицаоца лиценце. „Оваква уговорна неравнотежа редовно је резултат позиције даваоца технологије, који је будући поседник технологије, у уговорно јачој позицији“¹⁸.

У оваквом случају обично се ради о транснационалним компанијама као економски јачој уговорној страни. „Транснационалне компаније су производ концентрације и централизације капитала“¹⁹.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Мирко Васиљевић, Марко Рајчевић и Витомир Поповић, *Уговори у привреди теорија-пракса-обрасци*, Правни факултет Универзитет у Бањалуци, Бања Лука 2002, 395.

¹⁹ Богдан Илић, Милан Томић, *Савремена политичка економија*, Економски факултет Брчко, Брчко, 2006, 569.

Поред таксативно набројаних забрана уговорања оваквих клаузула, користи и општа правна норма којом се брани уговарање рестриктивних клаузула, и тумачењем у сваком поједином случају се утврђује њихова правна природа. „Да би био регистрован, уговор не сме да садржи одређене клаузуле:

- ограничење стицаоца да даље развија технологију на коју се уговор односи, да такве иновације користи и заштити на своје име;

- ограничење стицаоца да самостално одлучује о набавци и коришћењу сировина, репродукционог материјала резервних делова и опреме;

- ограничење стицаоца да извози производе и услуге у одређене земље, изузев у земље у којима преносилац има или је већ уступио право производње, односно вршење услуга за исте производе и услуге;

- ограничење стицаоца да технологију на коју се уговор односи, а за коју је патент истекао за време важења уговора, користи и после престанка уговора;

- обавезу стицаоца да и после престанка уговора плаћа накнаду за коришћење технологије на коју се уговор односи, под условом да је рок трајања патента истекао“.²⁰

„Овде је реч о тзв. рестриктивним клаузулама које титулар права индустријске својине (посебно патента), по правилу, настоје да уграде у уговор о лиценци. Њихова преговарачка снага, којим они намећу ове рестриктивне клаузуле својим уговорним партнерима, заснива се на чињеници да су они носиоци монопола који произилази из искључивог (апсолутног) права индустријске својине. У том смислу рестриктивне клаузуле имају карактер злоупотребе монополског положаја преносиоца, и могу бити предмет разматрања и са становишта антимонополских прописа“.²¹

Ипак у правној теорији и пракси постоје рестриктивне клаузуле које су дозвољене уколико исте не представљају злоупотребу монополског положаја већ имају за циљ да заштите легитимне интересе даваоца лиценце. „Прво, то су клаузуле којима се стицаоцу лиценце намећу ограничења која произилазе из природе и садржине конкретног права индустријске својине. Садржински и предметно, давалац лиценце може

²⁰ Слободан Марковић, Право интелектуалне својине, Службени гласник, , Београд, 2000.230.

²¹ *Ibid.*

поставити ограничења у погледу конкретних овлашћења на привредно коришћење предмета права; територијално, он може ограничити простор на којем лиценца важи; временски, он може ограничити важење лиценце на рок који је краћи од рока трајања његовог права.

Друго, то су клаузуле којима се стицаоцу намећу одређене обавезе чија је функција да омогуће даваоцу лиценце да уредно изврши своје обавезе. Примера ради, давалац гарантује за исправно функционисање технологије и квалитет производа само под условом да стицалац набавља одређену сировину од њега, или ангажује одређене стручњаке за пружање техничке помоћи²².

Обзиром да се приликом закључења уговора о лиценци једна од уговорних страна, давалац лиценце, скоро увијек налази у повољнијем економском положају од друге уговорне стране, стицаоца лиценце, од великог је значаја поштовање свих начела облигационог права, у првом реду:

1. „аутономија воље
2. равноправност уговорних страна
3. савјесност и поштење
4. забрана злоупотребе права
5. забрана стварања и искориштавања монополистичког положаја
6. начело једнаке вриједности давања
7. забрана проузроковања штете и понашање у извршавању обавеза и остваривању права
8. дужност испуњења обавезе
9. рјешавање спорова на миран начин“²³

Очигледно је да ће се за сваки уговор посебно цијенити да ли су у њега уметнуте рестриктивне клаузуле или не. Оно што је битно нагласити јесте да постојање рестриктивних клаузула увелико нарушава уговорне односе, и само испуњење уговора. Уколико једна уговорна страна намеће обавезе које отежавају испуњење уговора за другу страну јасно је као што је горе наведено да се ради о “злоупотреби монополског положаја“. Интелектуална својина а самим тим и индустријска својина посједују законом признат монопол у заштити и коришћењу својих пра-

²² *Ibid.*, 230-231.

²³ Вид. Богдан Лоза, *Облигационо право, општи дио*, Службени гласник, Београд 2000, 10-14.

ва, али не до те мјере да се тиме угрожавају трећа лица, а поготово не права уговорне стране са којом је закључен уговор о коришћењу права индустријске својине.

Рестриктивне клаузуле су најчешће посљедица економски повољнијег положаја једне уговорне стране. Која од уговорних страна је у економски неповољнијем положају нема правила, у одређеним случајевима то може бити давалац лиценце као лице које посједује одређена права из лиценце најчешће патентна права, али не посједује новац са којим би могла користити дато право, те га уступа стицаоцу лиценце који посједује могућности за коришћење предмета лиценце, заузврат плаћајући лиценцну накнаду.

Међутим, могуће је да се давалац лиценце налази у економски повољнијем положају у односу на стицаоца лиценце. То није неуобичајено, поготово ако се као даваоци лиценце јављају правна лица најчешће у виду корпорација која посједују велики број права из лиценци и које уступају права стицаоцима лиценце најчешће у виду неискључиве лиценце.

Стицалац лиценце у наведеним случајевима као економски слабија страна која своју добит и шансу за развитак види у производњи одређеног производа по „лиценци“ може доћи у ситуацију да буде условљен додатним обавезама које би му евентуално наметнуо давалац лиценце као економски јача страна из уговора о лиценци, те да би се предухитрили овакви случајеви несавјесног поступања уговорних страна законодавац је предвидио забрану уговарања рестриктивних клаузула које предствљају кршење законских прописа.

ЗАКЉУЧАК

Право конкуренције представља један од кључних стубова савременог правног и економског система. Његова основна сврха је заштита фер тржишне утакмице, спрјечавање злоупотребе тржишне моћи и подстицање економске ефикасности. Улога ове правне области је вишеструка и има велики значај у изградњи стабилног, транспарентног и правично уређеног правног система. Спрјечавањем монопола, картела и других ограничења конкуренције, омогућава се већи избор производа и услуга по приступачнијим цијенама, чиме заправо право конкуренције штити права потрошача. Учинковито право конкуренције учвршћује владавину права. Оно захтијева независне институције, јасне процедуре,

механизме санкционисања и могућност правне заштите, што самим тим доводи до стабилног правног поретка.

Заштита потрошача доприноси правној извјесности, потрошачи који знају да имају права и начине да их остваре, лакше учествују у тржишту и подстичу економски раст. Права потрошача често предњаче у развоју нових правних института. Заштита података, дигитална трговина, еколошка одговорност и транспарентност пословања добијају на значају управо кроз захтјеве крајњих потрошача. Законодавство се тако приморава да се прилагођава и унапријеђује, чиме правни систем постаје прилагођенији стварним потребама друштва. Пошто су потрошачи често у неравноправном положају у односу на транснационалне компаније, правна заштита им омогућава да заштите своје интересе, што у ширем смислу спрјечава злоупотребе. Овакав систем доприноси равнотежи односа на тржишту и штити потрошаче од економске манипулације.

РЕЗИМЕ

Право конкуренције и права потрошача су уско повезани, јер право конкуренције поставља правни оквир за функционисање тржишта, предвиђа санкције и правне лијекове у случају нелојалне конкуренције и на тај начин обликује поступање привредних субјеката. Заштита права потрошача иде руку под руку са развојем дигиталне економије, која је на високом нивоу, посебно у развијеним земљама, а све више се шири у остатку свијета. Како задржати купце постала је највећа дилема данашње привреде, понуда производа и услуга никада није била већа него у овом тренутку, цијене роба и услуга су ниже, купцима је све доступно онлајн и они могу да бирају шта желе за куповину једним кликом.

Како привући и задржати купце је највећи проблем. Није неуобичајено да се из тог разлога прибјегава нелојалној конкуренцији и управо из тог разлога све већа законска регулатива у области права конкуренције представља рјешење за одрживост савремених економских система заснованих на дигиталној економији. Свакако највећи проблем је сукоб закона у области права конкуренције, одређена законодавства имају уже или шире тумачење појма кршења одредаба из ове области и злоупотребе доминантног положаја. Одређивање злоупотребе доминантног положаја је уситину тешко у одређеним случајевима, обзиром да под утицајем технологије долази до нових начина кршења одредаба права конкуренције и заштите права потрошача. Без обзира на позитивне стра-

не које пружа дигитална економија као што су тренутачна доступност производа и услуга, транспарентност услуга, ниже цијене, велики број понуђача производа и услуга, квалитет...негативне стране се најчешће огледају у концентрацији моћи, односно у стварању монопола. Право конкуренције има немјерљиву улогу у сузбијању свих негативних појава на тржишту, да би се обезбиједила фер утакмица између самих учесника на тржишту, уз поштовање права крајњих потрошача.

SUMMARY

Competition law and consumer rights are closely linked, as competition law sets the legal framework for the functioning of the market, provides for sanctions and legal remedies in the event of unfair competition, and thus shapes the conduct of economic entities. The protection of consumer rights goes hand in hand with the development of the digital economy, which is at a high level, especially in developed countries, and is increasingly spreading in the rest of the world. How to retain customers has become the biggest dilemma of today's economy, the supply of products and services has never been greater than at this moment, the prices of goods and services are lower, everything is available to customers online and they can choose what they want to buy with one click.

How to attract and retain customers is the biggest problem. It is not uncommon for unfair competition to be resorted to for this reason, and it is precisely for this reason that increasing legislation in the field of Competition Law represents a solution for the sustainability of modern economic systems based on the digital economy. Certainly the biggest problem is the conflict of laws in the field of Competition Law, certain legislations have a narrower or broader interpretation of the concept of violation of provisions in this area and abuse of a dominant position. Determining abuse of a dominant position is indeed difficult in certain cases, given that under the influence of technology, new ways of violating the provisions of competition law and consumer protection arise. Regardless of the positive aspects provided by the digital economy, such as instant availability of products and services, transparency of services, lower prices, a large number of product and service providers, quality... the negative aspects are most often reflected in the concentration of power, i.e. in the creation of monopolies. Competition law plays an immeasurable role in suppressing all negative phenomena in the market, in order to ensure a fair game between market participants, while respecting the rights of end consumers.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Bradgate Robert, White Fidelma, *Commercial Law*, Oxford University Press, New York, 2003;
2. Васић Радмила, Чавошки Коста, *Увод у право II*, Драганић, Београд, 1999;
3. Васиљевић Мирко, Рајчевић Марко и Поповић Витомир, *Уговори у привреди теорија-пракса-обрасци*, Правни факултет Универзитет у Бањалуци, Бања Лука 2002;
4. Илић Богдан, Томић Милан, *Савремена политичка економија*, Економски факултет Брчко, Брчко, 2006;
5. Лоза Богдан, *Облигационо право*, општи дио, Службени гласник, Београд 2000;
6. Лилић Стеван, *Посебно управно право*, Правни факултет универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010;
7. Марковић Слободан, *Право интелектуалне својине*, Службени гласник, Београд, 2000;
8. Мировић Драгутин, *Право Европске Уније*, Факултет спољне трговине у Бијељини – Економски факултет у Брчком, Бијељина- Брчко, 2008;
9. Мировић Драгутин, *Пословно право*, Факултет пословне економије Бијељина – Економски факултет Брчко, Бијељина- Брчко, 2009 ;
10. Париводић, Милан, *Право међународног франшизинга*, Службени гласник, Београд, 2003;
11. Поповић Витомир, Вукадиновић Радован, *Међународно пословно право, општи део*, Правни факултет у Бања Луци – Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Бања Лука – Крагујевац, 2007;
12. Перовић Слободан „*Уговорна одговорност и морална дужност*“, Правна ријеч часопис за правну теорију и праксу (ур. Рајко Кузмано-вић), 32/2012;
13. Перовић Јелена, *Међународно привредно право*, Центар за издавачку делатност Економски факултет у Београду, Београд, 2016;
14. Стефановић Златко , *Право Европске Уније*, Моћ књиге, Београд, 2003;
15. Стојиљковић Владимир, *Међународно привредно право*, ИП Јустинијан, Београд 2003;

16. Спировић – Јовановић, Луција, *Привредно право I део*, Економски факултет Београд, Београд 1998;
17. Уговор о функционисању Европске уније (Treaty on the Functioning of the European Union -TFEU) Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001-0390 ;
18. Закон о заштити потрошача у Републици Српској Службени гласник РС Број: 01-2010/11 (6/2012, 63/2014, 18/2017 i 90/2021).

Jelena Damjanović²⁴

THE IMPORTANCE OF COMPETITION LAW AND CONSUMER RIGHTS IN THE CONSTRUCTION AND FUNCTIONING OF THE LEGAL SYSTEM

Abstract: *Consumer rights and competition law are inseparable elements of the modern economy. Without consumers and the satisfaction of their needs, which are no longer just basic needs but the product of the wishes of the consumers themselves, opens the way to the violation of consumer rights and fraudulent behavior in the form of unfair competition, the formation of monopolies. Competition law, which has long been distinguished as a separate branch of law in many legal systems, regulates given issues and in a certain way maintains the balance among market participants. Competition law and other branches of law have undergone major changes with the development of the digital economy. Managing change in the age of globalization has proven to be a great challenge for the legislations of both developed and underdeveloped economies of the world. Since the economy of one country is not closed and goods and services move beyond the borders of other countries, legal norms in this area extend beyond the boundaries of national legislation, which inevitably leads to conflicts of law in this area of law. That is why it is not surprising that a large number of bilateral and multilateral conventions regulating Competition Law are implemented in order to harmonize and unify the law.*

Key Words: *Competition Law, Globalization, Consumer Law, Digital Economy.*

²⁴ Associate Professor, Business Law and Corporate Law, Faculty of Business Economics, Bijeljina, Faculty of Law in East Sarajevo, University of East Sarajevo, jelenadamjanovic83@gmail.com, jelena.damjanovic@fpe.ues.rs.ba, ORCID: 0000-0002-0873-7539, Address: Juriša Gagarina 78/A, Bijeljina 76300, telephone number 065/637-023

HISTORIJSKE OKOLNOSTI I USLOVI NASTANKA SVJETSKE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE, NJENI USPJESI I PITANJE NJENOG OPSTANKA ILI REFORME

Prof. dr. Genc Trnavci¹

Sažetak: *Ovaj tekst opisuje historijske okolnosti i uslove koji su doveli do nastanka Svjetske trgovinske organizacije (STO). Nakon završetka hladnog rata i propasti socijalističkih sistema, te zbog problema sa GATT-om iz 1947. godine, na temeljima GATT-a, nastala je STO 1994. godine u Marakešu. Tokom historije GATT-a prisutan je sukob interesa među članicama, od kojih, najčešće razvijene članice, verbalno su se zalagale za slobodu trgovine, a praktično primjenjivale protekcionizam. Različiti sistemi vrijednosti i ciljevi zemalja (razvoj, samodovoljnost, zaštita specifičnih sektora) dodatno su komplikovali situaciju. GATT je imao deficit u uspostavljanju odgovarajućih procedura za rješavanje važnih pitanja i sporova, što je odlika cjelokupnog međunarodnog javnog prava. Postojala su dva pristupa primjeni GATT-ovih normi: legalistički i pragmatički.*

Stvaranje STO, pak, predstavlja ambiciozan pokušaj reforme međunarodne trgovine, šireći polje djelovanja sa trgovine robama (GATT) na trgovinu uslugama (GATS), pravo intelektualnog vlasništva (TRIPS) i investicije (TRIMS). Pregovori Urugvajске runde bili su opsežni i uključili su mnoge zemlje. Proces liberalizacije trgovine i stvaranja STO bio je dugotrajan, obilježen pregovorima i rundama GATT-a (Kennedy, Tokyo), koje su postepeno snižavale carine i pokušavale regulirati necarinske barijere. Ekonomske

¹ Redovni profesor univerziteta, ad hoc sudija za ljudska prava u Strazburu

krize 70-ih i 80-ih dovele su do novog protekcionizma i podrile kredibilitet GATT-a iz 1947. godine, koji više nije odgovarao složenosti svjetske trgovine. Nakon osnivanja, dostignuća Svjetske trgovinske organizacije ogledaju se u značajnom povećanju svjetske trgovine od njenog osnivanja. Smanjene su carine kroz Multilateralni trgovinski sistem. Ključno pravno načelo - klauzula najpovlaštenije nacije (MFN) – onemogućavala je diskriminaciju među trgovinskim partnerima i promovisala slobodnu trgovinu zasnovanu na efikasnosti i inovativnosti. Ograničavanje carina smanjilo je rizik od trgovinskih ratova, a sistem rješavanja sporova osiguravao je poštivanje pravila.

Uzroci trenutne krize STO, koja je započela 2016. godine, a kulminirala 2025. godine, proizlaze iz paralize pregovora, zbog neslaganja među članicama, kao i nedostatka fleksibilnosti STO-a kako bi se prilagodila promjenama u globalnoj trgovini i uključila nove modele upravljanja i tehnologije. Trenutnoj situaciji doprinijela je slabost sprovođenja i primjene pravila i postupaka, s dugotrajnim postupcima rješavanja sporova i mogućnost ignorisanja njenih presuda od strane moćnih članica. Opstanku STO prijete: rastući protekcionizam i trgovinski sporovi između velikih sila poput SAD-a i Kine, nedovoljna uključenost i zastupanje interesa malih i siromašnih zemalja, nedovoljna transparentnost trgovinskih zakonodavstava i praksi članica, kao i faktička paraliza sistema rješavanja sporova krajem 2019. godine zbog blokade imenovanja članova Apelacionog tijela od strane SAD-a. Pristupanje Kine STO-u nije dovelo do očekivane transformacije u tržišnu ekonomiju liberalnog tipa. Budućnost STO-a neizvjesna je u kontekstu trgovinskog rata između SAD-a i ostatka svijeta, posebno Kine. Najvjerojatniji ishod je postepena marginalizacija STO-a uz jačanje regionalnih sporazuma, osim ako se ne dogodi reforma. Konačni ishod zavisit će o odnosima između SAD-a i Kine.

Ključne riječi: Svjetska trgovinska organizacija (STO); GATT; GATS, međunarodna trgovina; slobodna trgovina; protekcionističke prakse; rješavanje sporova; intelektualno vlasništvo (TRIPS); investicije (TRIMS); Urugvajska runda; liberalizacija trgovine; carine; necarinske barijere; Multilateralni trgovinski sistem; status najpovlaštenije nacije (MFN); sistem rješavanja sporova.

UVOD

Prestanak hladnog rata, propast vodećih svjetskih socijalističkih političkih i privrednih sistema, brojni problemi sa kojima se suočavao Opšti sporazum o carinama i trgovini iz 1947. god. (u daljem tekstu: GATT iz 1947. godine), kao i druge historijske okolnosti, uticale su da se, prije više od trideset godina, na međunarodnoj sceni pojavi nova iznimno važna institucija pod imenom Svjetska trgovinska organizacija (World Trade Organization – STO, u daljem tekstu: Multilateralni trgovinski sistem STO). Njeni zadaci su primijeniti, izvršavati, unaprjeđivati upravljati pravilima, koja su stvorena tokom dugotrajnih pregovora započetih septembra mjeseca 1986. godine u Puenta del Este u Urugvaju i završenih potpisivanjem Finalnog akta koji sadrži rezultate Urugvajске runde multilateralnih trgovinskih pregovora (u daljem tekstu: Finalni akt)² aprila mjeseca 1994. godine u Marakešu (Maroko).

U savremenoj teoriji međunarodnih odnosa preovlađujuće mišljenje je da su na savremenoj međunarodnoj sceni tradicionalna borba oko teritorija, oružani sukobi i kolonijalni ratovi zamijenjeni ekonomskom utakmicom. Smatra se da će međunarodna trgovina i finansijski kapital odigrati odlučujuću ulogu u kreiranju strukture međunarodnih političkih i ekonomskih odnosa i otuda institucionalizovanju međunarodno javnopravnih normi, kao i stvaranju i revidiranju novih subjekata međunarodnog javnog prava, dok će prijetnja vojnom silom imati samo izuzetan i supsidijarni značaj³ Nastojaće se da se primjena vojne sile što više podredi međunarodnim procedurama i standardima. Težnja za teritorijalnom ekspanzijom i ekstenzivnim razvojem ustupila je mjesto ekonomskoj ekspanziji i intenzivnom razvoju. Narastajući značaj međunarodne trgovine ne samo da prijeti da će podržati tradicionalna pravila međunarodnog javnog prava, koja se nisu mijenjala vijekovima, već nanosi ozbiljne udarce ustaljenim shvatanjima o neprikosnovenosti suvereniteta država članica međunarodne zajednice. Uslijed sve veće međuzavisnosti na globalnom nivou, međunarodna trgovina ima neizmjeran uticaj ne samo na

² Član III Sporazuma iz Marakeša o osnivanju STO.

³ Eminentni američki analitičar strategije, E. Luttwak, u svom djelu *Od geopolitike do geoeconomije* navodi sljedeće: "Odumiranje hladnog rata postojano smanjuje značaj vojne sile u svjetskim odnosima. (...) Čini se da se danas svi slažu sa konstatacijom da trgovinski metodi ispoljavaju vojne metode - potrošni kapital umjesto vatrene moći, civilne inovacije umjesto vojno-tehničkih unapređenja i prodiranje na strana tržišta umjesto ustanovljavanja garnizona i vojnih baza"; Luttwak E. N.: "From Geo-Politics to Geo-Economics", National Interest, Chicago, 1990, str. 20.

savremene diplomatske i međunarodne ekonomske odnose među državama, već i na svakodnevni život i egzistencijalne probleme običnog čovjeka.

Problemi koji su opterećivali međunarodnu trgovinu prije nastanka Svjetske trgovinske organizacije bili su brojni i složeni. Jedni su poticali iz problematičnog subjektiviteta GATT-a kao nedovršene međunarodne organizacije; drugi su se proisticali iz zastarelosti materijalnih normi sadržanih u sporazumima koji su potpisani sredinom ovog vijeka, kada određena saznanja još nisu bila dostupna ekonomskoj nauci; treća vrsta problema bili su u vezi sa nedostatkom odgovarajućih procedura za primjenu normi GATT-a, za rješavanje sporova među ugovornim stranama i primjene sankcija zbog kršenja normi GATT-a, dok je četvrta vrsta u vezi sa nemogućnošću GATT-a da definiše opšti interes strana ugovornica, budući da su sve one težile ostvarivanju različitih političkih i ekonomskih ciljeva.

Sukob interesa među ugovornim stranama GATT-a

Historiju GATT-a, kao i sadašnjicu, odlikovao je i dalje odlikuje sukob interesa među zemljama članicama Sporazuma. Pored nedovoljne efektivne saglasnosti oko opštih ciljeva GATT-a, realnost međunarodne trgovine karakterisalo je verbalno zalaganje za principe slobode međunarodne trgovine, dok se u praksi promovisala neosnovana i neracionalna restriktivna trgovinska politika, posebno od strane razvijenih zemalja. Pometnji u primjeni međunarodnih Sporazuma, koji proizilaze iz GATT-a, doprinijelo je postojanje različitih sistema vrijednosti i ciljeva kojima su težile pojedine članice GATT-a.

Mnoge zemlje ne postavljaju ekonomsku efikasnost na prvo mjesto u svom sistemu vrijednosti. Zemljama u razvoju je u primarnom interesu ekonomski razvoj, što u većini slučajeva znači ulaganje maksimalnih napora u industrijalizaciji zemlje. Za tu vrstu zemalja međunarodna trgovina ima značaj u onoj mjeri koliko podstiče industrijalizaciju. U suprotnom, te zemlje smatraju da imaju legitimno pravo da primjenjuju protekcionističku politiku, koja ide na uštrb ekonomske efikasnosti. Nerazvijene zemlje su, po pravilu, težile da obaveze uklanjanja carinskih barijera, koje su proizilazile iz GATT-ovih Sporazuma, nemaju negativan uticaj na njihove planove usmjerene ka industrijalizaciji⁴. One su imale interes u promovisanju GATT-ovih odredbi najviše u onim dijelovima koji im omogućavaju specijalan, povlašćeni položaj u primjeni protekcionističke politike u odnosu na razvijeniye zemlje.

⁴ Vidjeti član XXXVI GATT-a iz 1947.

Druga grupa zemalja primjenjivala je politiku samodovoljnosti iz razloga nacionalne sigurnosti ili neosnovanih nacionalnih i šovinističkih osjećanja i predrasuda uperenih protiv drugih zemalja, koje su proizilazile iz ideoloških, političkih, teritorijalnih i drugih vrsta konfrontacija. Određeni broj zemalja, u koje prije svih spadaju zemlje sa monokulturnim privredama, smatraju da zaštita domaće privrede od nepredvidljivih pustošenja, koja su uzrokovana fluktuacijama cijena na svjetskom tržištu, uživa prevagu u odnosu na efikasnost privrede koju donosi međunarodna trgovina ili budući priželjkivani razvoj koji izaziva industrijalizacija. Dodatni problem u postizanju konsenzusa i kompromisa između država članica GATT-a je taj što mnoge zemlje, uslijed postojanja različitih konfliktnih političkih i ekonomskih ciljeva, kao i uslijed unutrašnjih pritisaka od strane raznih industrija i interesnih grupa koje zahtijevaju zaštitu, te spoljnih političkih pritisaka od strane drugih zemalja koje mogu biti pogođene zaštitnom politikom, nisu u potpunosti sposobne da profilišu konzistentnu trgovinsku politiku. Tako se često događalo da određene zemlje u praksi primjenjuju restriktivnu politiku pod dejstvom unutrašnjih pritisaka, dok su se formalno i na riječima zalagale za slobodu međunarodne trgovine.

Konfuzija sistema vrijednosti i ciljeva koji bi se postigli kroz institucije GATT-a doprinijela je inertnosti i u nekim slučajevima blokadi prilikom odlučivanja o dosljednom sprovođenju principa međunarodne trgovine. Takođe, neizgrađenost GATT-a kao međunarodne organizacije, nepostojanje odgovarajućih procedura odlučivanja i sprovođenja odluka GATT-a, nisu doprinijele u dovoljnoj mjeri stvaranju opšte saglasnosti među Ugovornim stranama oko načina promovisanja slobode međunarodne trgovine.

Nedostatak odgovarajućih procedura

Jedan od najvećih nedostataka sistema uređene međunarodne trgovine zasnovanog na GATT-u iz 1947. godine manifestovao se u nerazrađenosti propisanih procedura pomoću kojih bi se na najadekvatniji način razmatrala važna pitanja, donosile odluke, formulisao opšti interes u određenim pitanjima međunarodne trgovine i rješavali sporovi među vladama članicama Sporazuma. Problem otežane primjene normi materijalnog prava nije vezan isključivo za GATT, već je to odlika cjelokupnog međunarodnog javnog prava koje se ne primjenjuje i sankcioniše od strane subjekta sa ekskluzivnom globalnom suverenom vlašću. U međunarodnom javnom pravu ne postoji organizovana pravosudna i izvršna vlast, kada prva u spornim, a druga u principijelno neo-

spornim situacijama, primjenjuje i izvršava opšte materijalne propise, donosi pojedinačne akte i izriče odgovarajuće sankcije nakon sprovedenih unaprijed propisanih postupaka, kako je to regulisano internim pravnim porecima.

Problem nedostatka odgovarajućih procedura i efektivne primjene propisanih materijalnih normi bio je predominantno izražen u GATT-u iz 1947. godine zbog nesavršenosti i neizgrađenosti njegove organizacione i proceduralne strukture. Pomoću odgovarajućih procedura bi se identifikovali ekonomski problemi koji trgovinske barijere čine neizbježnim. Njima bi se efikasnije i u etapama promovisala međunarodna trgovina. Takođe, vladama koje nisu u mogućnosti da izdrže teret GATT-ovih obavezujućih normi, uslijed domaćih pritisaka ili drugih opravdanih razloga, omogućio bi se mehanizam njihovog izuzimanja uz odgovarajuće kompenzacije.

Prilikom utvrđivanja načina primjene materijalnih normi GATT-a, u praksi su se razlučila dva pravca: jedan je "legalistički", a drugi "pragmatički"⁵. Pod prvim podrazumijevala se tendencija da se GATT tretira isključivo kao pravni dokument (akt), koji sadrži skup pravnih normi koje se moraju dosljedno i bespogovorno primjenjivati u duhu onih ciljeva koji su postavljene prilikom usvajanja Sporazuma. U osnovi tih shvatanja leže uvjerenja da su donosioci Sporazuma predvidjeli sve buduće situacije i probleme koji mogu nastati u međunarodnoj trgovini i da se do rješenja takvih problema može doći isključivo beskompromisnom primjenom opštih pravila tumačenja pravnih normi sadržanih u GATT-u. Pragmatički pravac je težio uspostavljanju izvodljivih i kompromisnih rješenja i ostvarivanju zajedničkih ciljeva, dok su obavezujuća pravila GATT-a smatrana formalnostima koje treba, kad je god to moguće, izbjegavati.

U suštini, navedeni modeli primjene STO Sporazuma nisu međusobno isključivi, već se njihovom kombinacijom na najbolji način mogu ostvariti željeni ciljevi sadržani u trgovinskim pravilima. Isključiva i konzervativna primjena legalističkog pristupa dovela bi do normativne petrifikacije međunarodne trgovine, u kom slučaju pravila GATT-a ne bi pratila razvoj savremenih ekonomskih saznanja i kretanje međunarodne trgovine u praksi, budući da su mnoge ekonomske teorije iz vremena donošenja Sporazuma prevaziđene. Ekstremnom primjenom pragmatičkog modela narušili bi se osnovni principi vladavine prava, čije vrijednosti i važnost suviše isticati. Varljivo i neosnovano suprotstavljanje legalističkog i pragmatičkog modela zamaglju-

⁵ Keneth W. Dam, *The GATT Law and International Economic Organization*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1970. godine, str. 3.

valo je uočavanje i otežavalo rješavanje mnogo važnijih problema sa kojima se suočavao GATT.

Suženo polje djelovanja

Cilj stvaranja GATT-a iz 1947. godine bilo je kreiranje međunarodne institucije koja bi, u najvećoj mogućoj mjeri, promovisala liberalizaciju međunarodne trgovine. Problem je bio u tome što je međunarodna trgovina kompleksan ekonomski fenomen, koji zavisi od mnoštva faktora nad kojima GATT, u većini slučajeva, nije imao jurisdikciju, niti bilo kakav uticaj. Mnogi međunarodni trgovinski problemi bili su uzrokovani unutrašnjim ekonomskim problemima u odnosu na koje je GATT bio bespomoćan. Pored toga, GATT nije imao nikakve nadležnosti u monetarnim pitanjima (recimo, fiksni devizni kursevi), koja su uzrok mnogim trgovinskim barijerama, dok je koordinacija sa MMF-om bila nezadovoljavajuća. GATT nije imao nikakav uticaj ni na pružanje međunarodne ekonomske pomoći nerazvijenim zemljama, koja ima ne mali značaj za međunarodnu trgovinu. Takođe, GATT-om nisu bile regulisane izuzetno značajne oblasti pružanja usluga (bankarske usluge, osiguranje, međunarodni saobraćaj, turizam itd.), kao ni investicije, koje su u vezi sa međunarodnom trgovinom. Čak i u onim oblastima nad kojima su mu poverene određene nadležnosti, GATT je trpio neugodnu konkurenciju organizacija kao što su UNCTAD, OECD ili međunarodnih regionalnih organizacija i sporazuma kakvi su bili EEC, EFTA itd.

Bez obzira na probleme sa kojima se suočavao, GATT iz 1947. godine predstavljao je jednu od najuspješnijih međunarodnih institucija. Uprkos brojnim nedostacima organizacione, proceduralne i druge prirode, GATT iz 1947. godine je, tokom dvanaest rundi međunarodnih trgovinskih pregovora, uspio značajno smanjiti opšti nivo međunarodnih trgovinskih barijera; riješiti brojne trgovinske sporove iz kojih su mogli tada nastati ozbiljni carinski ratovi i ukazati na neodrživost položaja nerazvijenih zemalja u međunarodnim trgovinskim odnosima.

Razvoj međunarodne trgovinske saradnje

Trgovina je antropološka pojava. Ona je nastala zajedno sa stvaranjem ljudskog društva u vidu razmjene viška dobara između pojedinaca, domaćinstava i širih društvenih grupa. Nastankom država, trgovina je poprimila

međunarodnu dimenziju⁶. Plemena, narodi i zemlje su od pamtivijeka trgovali među sobom i pri tome su nastojali da svoje odnose regulišu određenim pravilima. Još je Smith primetio da je nastanak trgovine predstavljao kritičnu tačku u procesu modernizacije.⁷

Međunarodna trgovina je doživjela svoj puni razvoj tek u XIX vijeku. To je bio period kada je međunarodna trgovina bila regulisana jednoobraznim pravilima koje je u praksi stvorila tada najsnažnija supersila na svijetu, Velika Britanija. Institucionalizacije međunarodne trgovine, u današnjem smislu riječi, u to vreme nije bilo. Jedina međunarodna institucija u trgovinskom domenu bio je Međunarodni biro za štampanje carinskih tarifa⁸, koji nije imao nikakav uticaj na međunarodnu trgovinu, već je bio obična informativna agencija. Može se slobodno reći da stvaranje međunarodnih institucija i nije bilo potrebno, jer je međunarodna trgovina tada funkcionisala glatko i po utvrđenim postupcima i metodama. To je bilo doba ekonomskog liberalizma zasnovanog na merkantilističkim ekonomskom idejama. Merkantilističke ideje su u to doba nailazile na opšte prihvatanje. Stabilnost međunarodnih ekonomskih odnosa, koji su se zasnivali na zlatnom standardu u međunarodnim plaćanjima i slobodi međunarodne trgovine, osiguravala je Velika Britanija. Dvije trećine svijeta bilo je podređeno u kolonijalnim i polukolonijalnim odnosima. Te zemlje su predstavljale periferiju u odnosu na centar, koji su činile velike kolonijalne sile. U međunarodnim političkim odnosima vladalo je načelo ravnoteže snaga⁹, koje je dodatno obezbjeđivalo stabilno funkcionisanje tadašnje svjetske ekonomije. Ekonomija se bazirala na načelima "*laiser faire laiser passe*" političkog i ekonomskog liberalizma, gdje je država imala ulogu noćnog čuvara¹⁰.

⁶ Adam Smith, *An inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*, 1776. Prevedeno na srpskohrvatski jezik: *Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda*, svezak I, II, preveo dr Marijan Hanžeković, Zagreb, 1952.

⁷ Ibid.

⁸ Dr Milan Ristić, *GATT i Jugoslavija*, Sedma sila, Beograd, 1966, str.9.

⁹ Vidi opširnije u tome u delu I. L. Claude, *Power and International Relations*, Random House, New York, 1962, str.43; *War in Modern Society*, Collins, London, 1968, str.33; H. Bull, *The Control of the Arms Race*, Random House, New York, 1965, str. 39; Vojin Dimitrijević i Radmilo Stojanović, *Međunarodni odnosi*, Beograd, 1988, str. 397 - 405.

¹⁰ Dr Milan Ristić je u navedenom djelu (str. 9) o tome rekao:

"Jedan američki autor vrlo slikovito je opisao tadašnji sistem. Po njemu, za održavanje tog sistema potrebna su tri elementa: jedan svjetski policajac, jedan sud i jedna svjetska valuta (*a cop, a court and a currency*). Sva tri zahteva ispunjavala je V. Britanija, uz blagonaklonu podršku ostalih kolonijalnih sila. Britanska flota igrala je ulogu svjetskog

Tadašnje trgovinske politike težile su da, u maksimalnoj mogućoj mjeri, osiguraju novčani priliv izražen u zlatu, da obezbijede stabilnost valuta i da svoje ciljeve određuju u zavisnosti od kretanja cijene zlata. Bogatstvo naroda cijenilo se prema količini zlata koje posjeduje, te ako bi zemlji zaprijetio trajniji odljev zlata, onda bi država reagovala promovisanjem restriktivnih mjera uperenih protiv uvoza i pospješivanjem izvoza. Osnovni ekonomski ciljevi toga doba nisu bili puna zaposlenost i postojan privredni rast, već očuvanje stabilnosti moneta, što je omogućavalo da platni bilans izražen u zlatnom novcu bude pozitivan. Pored navedenih mjera, monetarne vlasti su podsticale smanjenje cijena koštanja faktora proizvodnje, smanjenje nadnica, težile su smanjenju cijena, državnih budžeta, opadanju dohotka, tj. činile su sve da bi spriječile odljev zlata i stimulisale njegov priliv. To je imalo pogubne posljedice po zaposlenost, koja je žrtvovana da bi zlatni standard bio spasen. Svojevremeno je Tomas Man, jedan od rodonačelnika merkantilističke ekonomske misli, u svom djelu "Blago Engleske od spoljne trgovine", tvrdio da je spoljna trgovina glavni izvor državnog bogatstva. Po njemu, uvoz ne treba zabranjivati, ali po svaku cijenu treba težiti da on bude manji od izvoza.¹¹ Stoga treba smanjiti potrošnju strane robe u zemlji, stvoriti jaku i raznovrsnu sirovinsku bazu i poboljšati kvalitet domaćih proizvoda¹².

Usljed cikličnog kretanja kapitalističke privrede, dolazilo je do naglih strukturnih promjena na koje merkantilistička ekonomska politika nije imala odgovora. Izbijanjem velike ekonomske depresije tridesetih godina dvadesetog vijeka, raspao se međunarodni ekonomski sistem baziran na zlatnom

policaica, britanski trgovci postavljali su trgovinska pravila kojih se čitav svet pridržavao i istovremeno bili su sudije u sporovima, a Londonski Siti je dirigovao zlatnim standardom kao svjetskim monetarnim sistemom."

¹¹ U moderno vrijeme, elementi merkantilističke politike, koja je prevaziđena i pogrešna i vodi u trgovinske ratove, mogu se prepoznati u trgovinskoj politici Trampove administracije: "Kada se američki predsjednik Donald Trump hvalio da je trgovinske ratove "lako dobiti" u martu 2018., bilo je zgodno odbaciti tu primjedbu kao retoričku figuru. Ipak, sada je jasno da je Trump to mislio, jer on iskreno vjeruje u bizarne i anahrone makroekonomske teorije koje su u osnovi njegovog pristupa" (vidjeti u: https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-trade-policy-mercantilism-by-robert-j-barro-2019-09?a_la=english&a_d=5d70d08850b9ea26303b867a&a_m=&a_a=click&a_s=&a_p=%2Farchive&a_li=trump-trade-policy-mercantilism-by-robert-j-barro-2019-09&a_pa=&a_ps=, posljednja posjeta 23. maja 2025. godine).

¹² Thomas Mun, *Englands Treasure by Foreign Trade, 1664*, prema navedenom delu akademika Obrena Blagojevića i prof. dr Marka Sekulovića, str.60.

standardu¹³ i slobodi međunarodne trgovine. Poučene negativnim iskustvom sa “laiser faire” ekonomskom politikom, tadašnje države su odlučile da uzmu aktivnu ulogu u kreiranju ekonomske politike. Za međunarodnu trgovinu to je značilo preuzimanje potpune kontrole od strane države nad deviznim plaćanjima, kontroli uvoza i izvoza putem uvoznih i izvoznih dozvola, propisivanjem kontingenata, povišavanjem carinskih tarifa i generalnim pooštavanjem spoljnotrgovinskog režima. Kao i sada, tako se iz faze integracije svjetske privrede, koja se zasnivala na zlatnom važenju i slobodi međunarodne trgovine, prešlo na fazu dezintegracije međunarodne trgovine, koja se odlikovala restriktivnom protekcionističkom trgovinskom politikom¹⁴. U domenu plaćanja, sistem zlatnog važenja zamijenjen je primitivnijim oblikom - kliringom, odnosno prostom razmjenom. To je bilo doba “ekonomskog nacionalizma”, kada su zemlje, prilikom kreiranja ekonomske i trgovinske politike, inspirisane novim ekonomskim teorijama¹⁵ i saznanjima, težile punoj zaposlenosti svojih privreda i stabilnom ekonomskom razvoju i pri tome su na prvo mjesto stavljale svoje sebične nacionalne interese.

Osnovni pravni instrument kojim je regulisana međunarodna trgovina bili su bilateralni ugovori između država, kojima su potpisnice detaljno regulisale sva pitanja u vezi sa razmjenom, od obima trgovinske razmijene po količini i vrijednosti, pa do pitanja vrste i kvaliteta roba koja se razmjenjivala.¹⁶ Čak su i najrazvijenije zemlje toga doba, koje su do tad bile garant slobode međunarodne trgovine, pošle putem ekonomskog nacionalizma. U historiji je poznata Holi-Smutova carinska tarifa donijeta u SAD (Hawllly-Smoot) kojom je, na drastičan način, propisivanjem prohibitivnih carina, zatvoreno američko tržište za inostranu robu. Velika Britanija nametnula je visoke carine, dok je zemljama koje je kontrolisala omogućila značajne preferencijale potpisivanjem Otavskog sporazuma. Japan je postao poznat po svojim antidampinškim propisima, dok se Njemačka pripremala za rat¹⁷. Došlo je do drastičnog pada

¹³ B. W. E. Alford, *Britain in World Economy Since 1880*, Longman, London, New York, 1996. godine, str. 72 - 158.

¹⁴ Dr Milan Ristić, navedeno delo, str.12.

¹⁵ Pre svih *Opštom teorijom zaposlenosti, kamate i novca*, koju je početkom tridesetih godina stvorio čuveni kembridžki profesor J. M. Keins (*General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936).

¹⁶ Trumpova trgovinska politika umnogome podsjeća na gore opisanu situaciji i predstavlja regresiju u međunarodnim trgovinskim odnosima u pravcu bilateralizma. Vidjeti u: <https://www.whitehouse.gov/articles/2025/05/great-deal-for-america-president-trumps-breakthrough-trade-deal/> (posljednja posjeta 24. maja 2025. godine).

¹⁷ Dr Milan Ristić, navedeno delo, str.13.

cijena sirovina i primarnih proizvoda, što je u najvećoj mjeri pogodilo nerazvijene zemlje. Takođe, volumen međunarodne trgovine je doživio svoj pad. Klauzula najvećeg povlaštenja postala je simbol starih dobrih vremena, a u međunarodnim trgovinskim odnosima je važio "zakon džungle"¹⁸.

Postalo je jasno da ekonomska rascjepkanost i zatvaranje država vodi neodrživoj situaciji, te se pojavila težnja da se pretjerani protekcionizam ograniči i suzbije. Pod pokroviteljstvom Društva naroda, organizovano je nekoliko konferencija, koje su ostale bez rezultata. Te konferencije su: Briselska finansijska konferencija 1920. godine, Denovska konferencija 1922. godine i Trgovinska konferencija održana u maju 1927. godine u Ženevi¹⁹. Na tim konferencijama bila je izražena težnja da se ponovo uspostavi sistem zlatnog važenja i donekle liberalizuje međunarodna trgovina. Međutim, to nije urodilo plodom, djelom iz razloga što je u to doba bjesnjela velika ekonomska kriza i djelom zbog toga što je to pokušano u vreme kada su se određene velike sile spremale za rat. Neuspjeh velike ekonomske finansijske konferencije u Londonu 1933. godine označavao je kraj predratnih pokušaja da se pretjerani protekcionizam suzbije.

GATT i poslijeratna međunarodna trgovina

Svjetska ekonomija bila je ruinirana nakon završetka drugog svjetskog rata. Do tada vodeće sile Evrope bile su razrušene, a njihove ekonomije iscrpljene. Velika Britanija, kao i ostale zemlje, ostala je bez zlatnih i deviznih rezervi²⁰. Trgovina se svela na običnu razmjenu, koja je bila regulisana bilateralnim klirinškim sporazumima. Bilo je jasno da je takva situacija neprihvatljiva, te se pristupilo intenzivnim pregovorima ka stvaranju međunarodnih institucija i mehanizama koji bi omogućili restauraciju svjetske privrede i njen stabilan razvoj²¹.

¹⁸ Ibid, str. 14.

¹⁹ Dr Radomir Đurović, *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1991, str. 70; slično u delu dr Milana Ristića: *Međunarodna trgovinska saradnja i GATT kao njen instrumenat*, Beograd, 1961, str. 17.

²⁰ B. W. E. Alford, *Britain in World Economy Since 1880*, Longman, London, New York, 1996. godine, str. 158 - 201.

²¹ Od 1. do 22. jula 1944. godine, u američkom gradu Breton Vudsu, održana je zvanična konferencija na kojoj su učestvovali predstavnici 44 zemlje i na kojoj su potpisane konvencije kojima su ustanovljeni Međunarodni monetarni fond i Međunarodna banka za obnovu i razvoj.

Prvi pregovori koji su imali za cilj stvaranje Međunarodne trgovinske organizacije vođeni su između SAD i Velike Britanije. Rezultat tih bilateralnih pregovora bio je pamflet pod nazivom: "Prijedlozi za ekspanziju svjetske trgovine i zaposlenja", što je bila prva objavljena verzija planova usmjerenih ka stvaranju univerzalne trgovinske organizacije²². Kasnije su SAD obradile Prijedloge i sačinile Nacrt povelje Međunarodne trgovinske organizacije (International Trade Organization Charter, u daljem tekstu: ITO), koja je bila platforma za multilateralne trgovinske pregovore, koji su održani u četiri navrata u periodu od 1946. do 1948. godine u Londonu, Njujorku, Ženevi i Havani. Finalna verzija nacrtu sačinjena je u Havani i postala je poznata kao Havanska povelja. U toku pregovora za stvaranje ITO, u Ženevi je oktobra mjeseca 1947. godine potpisan Opšti sporazum o carinama i trgovini (GATT). Cilj potpisivanja GATT-a bio je da izrazi i ozvaniči do tada postignutu saglasnost oko osnovnih ciljeva u domenu međunarodne trgovine. Bilo je zamišljeno da njegova primjena bude privremena i da se vremenski ograniči do stvaranja ITO. Kada je najzad postalo jasno da SAD neće dati saglasnost za nastanak ITO, GATT je preuzeo njenu ulogu i postao centralna institucija u oblasti međunarodne trgovine²³.

GATT je vremenom revidiran kako bi uključio određene oblasti koje su trebale biti regulisane Havanskom poveljom. Međutim, GATT nije obuhvatio sljedeća poglavlja Povelje sa materijalnim normama od kapitalnog značaja: Zaposlenje i ekonomska aktivnost (Employment and Economic Activity), Ekonomski razvoj i rekonstrukcija (Economic Development and Reconstruction), Restriktivne poslovne prakse (Restrictive Business practices) i Međuvladini robni sporazumi (Intergovernmental Commodity Agreements). Takođe, GATT nije uključivao organske, niti proceduralne propise koje je sadržala Havanska povelja²⁴. Ono što je prenijeto iz Povelje u GATT

²² Objavljeno je u: Department of State Publication 2411, Commercial policy Series 79, Washington (1945); ponovo je štampano u: Department of State Bulletin, XII (1945), Washington, str. 912, 929.

²³ Član XXIX, st. 1 GATT-a iz 1947. godine predviđa da su Ugovorne strane dužne da "poštuju u punoj mjeri osnovne principe sadržane u glavama od I do VI uključujući i glavu IX Havanske povelje u mjeri koliko im to dozvoljavaju njihova izvršna ovlašćenja" do potpisivanja i stupanja na snagu Havanske povelje. Nakon propasti pregovora o uspostavljanju ITO, citirana odredba nije u potpunosti ostala mrtvo slovo na papiru. Ona je, tokom bogate historije GATT-a iz '47, služila kao osnov za shodnu primjenu pravila Povelje.

²⁴ Vidjeti opširno u delu Clair Vilcox, *A Charter for World Trade*, Macmillan, New York, 1949, str. 231 - 327. Slično Vidjeti u delu William Adams Brown, *The United States and*

bile su odredbe koje su se odnosile na trgovinsku politiku (Commercial Policy).

Srž GATT-a iz 1947. godine (danas GATT-a iz '94) manifestovala se u težnji ka ostvarenju opšteusvojenog i opštekorisnog cilja²⁵. Kao osnovni princip istaknuta je politika pune zaposlenosti i stabilnog ekonomskog razvitka²⁶. Historijske okolnosti u kojima je nastao GATT bile su kvalitativno drugačije u odnosu na one iz perioda zlatnog važenja, kada su sve ekonomske politike bile jednoobrazne. Realnost međunarodnih trgovinskih odnosa karakterisala je različitost i suprotstavljenost ekonomskih interesa među državama članicama, koji su se mogli prevazići samo putem kompromisa i pronalaženjem i usaglašavanjem opštih interesa, a ne nametanjem opšteobavezujućih pravila od strane jednog supranacionalnog autoriteta, kako je to prvobitno zamišljeno. Rješenja koja su usvojena GATT-om nikako se nisu mogla nametnuti, već su ona počivala na saznanju da su u opštem interesu. GATT je mogao da obezbijedi svoje funkcionisanje samo priznavanjem suvereniteta svojih članica i različitosti njihovih interesa i koncepcija, pri tome izbjegavajući kruta i neprikosnovena pravila *sine exceptio*. Kasnije ćemo vidjeti da je i STO nastala na sličnim historijskim i pravnim pretpostavkama.

Prvobitna zamisao, koja je pretežno zastupana od strane američkih diplomata, da sve necarinske barijere treba prosto ukinuti propisivanjem odgovarajućih nadnacionalnih normi nije bila ostvariva. Takve norme bi duboko ugrozile suverenost država članica u važnom domenu regulisanja unutrašnje i spoljne trgovine. Jednostavno nije bilo moguće da se zemlje članice Sporazuma odreknu svog spoljnotrgovinskog suvereniteta u korist međunarodne

Restoration of World Trade, Brookings Institution, Washington, 1950, str. 391 - 557.

²⁵ Cordell Hull, tadašnji državni sekretar SAD, koji je bio glavni kreator trgovinske politike, izjavio je sljedeće:

“Nikada se nisam kolebao, niti ću se kolebati u mom uvjerenju da su istrajan mir i dobrobit nacija neraskidivo povezani sa prijateljstvom, fer odnosima, jednakošću i u najvećoj mogućoj mjeri primijenjenoj slobodi međunarodne trgovine.” (*Economic Barriers to Peace*, Woodrow Wilson Foundation, New York, 1937. godine, str. 14).

Tadašnji podsekretar, SAD Sumner Wels, tvrdio je:

“Jedna od najsigurnijih garancija protiv rata je mogućnost koja je data svim ljudima da kupuju i prodaju pod jednakim uslovima i bez dozvola i ograničenja političke prirode” (Vidjeti u delu Louise W. Holborn & Hajo Holborn, *War and Peace Aims in United Nations*, World Peace Foundation, Boston, 1943. godine, str. 29-30).

²⁶ To je princip koji postaje cilj i osnova funkcionisanja svih značajnijih međunarodnih ekonomskih organizacija. Vidjeti član 55, tačka a Povelje UN, član 1 Statuta MMF-a, član 1 Statuta Međunarodne banke, Preambulu FAO itd.

institucije koja bi propisivala imperativna pravila u oblasti međunarodne trgovine, interpretirala ih i sankcionisala njihovu povredu onako kako to čine pravosudni i drugi državni organi u internim pravnim porecima.

Inicijalno Međunarodna trgovinska organizacija nije bila zamišljena kao forum gdje će se primarno usaglašavati različite koncepcije i interesi i rješavati sporovi na bazi kompromisa, već kao institucija koja će striktno primjenjivati pravila međunarodne trgovine²⁷. Navedena koncepcija, zastupana pre svih od strane SAD, nije mogla biti prihvaćena od strane onih zemalja koje su bile prinuđene da i dalje vode restriktivnu trgovinsku politiku. Tu su spadale zemlje sa precijenjenim valutama, koje još nisu bile spremne da se odreknu kontrolnih mehanizama u privredi zavedenih za vreme rata i koje su težile da obnove ratom razrušenu industriju, kao i zemlje koje su insistirale da zadrže preferencijale u korist političkih i ideoloških saveznika, a na štetu drugih. To su bile i zemlje koje su težile da svoje nejake privrede zaštite od nepovoljnih kretanja na svjetskom tržištu, diverzifikujući ih stvaranjem industrija koje bi supstituisale uvoz. Na tadašnjoj međunarodnoj sceni jasno su se razlučile grupe zemalja sa suprotstavljenim ekonomskim interesima. Sukob interesa postojao je između razvijenih i nerazvijenih zemalja, zemalja sa robnim viškovima (SAD) i zemalja sa deficitom (evropske zemlje), onih sa tržišnim privredama i onih sa planskim privredama.

Na kraju pregovaračkog procesa stvoren je Nacrt povelje koji je predstavljao neuspješan pokušaj kompromisnog pomirenja suprotstavljenih nacionalnih interesa. Nacrt je sadržavao niz izuzetaka (*lex specialis*) koji su omogućavali nastavak primjenjivanja protekcionističkih politika, recimo u poljoprivredi od strane SAD²⁸ ili zadržavanje preferencijala od strana Velike Britanije prema zemljama Komonvelta²⁹ uz težnju da se oslabjela funta zaštiti zavođenjem kvantitativnih ograničenja. Nacrt je predstavljao komplikovani pravni dokumenat koji je kazuističkim metodom sublimirao kompromise, tako što bi u većini odredbi iza propisanog načela slobode međunarodne trgovine odmah sledio izuze-

²⁷ Dean Achenson, državni sekretar SAD, okarakterisao je Havansku povelju kao "... prvi sveobuhvatan zakonik međunarodnog prava koji reguliše trgovinske politike ..." (*Economic Policy and the ITO Charter*, Department of State Bulletin, XX, 1949, str. 35-40).

²⁸ Ministarstvo poljoprivrede SAD insistiralo je na izuzimanju kvantitativnih ograničenja u poljoprivredi, što bi omogućilo Sjedinjenim Državama da štite domaću poljoprivredu (Richard Gardner, *Sterling Dollar Diplomacy*, Oxford, Clarendon Press, 1956, str. 149-150).

²⁹ B. W. Alford, navedeno delo, 169-201.

tak koji bi autorizovao trgovinske barijere.³⁰ Tako zamišljena, Međunarodna trgovinska organizacija nije bila kompatibilna tadašnjim okolnostima koje su karakterisale svjetsku ekonomiju. Bilo je nemoguće zamisliti da će se države članice odreći kvantitativnih ograničenja u spoljnoj trgovini, kojima su vrlo često pokušavale da rješavaju svoje platno-bilansne teškoće i druge ekonomske probleme.

Međunarodnoj trgovini nije bio potreban međunarodni i supranacionalni entitet koji bi kao *deus ex machina* primjenjivao međunarodne norme, već forum gdje bi zemlje članice ravnopravno pregovarale, identifikovale opšti interes i pronalazile uzajamno prihvatljiva rješenja. Takve osobine imao je GATT, koji je, kreativnom djelatnošću Ugovornih strana, uprkos brojnim ograničenjima, imanentnim njegovoj prirodi, uspeo značajno da prevaziđe inicijalne nedostatke, improvizuje i stvori brojne procedure i principe kojima su riješeni značajni problemi u poslijeratnoj međunarodnoj trgovini.

Nastanak Svjetske trgovinske organizacije³¹

Iako provizornog karaktera, GATT iz 1947. godine postigao je velike uspjehe u regulisanju međunarodne trgovine. Permanentno snižavanje carina pod okriljem GATT-a podstaklo je svjetski privredni rast u prosječnom iznosu od 8% godišnje, u periodu pedesetih i šezdesetih godina. Ipak, on je morao biti zamijenjen razvijenijim i obuhvatnijim oblikom institucionalizovane međunarodne trgovinske saradnje. Postavlja se pitanje: da li stvaranje STO predstavlja najveći uspeh i proboj ka jačanju i organizovanju pravila međunarodne trgovine? Čini se, na prvi pogled, da je STO ostvarila napredak u regulisanju međunarodne trgovine u odnosu na GATT iz 1947. godine, koji je, ipak, bio samo sporazum provizornog karaktera među ugovornim stranama. GATT iz 1994. godine, na osnovu koga je stvorena STO, jedan je od najjobimnijih i najkompleksnijih međunarodnih aranžmana ikad potpisanih. Urugvajska runda pregovora, iz koje je nastao, uključila je 124 vlade. Sporazumi su sadržani u

³⁰ U časopisu *Fortune* od jula 1949. objavljen je članak sa naslovom: "Kako je SAD izgubila ITO Konferenciju" i podnaslovom: "Povelja je sva u izuzecima". U tekstu se navodi sljedeće: "Trgovinsko-kontrolni instrumenti svake vrste sada su na raspolaganju i svaki izgovor za njihovo korišćenje se posvuda u ovom dokumentu ističe i dozvoljava". Takođe, o tome Vidjeti delo: Philip Cortny, *The Economic Munich*, Philosophical Library, 1949. godine, New York.

³¹ Vidjeti o tome u tekstu prof. dr Svetislav Taborošija, *Od GATT-a do Svjetske trgovinske organizacije*, Pravo i privreda, BR. 11-12/95, godina XXXIII, Beograd).

500 stranica pravnih dokumenata na osnovu kojih su članice jedne drugima učinile koncesije, koje se nalaze na blizu 22000 stranica.

Svjetska trgovinska organizacija predstavlja najambiciozniji pokušaj reformisanja međunarodne trgovine u drugoj polovini XX vijeka. Ne samo da je stvorena međunarodna organizacija sa subjektivitetom međunarodnog javnog prava i složenim organizacionim strukturama i procedurama, već je i značajno prošireno polje njenog djelovanja u odnosu na GATT iz 1947. godine, uključivanjem značajnih oblasti koje obuhvataju međunarodnu trgovinu uslugama, pravima intelektualnog vlasništva u vezi sa međunarodnom trgovinom (trade-related aspects of intellectual property rights, u daljem tekstu: TRIPS) i investicije u vezi sa međunarodnom trgovinom (trade-related aspects of investment measures, u daljem tekstu: TRIMS). Sporazumima je obuhvaćena i trgovina poljoprivrednim proizvodima, koja je neuspješno bila predmet multilateralnih trgovinskih pregovora još od Kenedijeve runde 60-tih godina. Zemlje u razvoju imale su, po prvi put, značajnu ulogu prilikom kreiranja STO, osnaženja i proširivanja njenih funkcija u Urugvajskoj rundi trgovinskih pregovora. One su, potpisivanjem Sporazuma, omogućile pristup svojim, do tada, zatvorenim tržištima za usluge iz inostranstva i obavezale se da će pružiti efektivnu zaštitu intelektualnim pravima na svojim teritorijama. Zauzvrat, razvijene zemlje obavezale su se da će otkloniti trgovinske barijere za uvoz roba iz zemalja u razvoju, uključujući i postupno stavljanje van snage Aranžmana o vlaknima (Multifibre Arrangement). Dugo je uspjeh funkcionisanja STO reflektovao globalni ekonomski razvoj i svjetski privredni rast.

Proces poslijeratne globalne liberalizacije međunarodne trgovine i stvaranja STO bio je veoma dugotrajan i bremenit problemima i krizama koje su proizilazile iz suprotstavljenosti interesa ugovornih strana. Nakon II svjetskog rata sazvano je i održano dvanaest međunarodnih konferencija na kojima se raspravljalo o generalnom snižavanju i uklanjanju trgovinskih barijera i o stvaranju međunarodne organizacije koja bi regulisala međunarodnu trgovinu³². Skoro pola stoljeća, od potpisivanja i stupanja na snagu, GATT-

³² Njihov redoslijed je sljedeći: 1947. godine u Ženevi (raspravljano je o carinama, 23 zemalja učesnica), 1949. godine u Anesiju (carine, 13 zemalja), 1951. godine u Torkveju (carine, 38 zemalja), 1956. godine u Ženevi (carine, 26), 1960. u Ženevi (carine, 26), 1961.-1964. u Ženevi (Dilonova runda, carinske, necarinske mjere i okvirni sporazumi), 1979.-1986. godine u Tokiju (Tokijska runda pregovora, carine, necarinske mjere, pravila, usluge, prava intelektualnog vlasništva, rješavanje sporova, tekstil, poljoprivreda, stvaranje STO itd) i Urugvajska runda pregovora od 1986. g. u Ženevi do 1994. g. u Marakešu (stvaranje STO u današnjim okvirima).

ovi osnovni sporazumi ostali su nepromijenjeni. Određene promjene vršene su kreativnom aktivnošću Ugovornih strana putem interpretativnih nota i u formi plurilateralnih sporazuma. U početnom periodu GATT se koncentrisao na snižavanje carinskih opterećenja. Sredinom šezdesetih godina održana je Kenedijeva runda na kojoj je dogovoreno generalno snižavanje carina i tokom koje je potpisan Sporazum o antidampingu. Tokom Tokijske runde pregovora, koja je trajala od 1973. do 1979. godine, po prvi put pokušano je da se dotadašnji GATT-ov sistem reformiše i da se primjena necarinskih trgovinskih barijera značajnije redukuje. Rezultat pregovora predstavljalo je generalno snižavanje carinskih opterećenja za jednu trećinu u oblasti industrijskih proizvoda, što je imalo značaj procentualnog sniženja carina za industrijske proizvode u iznosu od 4,7%. Snižavanje carina projektovano je u fazama, u trajanju od osam godina. Ono je uključivalo harmonizaciju carinskih tarifa po principu - što su tarife više, proporcijalno sniženje mora biti veće³³. Tokijska runda imala je polovične rezultate u drugim oblastima. Sporazum nije postignut u oblasti poljoprivrednih proizvoda, niti u oblasti odbrambenih (zaštitnih) mjera (safeguard measures). Određeni broj postignutih sporazuma potpisan je od strane malog broja (pretežno razvijenih) zemalja, iz kojeg razloga su nazvani kodovima (codes)³⁴ ili plurilaterarnim sporazumima. Kasnije su ti kodovi poslužili u Urugvajskoj rundi pregovora kao osnov za sklapanje multilateralnih sporazuma koje su prihvatile sve članice STO. Samo četiri sporazuma ostali su plurilateralni, što znači da nisu potpisani od strane svih članica STO. To su plurilateralni sporazumi o vladinim nabavkama, govedini, mliječnim proizvodima i civilnom vazduhoplovstvu.

Ekonomске krize, nastale tokom 70-tih i početkom 80-tih godina, nagnale su tadašnje vlade da kreiraju nove protekcionističke instrumente i u povećanom obimu koriste stare oblike zaštite kako bi zaštitili domaću privredu od inostrane konkurencije. Jedna od posljedica visoke nezaposlenosti i recesije bila je zaključivanje dobrovoljnih izvoznih barijera (voluntary export

³³ Vidjeti predstavljanje STO na Internetu, u odeljku: *Basics: Roots: from Havana to Marakesh* (www.STO.org), 1997. godine.

³⁴ Ibid. Na Tokijskoj rundi pregovora potpisani su kodovi u oblastima: subvencija i protivmjera (uz interpretaciju članova VI, XVI i XXIII GATT-a), tehničkih barijera trgovini (Kodovi o standardima), procedura za izdavanje uvoznih dozvola, vladinih (javnih) nabavki, carinskih procjena vrijednosti (interpretacija člana VII GATT-a), antidampinga (interpretacija člana VI, u ovoj oblasti zamijenjen je odgovarajući kod iz Kenedijeve runde), Aranžmana o goveđem mesu, Međunarodnog aranžmana o mliječnim proizvodima i trgovini civilnim avionima..

restraints) na bilateralnoj osnovi, kojima su se međusobno dijelila tržišta, a međunarodna trgovina preusmjeravala. Takođe, započeta je trka u subvencioniranju poljoprivrede, što je sve zajedno uticalo da se eficijencija i kredibilitet GATT-a iz 1947. godine podriju.

GATT iz 1947. godine nije više odgovarao okolnostima koje su vladale u svjetskoj trgovini 80-tih godina. Međunarodna trgovina postala je mnogo kompleksnija u poređenju sa vremenom kad je GATT nastao. GATT nije mogao da, u postojećim institucionalnim okvirima, odgovori potrebama globalizacije svjetske privrede, njenom proširenju na trgovinu uslugama i rastućem uticaju i značaju investicija na međunarodnu trgovinu. Izuzimanje poljoprivrede iz opšteg režima GATT-a u velikoj mjeri je zloupotrebljavano, te su naponi u liberalizaciji međunarodne trgovine poljoprivrednim proizvodima bili bezuspješni. Oblast trgovine tekstilom izuzeta je iz GATT-a tokom 60-tih godina na štetu zemalja u razvoju, da bi početkom 70-tih godina bio donijet Aranžman o vlaknima (Multifibre Arrangement), koji je u velikoj mjeri legalizovao protekcionizam, pre svih, razvijenih zemalja, u navedenoj oblasti. GATT-ov institucionalni i proceduralni sistem rješavanja sporova nije u punoj mjeri doprinio ostvarivanju principa slobode međunarodne trgovine, već je značajno omogućio razvijenim zemljama da dominiraju u trgovinskim sporovima i krše pravila GATT-a u mjeri koliko im je to odgovaralo.

Iz navedenih razloga započeta je Urugvajska runda pregovora³⁵, na kojoj je trebalo da se reformiše svjetski trgovinski sistem. Bilo je potrebno sedam i po godina³⁶ da se postigne saglasnost o stvaranju STO na osnovu sporazuma koji su toliko sveobuhvatni da pokrivaju sve aspekte međunarodne

³⁵ U dnevni red Urugvajске runde uvršteno je petnaest tema: globalno snižavanje carinskih opterećenja, necarinske barijere, proizvodi prirode, tekstil i odjeća, poljoprivrede, tropski proizvodi, članovi GATT-a, kodovi zaključeni u Tokijskoj rundi pregovora, antidamping, subvencije, intelektualna svojina, investicione mjere, rješavanje sporova, GATT-ov sistem i trgovina uslugama.

³⁶ Pregovori su započeti u Punta del Este (Urugvaj) septembra 1986. godine, nastavljani u Montrealu decembra 1988. (Ministarski srednjoročni pregled), Ženevi aprila 1989. (završen je srednjoročni pregled), Briselu decembra 1990. (došlo je do zastoja na ministarskom sastanku), Ženevi decembra 1991. (sačinjen je prvi Nacrt finalnog akta), Vašingtonu novembra 1992. (SAD i EU su postigle tzv. "Blair House" sporazum u oblasti poljoprivrede), Tokiju jula 1993. (četiri najveće sile na samitu G7 postigle su saglasnost o pristupu na tržišta), Ženevi decembra 1993. (pregovori su uglavnom završeni, izuzev razrade određenih pitanja o pristupu na tržišta), u Marakešu (Maroku) aprila 1994. su potpisani svi sporazumi, u Ženevi 1995. osnovana je STO, na osnovu sporazuma koji su stupili na snagu.

trgovine, od trgovine svim mogućim vrstama proizvoda do trgovine uslugama, zatim regulisanja investicija u vezi sa trgovinom (TRIMS), zaštite prava intelektualnog vlasništva (TRIPS), mehanizama za praćenje trgovinskih politika, nove organizacije i procedure za rješavanje sporova (Dispute settlement procedure), stvaranje mnogobrojnih organa i procedura za primjenu pravila vezanih za funkcionisanje STO i brojnih drugih instituta.

Pregovori su vođeni rješavanjem problema u paketu. Navedeni model pregovora bio je uspješniji od pojedinačnog rješavanja problema, jer je kompromisnim odricanjem od maksimalističkih zahteva omogućavao sporazum u onim pitanjima i oblastima trgovine gdje bi to bilo politički neizvodljivo da nije uzajamnih i ekvivalentnih ustupaka među pregovaračima. Takođe, zemlje u razvoju su, pri takvom načinu vođenja pregovora, bile u boljoj prilici da organizovano utiču na njihov ishod, nego u slučaju da su to činile na bilateralnoj osnovi sa ekonomski jačim partnerom. Negativni efekti pregovaranja u paketu sastojali su se u tome da, uslijed glomaznosti i obimnosti predmeta pregovora i velikog broja pregovarača, sporazum nije mogao biti realizovan u pitanjima gdje je već bila postignuta saglasnost. Pregovori su proticali u neizvesnosti.

Kopljia su se lomila oko pitanja regulisanja poljoprivrede, usluga, pravila o anti-dampingu, stvaranju i organizovanju STO. Glavni spor se vodio između SAD i EU po pitanju poljoprivrede od koga je zavisio ishod daljih pregovora³⁷. U novembru 1992. godine SAD i EU izgladile su većinu svojih nesporazuma potpisivanjem čuvenog Bler Hausovog sporazuma (Blair House Accord). Konačno, jula 1993. godine u Ženevi, velika četvorka (SAD, EU, Japan i Kanada) uspjela je da se dogovori i riješi pitanje pristupa na svoja tržišta inostranih roba i usluga, čime je širom otvoren put ka stvaranju STO³⁸. To je i učinjeno 15. Aprila 1994. godine u Marakešu historijskim potpisivanjem Finalnog akta od strane ministara 125 zemalja učesnica pregovora.

Stvaranjem STO nije završena reforma sistema svjetske trgovine. Kasnije, potpisani su brojni sporazumi u oblasti bazičnih telekomunikacija i informatičke opreme, a očekuje se potpisivanje sporazuma u oblasti bankarskih

³⁷ O pregovorima vođenim tokom Urugvajске runde u sektoru međunarodne trgovine poljoprivrednim proizvodima Vidjeti opširno u delu: Timothy E. Josling, Stefan Tangermann and T. K. Warley, *Agriculture in the GATT*, Macmillan Press Ltd., London, 1996, str. 242-243.

³⁸ O trgovinskoj politici SAD i njenom odnosu sa institucijama GATT-a Vidjeti opširnije u delu: Patrick Low, *Trading Free, The GATT and U.S. Trade Policy*, The Twentieth Century, Fund Book, New York, 1993, 239-251.

usluga. Nov izazov za STO predstavlja rasprava i nesporazumi po pitanju socijalnih standarda, stvaranja i funkcionisanja regionalnih organizacija i zaštite čovjekove okoline.

Dostignuća i nedostaci STO

Od osnivanja multilateralnog trgovinskog sistema Svjetske trgovinske organizacije (na engleskom: *the Multilateral Trading System of the World Trade Organization*) 1947. godine,³⁹ svjetska trgovina povećala se 300 puta i, do nedavno započetog trgovinskog rata, činila je više od 60% globalnog BDP-a, dajući podstrek otvaranju novih radnih mjesta, rastu i ulaganjima diljem svijeta. To je sve zahvaljujući uzastopnim smanjenjima carina dogovorenih kroz Multilateralni trgovinski sistem STO. Godine 1947., carine kretale su se između 20% i 30%. Prije trgovinskog rata između SAD i Kine, koji je započeo 1916. godine, carine u svijetu iznose prosječno oko 9%, što je rezultat stabilnosti koju je ovaj sistem pružao. Najvažnije pravno načelo multilateralnog sistema STO - klauzula najpovlaštenije nacije (na engleskom jeziku: *the most favored nation*; u daljem tekstu: MFN) onemogućava diskriminaciju između roba i usluga različitih trgovinskih partnera. Ona zahtijeva da zemlja, koja pruži bilo kakvu trgovinsku koncesiju jednom trgovinskom partneru, putem pravnog učinka prelijevanja (na engleskom: *the spillover effect*) mora proširiti isti tretman na sve ostale članice multilateralnog trgovinskog sistema.⁴⁰ Primjenjuje se u trgovinskim ugovorima već stotinama godina.

Klauzula MFN, zajedno sa načelom univerzalnog jednakog tretmana među članicama, jesu kamen temeljac STO. Ona pruža stabilnu osnovu ekonomske otvorenosti (slobode međunarodne trgovine), koja promovira utakmicu na globalnim tržištima, zasnovanoj na ekonomskoj efikasnosti i inovativnosti. EU, kojoj BiH i ostale zemlje u regionu streme, obavlja 60% trgovine-a u skladu sa klauzulom MFN, što mahom uključuje trgovinu EU sa Sjedinjenim Državama, Kinom, Rusijom i Indijom. Pravna pravila STO-a štite interese svih trgovačkih nacija od diskriminatornog djelovanja prema trgovini preko granica vlastite zemlje. Osiguravaju da se jednak tretman temelji na multilateralno dogovorenim propisima. Nadalje, ograničavanje carina

³⁹ Opšti sporazum o carinama i trgovini (GATT) iz 1947. godine prethodio je osnivanju STO 1995. godine.

⁴⁰ [https://www.investopedia.com/terms/m/mostfavorednation.asp#:~:text=A%20most%2Dfavored%2Dnation%20\(,underpin%20the%20World%20Trade%20Organization,](https://www.investopedia.com/terms/m/mostfavorednation.asp#:~:text=A%20most%2Dfavored%2Dnation%20(,underpin%20the%20World%20Trade%20Organization, posljednja posjeta 2. jula 2023. godine.) posljednja posjeta 2. jula 2023. godine.

smanjilo je rizik da zemlje povećaju carine kao odgovor na vlastite ekonomske probleme,⁴¹ a sistem rješavanja sporova osiguravao je poštivanje pravila i izbjegao eskalaciju trgovinskih sukoba, koji su u prošlosti vodili prema oružanim sukobima, pa, čak, i do svjetskih ratova.

Iako se moglo postići još više, STO je, isto tako, doprinijela globalnom održivom razvoju. Ekonomska otvorenost, koju jamči, pomogla je integraciji mnogih zemalja u razvoju u svjetsku ekonomiju i smanjenju nejednakosti među zemljama, izvlačeći stotine miliona ljudi iz siromaštva.⁴²

Uzroci trenutne krize STO

Od 1916. godine, STO suočava se s nekoliko problema koji utiču na njezinu efikasnost i sposobnost rješavanja globalnih trgovinskih pitanja, koji su dolaskom Trumpove administracije na vlast u SAD, kulminirali trgovinskim ratom. Radi se o sljedećem:

1. paraliza pregovora: STO je suočena s blokadom u pregovorima u okviru razvojnog programa iz Dohe, koji je započeo 2001. godine. Pregovori su se usporili zbog neslaganja između članica STO-a o nizu pitanja kao što su poljoprivreda, usluge i zaštita prava intelektualnog vlasništva. Pregovori su zapali u potpuni ćorsokak nakon što je administracija SAD objavila “trgovinski rat” Kini i zaprijetila da će napustiti STO 2019. godine. Iako je pritisak od tada popustio, tenzije s Kinom su i dalje visoke, a rat u Ukrajini doprinosi međunarodnim tenzijama, trgovinskim sankcijama, rastućim cijenama roba i poremećajima u opskrbi. Kao rezultat paralize STO, trgovinski pregovori odvijaju se izvan njenog okvira kroz desetke bilateralnih i regionalnih sporazuma o slobodnoj trgovini, čiji broj stalno raste, što podriva multilateralni trgovinski sistem;⁴³

2. nedostatak fleksibilnosti:⁴⁴ STO se spočitava odsustvo fleksibilnosti

⁴¹ Jakubik, A. and Piermartini, R. (2019). ‘How STO commitments tame uncertainty!’, STO Staff Working Papers ERSD-2019-06, World Trade Organization, str 2.

⁴² The World Bank Group and World Trade Organization (2015). The Role of Trade in Ending Poverty. World Trade Organization: Geneva. Vidjeti opširno publikaciju Komisije za rast i razvoj (Commission on Growth and Development in 2018): ‘The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development’.

⁴³ <https://www.equaltimes.org/it-s-time-to-rebuild-the-STO-and?lang=en>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

⁴⁴ Patrick Low, Hamid Mamdouh, Evan Rogerson, ‘Balancing Rights and Obligations in the STO – A Shared Responsibility’, produced by: ud kom, 2018, Artikel nr: 18.014., str. 16 et. sec.

u primjeni svojih pravila i postupaka. STO se ne prilagođava dovoljno brzo promjenama u globalnoj trgovini, jer ne uključuje nove trgovinske modele i tehnologije. Nedostatak fleksibilnosti može ograničiti sposobnost STO-a da se nosi s novim izazovima i promjenama u međunarodnoj trgovini;

3. slabost sprovođenja i primjene pravila i postupaka: STO ima ograničene mehanizme za sprovođenje svojih pravila rješavanja sporova.⁴⁵ Postupak rješavanja sporova može biti dugotrajan i složen, a moćne članice STO-a mogu ignorisati presude ili sporo provoditi preporuke STO-a. To smanjuje vjerodostojnost STO-a i otežava održavanje pravedne i pravilne trgovine;

4. rastući protekcionizam:⁴⁶ protekcionističke politike i trgovinski sporovi između velikih trgovinskih sila, poput SAD-a i Kine, predstavljaju izazov za STO. Nedavni trgovinski sukobi i uvođenje carina i bescarinskih zaštitnih mjera na veliki obim razmjene roba i usluga između tih zemalja pokazuju slabost STO-a u smirivanju napetosti i postizanju konsenzusa;

5. nedovoljna uključenost malih i siromašnih zemalja: kritičari tvrde da STO premalo uključuje i zastupa interese malih i siromašnih zemalja.⁴⁷ Te zemlje često nemaju istu moć pregovaranja kao bogatije zemlje i stoga se njihovim interesima mogu zanemariti u trgovinskim sporazumima. Dakle, pregovore koče i nesuglasice oko fleksibilnosti za zemlje u razvoju. Razvijene članice spočitavaju ovoj organizaciji sljedeće: nije održivo da dvije trećine članova - uključujući neke od najznačajnijih svjetskih ekonomija - zahtijevaju poseban i različit tretman;

6. dalje, mehanizam za praćenje (monitoring) i proces odlučivanja u STO ozbiljno je ugrožen nedovoljnom transparentnošću trgovinskih zakonodavstava⁴⁸ i praksi članica, te činjenicom da razvijene zemlje insistiraju na razmatranju problema kao što su: degradacija životne sredine, klimatske promjene ili pravna zaštita radne snage; dok manje razvijene članice to nazivaju argumentom socijalnog dampa (the argument of social dumping), koji se

⁴⁵ https://www.mofa.go.jp/press/release/press1e_000140.html, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

⁴⁶ <https://www.icaew.com/insights/viewpoints-on-the-news/2022/jan-2022/STO-cautions-against-protectionism>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine

⁴⁷ <https://www.un.org/ldcportal/content/accession-least-developed-countries-STO-STO-paper-prepared-10th-china-round-table-18-20>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

⁴⁸ Schropp, S., 'Trade Policy Flexibility and Enforcement in the STO: A Law and Economics Analysis' Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge: Cambridge University Press., 2009, str 213-254.

koristi za uvođenje protekcionističkih mjera od strane razvijenih članica i, na kraju, ali svakako ne i najmanje važno

7. sistem rješavanja sporova je faktički paraliziran krajem 2019. godine, zbog blokade imenovanja članova Apelacionog tijela (drugostepenog sudskog tijela u rješavanju sporova) od strane Sjedinjenih Država.⁴⁹

Današnja kriza utiče na sve tri funkcije STO: pregovori nisu uspjeli modernizovati pravila; sistem rješavanja sporova se *de facto* vratio u dane GATT-a, gdje su izvještaji panela mogli biti blokirani, a praćenje trgovinskih politika je neefikasno. Osim toga, trgovinski odnosi između SAD-a i Kine, dvije od tri najveće članice STO-a, trenutno se uglavnom vode izvan pravila, procedura i mehanizama Svjetske trgovinske organizacije.

Ključni pokretač krize je u tome što pristupanje Kine STO-u nije dovelo do njene, od strane zapada, očekivane transformacije u klasičnu tržišnu ekonomiju liberalnog tipa, a i zbog straha od njenog ekonomske, tehnološke i vojne premoći. Nisu nastupile ni isto tako očekivane reforme njenog političkog sistema. STO nije bila u mogućnosti pregovarati ni o novim pravilima za rješavanje ovog ili drugih hitnih pitanja (npr. digitalna trgovina ili održivost). Postizanje konsenzusa između 164 članice, u pozadini današnjeg ponovno narastajućeg multipolarnog međunarodnog poretka, ogroman je izazov.

ZAKLJUČAK

Upitna je budućnost Svjetske trgovinske organizacije u kontekstu aktualnog trgovinskog rata između Sjedinjenih Država i ostatka svijeta, posebno Kine

Budućnost Svjetske trgovinske organizacije (STO) u kontekstu stalnih trgovinskih tenzija, posebno između Sjedinjenih Američkih Država i Kine, je neizvjesna i podložna raznim potencijalnim scenarijima. Trgovinski rat je značajno opteretio STO. Obje zemlje koristile su mehanizam STO za rješavanje sporova jedna protiv druge, ali su SAD preduzele i jednostrane akcije (carine, sankcije), koje zaobilaze ili su u potpunoj suprotnosti s pravilima Multilateralnog trgovinskog sistema STO. Veliki udarac efikasnosti STO-a

⁴⁹ https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/STO-dispute-settlement_en#:~:text=The%20Appellate%20Body%20crisis,efforts%20to%20resolve%20this%20situation, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

je de facto paraliza njenog Apelacionog tijela, konačnog suda za trgovinske sporove, jer SAD blokiraju imenovanje novih sudija. To znači da se presude ne mogu finalizirati, što ozbiljno utiče na sposobnost STO-a da provodi svoja pravila. Sjedinjene Američke Države, bili da su pod republikanskom ili demokratskom administracijom, izrazile su oštre kritike STO-a, tvrdeći da se nije uspjela pozabaviti navodnim nepoštenim trgovinskim praksama Kine i da je njen sistem za rješavanje sporova prekoračio svoj mandat. U američkom Kongresu su čak i predložene rezolucije o povlačenju iz STO-a. Kina uglavnom podupire Multilateralni trgovinski sistem, tako što se uključuje u trgovinske sporove sa SAD-om u okviru STO, oslanjajući se na pravila STO-a radi osporavanja američkih postupaka i mjera.

Ukoliko se trenutni trendovi nastave, STO bi mogla izgubiti na značaju, jer velike sile nastavljaju djelovati jednostrano ili putem bilateralnih ili plurilateralnih sporazuma, zaobilazeći Multilateralni okvir. Paralizirani sistem rješavanja sporova dodatno narušava njen autoritet. Stvara se percepcija da se STO pretvorila u “disfunkcionalnog i paraliziranog kolosa”.⁵⁰ U toku su, pak, diskusije i prijedlozi za reformu STO-a usmjereni na rješavanje njenih nedostataka, koje uključuju:

1. reviziju Procedure za rješavanje sporova radi oživljavanja funkcionalnog žalbenog sistema;
2. ažuriranje pravila o subvencijama kako bi se riješili moderni izazovi poput onih u sektorima zelene energije i tehnologije;
3. ponovno razmatranje koncepta statusa “zemlje u razvoju” i posebnog i diferencijalnog tretmana i
4. istraživanje plurilateralnih sporazuma o novim pitanjima poput e-trgovine.

Međutim, postizanje konsenzusa o ovim reformama među raznolikim članstvom STO-a u trenutnoj geopolitičkoj klimi predstavlja značajnu prepreku. Globalna ekonomija bi se mogla fragmentirati u konkurentske trgovinske blokove, s različitim skupovima pravila i standarda. To bi potkopalo princip jedinstvenog Multilateralnog trgovinskog sistema za koji je STO osmišljena da podržava. Trgovinski rat između SAD-a i Kine već je izazvao zabrinutost zbog potencijalne podjele globalne ekonomije. STO je postala bojno polje

⁵⁰ <https://www.theguardian.com/world/2024/apr/07/dysfunction-and-division-darken-the-wtos-30-year-dream-of-free-trade> (posljednja posjeta 25. maja 2025. godine).

gdje su obje nacije podnijele žalbe, ali je njena sposobnost da riješi fundamentalna pitanja koja pokreću trgovinski rat ograničena, posebno s oslabljenom Procedurom za rješavanje sporova, jer je upitna spremnost i SAD-a i Kine da se pridržavaju presuda STO-a kada smatraju da su njihovi temeljni nacionalni interesi ugroženi.

Zbog svega naprijed navedenog, budućnost STO-a je neizvjesna u godinama koje slijede. Iako ostaje ključna institucija za globalnu trgovinu, njenu relevantnost i efikasnost dovode u pitanje geopolitičke tenzije i porast unilateralizma. Tekući trgovinski rat između SAD-a i Kine djeluje kao značajna prepreka jačanju multilateralnog sistema koji utjelovljuje STO, što čini upitnim kapacitet STO da se prilagodi i reformira kako bi ostala centralni stub upravljanja međunarodnom trgovinom. Najvjerojatniji scenarij je postepena marginalizacija STO-a, uz paralelno jačanje regionalnih sporazuma i trgovinskih blokova. Ako se ne dogodi reforma, organizacija može izgubiti uticaj, ali će i dalje služiti kao forum za pregovore. Konačni ishod zavisit će o tome hoće li SAD i Kina pronaći *modus vivendi* ili će svijet ući u dugotrajnu fazu ekonomskog razdvajanja.

Genc Trnavci⁵¹

HISTORICAL CIRCUMSTANCES AND CONDITIONS OF THE ESTABLISHMENT OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION, ITS SUCCESSES AND THE QUESTION OF ITS SURVIVAL OR REFORM

Abstract: *This text delves into the rich historical backdrop that paved the way for the creation of the World Trade Organization (WTO). With the Cold War drawing to a close and socialist systems experiencing collapse, the inefficiencies inherent in the previous GATT framework became glaringly evident, leading to the birth of the WTO in Marrakesh in 1994. Throughout GATT's history, a persistent clash of interests has emerged among member nations, where the lofty rhetoric of free trade often stood in stark contrast to the reality of protectionist practices. Divergent national values and ob-*

⁵¹ Full professor of the university, ad hoc judge for human rights in Strasbourg

jectives—ranging from development and self-sufficiency to the safeguarding of particular sectors—have only deepened these complexities. Compounding these challenges, GATT lacked effective mechanisms for resolving critical disputes and issues, a limitation commonly seen in public international law. There were two primary lenses through which GATT norms were applied: one emphasizing legalism, the other adopting a more pragmatic approach.

The establishment of the WTO, however, stands as a bold and ambitious endeavor to reform international trade, expanding GATT's original scope to include services (GATS), intellectual property (TRIPS), and investment (TRIMS). The negotiations during the Uruguay Round were extensive and involved a diverse array of countries. The journey towards trade liberalization and the creation of the WTO was protracted, marked by a series of GATT rounds—such as the Kennedy and Tokyo rounds—each gradually dismantling tariffs and striving to regulate non-tariff barriers. The economic crises of the 1970s and 1980s spurred a resurgence of protectionism that undermined the credibility of the 1947 GATT framework, which had grown misaligned with the intricate realities of contemporary global trade.

The achievements of the WTO resonate in the remarkable growth of world trade since its inception. Through the Multilateral Trading System, tariffs have been appreciably diminished, and a key legal principle—the most-favored-nation (MFN) clause—has worked tirelessly to ensure equality among trading partners, championing free trade fueled by both efficiency and innovation. By curbing tariffs, the risk of trade wars has diminished significantly, while the dispute settlement system has taken on the vital role of upholding adherence to established rules.

Yet, the WTO currently confronts profound challenges stemming from stalled negotiations as member nations grapple with their differences. The organization has struggled to adapt to the rapid changes in global trade dynamics and to incorporate emerging models and technologies. The weak enforcement of rules coupled with protracted dispute resolution processes and the unsettling possibility that powerful members might ignore rulings create further hurdles.

The very survival of the WTO hangs in the balance, threatened by an alarming rise in protectionism and ongoing trade disputes, particularly between heavyweight economies like the US and China. The voices advocating for the needs and representation of small and developing nations are often drowned out, while transparency concerning trade legislation and practices among member nations remains woefully inadequate. Moreover, the paralysis

of the dispute settlement system since late 2019—largely due to the US blocking appointments to the Appellate Body—has exacerbated these challenges.

China's entry into the WTO has not ushered in the anticipated transformation into a liberal market economy, leaving the organization's future shrouded in uncertainty, especially amid the escalating trade war between the US and much of the world, notably China. The most likely scenario sees the WTO gradually retreating to the margins as regional agreements strengthen, unless decisive reforms are enacted. Ultimately, the path forward for the WTO will hinge on the evolving dynamics between the US and China, and the outcomes of their complex relationship will shape the contours of international trade for years to come.

The key words: *World Trade Organization (WTO); GATT; GATS; international trade; free trade; protectionist practices; dispute resolution; intellectual property (TRIPS); investment (TRIMS); Uruguay Round; trade liberalization; tariffs; non-tariff barriers; Multilateral Trading System; most-favored-nation (MFN); Dispute Settlement System.*

UDK 339.5:341.123(100)

doi 10.7251/PR7125759M

Originalni naučni članak

**GRANICE AUTONOMIJE VOLJE U
MEĐUNARODNOJ TRGOVINSKOJ ARBITRAŽI:
POUKE IZ SLUČAJEVA *DUTCO* I *VIDATEL*¹**

dr Jelena Vukadinović Marković²

Apstrakt: *Autonomija volje ugovornih strana predstavlja temeljno i univerzalno načelo na kojem se zasniva arbitražno rešavanje sporova. Na osnovu tog načela, stranke arbitražnog sporazuma uživaju široku slobodu u pogledu izbora broja arbitara, način njihovog imenovanja, mesto održavanja arbitraže, kao i jezik i merodavno pravo koje će se primeniti na konkretni pravni odnos.*

*Međutim, iako se ova sloboda na prvi pogled čini neograničenom, ona je u praksi podložna ograničenjima. Ta ograničenja proizlaze, pre svega, iz zahteva za pravičnim i zakonitim postupkom kao jednim od fundamentalnih principa arbitraže. Najznačajniji izraz ovog principa ogleda se u pravu strana na jednak tretman, kao i pravu da svakoj strani bude pružena mogućnost da iznese svoje stavove u postupku. Upravo o ovim pitanjima raspravljano je u predmetima *Dutco* i *Vidatel*, čija analiza predstavlja predmet ovog rada.*

Pored uvodih razmatranja prvi deo rada odnosi se na uticaj volje ugovornih strana arbitražnog sporazuma na pitanje broja i načina imenovanja

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta „Prilagođavanje pravnog okvira društvenim i tehnološkim promenama sa posebnim osvrtom na regulisanje veštačke inteligencije” koji u 2025. godini sprovodi Institut za uporedno pravo uz finansijsku podršku Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija (evidencioni broj: 451-03-136/2025-03/200049 od 4. 2. 2025)

² Dr Jelena Vukadinović Marković, viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo u Beogradu. j.vukadinovic@iup.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3949-4672>

arbitara. U drugom delu pažnja je posvećena načelu jednakosti stranaka, dok treći deo obrađuje načelo jednakosti stranaka u multistranačkim arbitražama kroz slučajeve Dutco i Vidatel. Rad na kraju pruža zaključke koji proizilaze iz analize pomenutih sporova.

Ključne reči: princip jednakosti, ograničenje autonomije volje, multistranačke arbitraže, Dutco odluka, Vidatel odluka.

I UVODNA RAZMATRANJA

U ugovorima međunarodnog poslovnog prometa ugovorne strane imaju mogućnost izbora foruma pred kojim bi rešavali sporove koji eventualno proisteknu iz njihovog pravnog odnosa.³ One se mogu opredeliti za državni sud, arbitražu ili neki od alternativnih metoda rešavanja sporova.⁴ Između ovih načina rešavanja sporova postoje brojne sličnosti i razlike.

Rešavanje sporova pred sudovima regulisano je pravilima nacionalnog prava o mesnoj, stvarnoj, funkcionalnoj i međunarodnoj nadležnosti. Tok i način vođenja spora u velikoj meri zavise od procesnih pravila države u kojoj se nalazi sedište suda.⁵ Kada spor sadrži materijalnopravne ili procesnopravne elemente inostranosti, rešavanje postaje znatno složenije. Iako stranke mogu koristiti institut prorogacije nadležnosti kako bi izabrale sud određene države, važno je napomenuti da se jednom izabrani pravni okvir za vođenje sudskog postupka ne može više menjati.⁶

U arbitraži, za razliku od sudskog postupka, stranke imaju znatno veću kontrolu nad tokom postupka za rešavanje spora. One su, u granicama autonomije volje, slobodne da odlučuju o većini procesnih pitanja relevantnih za njihov spor, na primer da odrede mesto arbitraže, jezik postupka, broj arbitara, merodavno pravo. Arbitražni postupak osmišljen je tako da omogući strankama da iznesu svoje stavove, a arbitrima da donesu odluku o sporu. Zbog toga su sve strane u postupku zainteresovane da arbitražni postupak bude vođen na pravičan i zakonit način, poštujući ravnopravan i jednak tretman svih učesnika.⁷

³ J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd, 2012, 187.

⁴ Više o alternativnim načinima rešavanja sporova vid. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010, 183-254.

⁵ G. Knežević, V. Pavić, *n.delo*, 18.

⁶ O prorogacionom nadležnosti sudova vid. više M. Krvavac, „Prorogacija međunarodne sudske nadležnosti“, *Pravo i privreda*, br. 7-9, 2014, 421 i dalje.

⁷ Više vid. J. Vukadinović Marković, *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2022, 107.

Izvori međunarodne trgovinske arbitraže, uključujući i UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (u daljem tekstu UNCITRAL Model zakon) posebno ističu značaj prava na pravičan postupak. Jedno od ključnih osobina pravičnog postupka jeste jednako postupanje prema strankama u postupku.⁸ U istom smislu, čl. 33. Zakona o arbitraži Republike Srbije propisuje da su stranke u postupku pred arbitražnim sudom ravnopravne.⁹ Ovaj apstraktni princip konkretizuje se kroz obavezu arbitražnog tribunala da svakoj stranci omogući da iznese svoje stavove i dokaze, kao i da se izjasni o postupanjima i predlozima protivne strane. Manifestacija načela ravnopravnosti ogleda se i u pravu stranaka da imaju jednak položaj prilikom konstituisanja arbitražnog veća.¹⁰

Broj i način imenovanja arbitara

Praksa pokazuje da je arbitražni postupak dobar onoliko koliko je dobar arbitražni sporazum.¹¹ Iako arbitražni sporazum predstavlja izraz autonomije volje ugovornih strana, ne može se tumačiti u vremenskom i prostornom vakumu. Naime, pravni okvir države u kojoj se odvija arbitražni postupak definiše i ograničava dejstvo ovog sporazuma.¹² U tom smislu, arbitražni tribunal je vezan pravom zemlje sedišta arbitraže (*lex arbitri*) na isti način kao što su sudovi vezani pravom zemlje sedišta suda (*lex fori*). Sloboda stranaka da ugovaraju procesna ili materijalna pravila, inače inherentne karakteristike arbitraže, podleže saglasnosti sa pravilima *lex arbitri*.¹³ Drugim rečima, sloboda ugovornih strana da urede arbitražni postupak nije apsolutna. Može se govoriti samo o njenim širim ili užim ograničenjima. U tom smislu, posebno mesto zauzima institut javnog poretka, kao mehanizma kojim se štite osnovne pravne, ekonomske i društvene vrednosti zemlje sedišta tribunala. Strane ne

⁸ Čl. 18. UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1985. godine sa amandmanima iz 2006. godine propisuje: „stranke će se tretirati jednako i svakoj stranci će se dati prilika da iznese svoje stavove.“

⁹ Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 46/06.

¹⁰ Više vid. J. Perović, J. Vukadinović Marković, „Autonomija volje u postupku imenovanja arbitara-međunarodna trgovinska arbitraža“, *Izazovi i otvorena pitanja Uslužnog prava*, Tom 1, 2024, str. 475-490.

¹¹ J. Vukadinović Marković, *n. delo*, 64.

¹² S. Brekoulakis, *Public Policy and Mandatory Laws in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019.

¹³ I. Bantekas, „Equal Treatment of Parties in International Commercial Arbitration“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, no. 4, October 2020, 992.

mogu derogirati pravila koja su deo javnog poretka,¹⁴ dok povreda pravila javnog poretka zemlje sedišta tribunala rezultira poništajem donete arbitražne odluke. Zbog toga je od ključnog značaja da arbitražni sporazum sadrži ne samo sve neophodne elemente (*essentialia negotii*), već i da bude zaključen u granicama koje dopušta važeće pravo. U tom smislu, važi analogija ono što je *lex fori* za sud, to je *lex arbitri* za arbitražu.

Arbitražnim sporazumom (bilo da je reč o arbitražnoj klauzuli ili arbitražnom kompromisu)¹⁵, ugovorne strane su slobodne da urede znatan broj pitanja arbitražnog postupka, između ostalog i način konstituisanja arbitražnog tribunala. Načelno, u arbitražnoj praksi je prihvaćen stav prema kome su ugovorne strane slobodne da u granicama volje, poštujući imperativne odredbe zemlje sedišta arbitraže, odaberu broj arbitara, njihova svojstva kao i način njihovog imenovanja i dr. Međutim, ova sloboda nije apsolutna već je ograničena imperativnim propisima zemlje sedišta arbitraže. U pogledu broja arbitara u arbitražnom veću (tribunalu), nacionalna zakonodavstva se mogu podeliti u dve grupe: sistemi koji zahtevaju da broj arbitara bude neparan i sistemi koji dozvoljavaju paran broj arbitara. Nacionalni sistemi Engleske¹⁶, Švajcarske¹⁷, Australije¹⁸ kao i Francuske¹⁹ dopuštaju da arbitražno veće bude sastavljeno od parnog broja arbitara, dok zakonodavstva Srbije²⁰, Italije²¹, Mađarske²², Portugalije²³, propisuju da broj arbitara bude neparan. Ovakva zakonska odredba ima za cilj da spreči mogućnost blokade donošenja odluke.²⁴

¹⁴ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, 159.

¹⁵ O pojmu arbitražnog ugovora i razlikama između arbitražne klauzule i arbitražnog kompromisa, J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002, 51–57; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, 190 i dalje; J. Vukadinović Marković, „Ugovor o arbitraži- osnov derogacije sudske nadležnosti“, *XI Savetovanje iz oblasti građanskog prava*, Jahorina, 2016, 65-75.

¹⁶ Čl. 5. engleskog Zakona o arbitraži.

¹⁷ Čl. 179. švajcarskog Zakona o arbitraži.

¹⁸ Čl. 4.1.1. Zakona o arbitraži Australije.

¹⁹ Francuska dopušta paran broj arbitara u međunarodnoj ali ne i u unutrašnjoj arbitraži.

²⁰ Prema članu 16. Zakonu o arbitraži republike Srbije, broj arbitara u arbitražnom veću mora biti neparan

²¹ Čl. 809. italijanskog Zakonika o građanskom postupku.

²² Čl. 10. mađarskog Zakona o arbitraži.

²³ Čl. 8. portugalskog Zakona o arbitraži.

²⁴ J. Perović, „Konstituisanje arbitražnog veća u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži“, *Pravni život*, br.11/2016, 224, 225.

Ukoliko ugovorne strane ne odrede broj arbitara u arbitražnom sporazumu, taj broj će biti utvrđen u skladu s pravilima izabrane arbitražne institucije, u slučaju institucionalne arbitraže, odnosno od strane nadležnog organa imenovanja u *ad hoc* postupku. Prema odredbama domaćeg Zakona o arbitraži, određivanje broja arbitara prvenstveno je u nadležnosti samih stranaka. Ukoliko to ne učine, broj arbitara određuje organ imenovanja, odnosno lice ili institucija koju su stranke prethodno sporazumno odredile. Ako takav organ imenovanja nije određen, broj arbitara određuje nadležni sud.²⁵ Drugim rečima, stranke mogu broj arbitra odrediti i posrednim putem, tako što će se opredeliti za institucionalnu arbitražu, čija pravila sadrže rešenje o broju arbitara. Tako, na primer prema arbitražnim pravilima Međunarodnog arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore u Parizu (u nastavku MTK), ako se stranke nisu sporazumele o broju arbitara, sud MTK će postaviti arbitra pojedinca, osim u slučaju kada spor zahteva tročlano arbitražno veće.²⁶ Slično, Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije predviđaju da će spor rešavati arbitražno veće sastavljeno od tri člana, osim ako stranke ne postignu sporazum da će spor rešiti arbitar pojedinac, kao i kada vrednost spora nije veća od 50 000 evra.²⁷

Kada je reč o *ad hoc* arbitraži, važnu ulogu u postupku imenovanja arbitara ima ovlašćenik za imenovanje. Reč je o pojedincu ili instituciji koji ima ovlašćenje da imanuje arbitre ukoliko strane to ne učine ili ukoliko se oko izbora ne mogu usaglasiti. Ovlašćenik za imenovanje takođe imenuje predsednika arbitražnog veća kada se arbitri koje su strane imenovala ne sporazumeju o njegovom izboru. U međunarodnoj praksi, ovlašćenik može biti, na primer, predsednik privrednog ili drugog državnog suda nadležnog za rešavanje privrednih sporova u mestu gde se održava arbitraža, predsednik odgovarajuće privredne komore i slično.²⁸

Prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima²⁹, ukoliko se stranke nisu sporazumele o ovlašćeniku za imenovanje ili ako sporazumno određeni ovlašćenik za imenovanje odbije da imenuje ili propusti da imenuje arbitra u određenom roku, strane mogu zatražiti od Generalnog sekretara Stalnog arbitraž-

²⁵ Čl. 16, st. 1 i 3 Zakona o arbitraži

²⁶ Vid. čl. 21. i 22. Pravilnika STA

²⁷ Čl. 16. Pravilnika Stalne arbitraže

²⁸ J. Perović, *n. delo*, (2016), 227.

²⁹ UNCITRAL Arbitražna pravila (UNCITRAL Arbitration Rules) od 15. decembra 1976. sa izmenama iz 2021 godine.

nog suda u Hagu da odredi ovlašćenika za imenovanje.³⁰ U situacijama, kada ne postoji ni neposredni ni posredni dogovor o načinu imenovanja, rešenje se traži u zakonodavstvu države na čijoj teritoriji se arbitraža održava.³¹ U takvim situacijama obično državni sud vrši imenovanje arbitara.

Optiranje za arbitra pojedinca ili za arbitražno veće ima svojih prednosti i mana. Rešavanje sporova od strane arbitra pojedinca odlikuje brži postupak uz manje troškove. Međutim, arbitražni postupak vođen od strane arbitražnog veća, sastavljenog od tri ili više arbitara, omogućava donošenje odluke na osnovu razmene mišljenja, što može doprineti kvalitetu odluke³². Jedan od najvažnijih razloga u korist optiranja za arbitražno veće jeste što postupak konstituisanja arbitražnog veća svakoj strani pruža mogućnost izbora arbitra, čime se značajno doprinosi poverenju u arbitražni postupak³³ i poštovanju opšteg načela jednakosti stranaka. Proceduralna jednakost koja strankama pruža iste mogućnosti je od suštinske važnosti za legitimnost arbitraže i pravično rešavanje sporova.³⁴

2. Načelo jednakosti strana u multistranačkoj arbitraži

Načelo jednakosti predstavlja jedno od načela na kojima počiva pravičan i zakonit arbitražni postupak. U određenim pravnim sistemima³⁵, princip jednakosti stranaka je izričito proklamovan. Tako, na primer, nemački Zakon o građanskom postupku u čl. 1034. st. 2. predviđa da: "Ako arbitražni sporazum daje znatno povoljniji položaj jednoj strani u vezi sa sastavom arbitražnog suda, dovodeći drugu stranu u neravnopravan položaj, ta druga strana može zahtevati od suda da imenuje arbitra i da tako odstupi od već izvršenog imenovanja ili od ugovorenog postupka imenovanja. Zahtev se podnosi u roku od dve nedelje od dana kada je stranka saznala za konstituisanje arbitražnog suda".³⁶

³⁰ Čl. 6. UNCITRAL Pravila postupka.

³¹ M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Službeni glasnik, 2013, 171.

³² J. Perović, (2016), *n.delo*, 227

³³ J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, "The Secretariat's Guide to ICC Arbitration", *International Chamber of Commerce ICC*, Paris, 2012, 137.

³⁴ J. Mair, "Equal Treatment of Parties in the Nomination Process of Arbitrators in Multi-Party Arbitration and Consolidated Proceedings", *Austrian Review of International and European Law*, 12 /2007, 63-4

³⁵ Holandski zakon o građanskom postupku, čl. 1028. predviđa: „ako sporazumom ili na drugi način jednoj strani se daje privilegovan položaj u pogledu imenovanja arbitra ili arbitara, svaka strana može, odstupajući od dogovorenog načina imenovanja, zahtevati od sudije okružnog suda da imenuje arbitre. „

³⁶ Nemački zakon o građanskom postupku, čl. 1034.

U domaćem pravu, Zakon o arbitraži Republike Srbije propisuje da su stranke u arbitražnom postupku pred arbitražnim sudom ravnopravne.³⁷ Ova načelna postavka konkretizovana je kroz obavezu arbitražnog tribunala da svakoj stranci omogući da iznese svoje stavove i dokaze, kao i da se izjasni o radnjama i predlozima protivne strane.

Iako Konvencija Ujedinjenih nacija o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka (u daljem tekstu Njujorška konvencija), ne sadrži izričitu odredbu o načelu jednakosti, širokim tumačenjem člana V (1) (b), kojim je predviđeno da se priznanje i izvršenje donete odluke može odbiti kada stranka nije bila u mogućnosti da iznese slučaj, možemo pretpostaviti da je ovim tekstom obuhvaćeno i načelo jednakosti stranaka.³⁸ Načelo jednakosti stranaka može se posmatrati i kao deo javnog poretka čija povreda na osnovu čl. V (2) (b) predstavlja razlog za nepriznavanje i izvršenje donete arbitražne odluke.³⁹ Za razliku od Njujorške konvencije, UNCITRAL Model zakon eksplicitno afirmiše načelo o jednakom tretmanu stranaka u postupku. Član 18. Model zakona predviđa da: “prema strankama treba jednako postupati i svakoj stranci treba pružiti mogućnost da iznese svoje stavove”. Ovaj član Model zakona se s pravom naziva *Magna carta* arbitražnog postupka⁴⁰ jer obavezuje ne samo arbitražni tribunal već i same stranke na postupanje u skladu sa principom jednakosti.

Načelo jednakosti naročito dolazi do izražaja pri konstituisanju arbitražnog veća. Ono podrazumeva da svaka stranka ima pravo i mogućnost da imenuje svog arbitra ili da se sa protivnom stranom saglasi o zajedničkom imenovanju. U bilateralnim sporovima, gde svaka procesna strana ima jednog predstavnika načelo jednakosti se lako sprovodi. Međutim, u multistranačkim arbitražama u kojima postoji više lica, bilo u svojstvu suparničara, umešača ili lica koji imaju zajednički pravni interes, broj arbitara koji treba da bude imenovan je manji od broja učesnika u postupku, te se opravdano postavlja pitanje načela jednakosti u postupku. Ovo kompleksno pitanje bilo je u centru

³⁷ Čl. 33. Zakona o arbitraži.

³⁸ Autori koji se zalažu za ovakav stav su, na primer, N. Blackaby et al (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edn, Oxford University Press, 2015, 356; M. R. P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action*, The Netherlands, Wolters Kluwer 2016, 183, fn 111.

³⁹ Ovakvo shvatanje zastupa R. Marghitola, *Document Production in International Arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2015, 215.

⁴⁰ P. Binder, *Analytical Commentary to the UNCITRAL Arbitration Rules*, London, Sweet & Maxwell, 2013, 175-6.

pažnje u predmetu *Dutco*, koji se u međunarodnoj arbitražnoj praksi često ističe kao vodeći slučaj u pogledu načela jednakosti u kontekstu imenovanja arbitara u multistranačkim postupcima.

III Od formalne do faktičke jednakosti: pouke iz arbitražne prakse

1. Predmet Dutco

Odluka doneta u predmetu *Sociétés BKMI et Siemens v. Société Dutco* (u nastavku *Dutco*)⁴¹ otvorila je pitanje tumačenja načela jednakosti stranaka u multistranačkim arbitražama. Spor je proizašao iz ugovora o izgradnji fabrike cementa, zaključenim 21. februara 1981. godine između naručioca posla i kompanija BKMI kao glavnog izvođača radova. Nakon zaključenog ugovora, kompanija BKMI uspostavlja konzorcijum sa kompanijama Simens i Dutco. U konzorcijumu je svaka od navedenih strana preuzela deo obaveza, ali je na čelu konzorcijuma bio BKMI, koji je bio i jedini odgovoran prema naručiocu posla. Pozivajući se na više navodnih propusta u izvršenju ugovora, Dutco je 17. decembra 1986. godine podneo zahtev za arbitražnim rešavanjem spora protiv preostala dva saugovarača: prema prvotuženom i prema drugotuženom (obično suparničarstvo). Arbitražni sud Međunarodne trgovinske komore u Parizu (MTK) prihvatio je imenovanje arbitra od strane kompanije Dutco i pozvao kompanije BKMI i Simens da zajednički imenuju svog arbitra, s obzirom da je po arbitražnoj klauzuli arbitražni tribunal trebalo da bude sastavljen od tri arbitra. BKMI i Siemens su podneli prigovor, ali su, da bi omogućili nastavak postupka, ipak imenovali zajedničkog arbitra.⁴² Tako je konstituisano arbitražno veće, koje je u maju 1988. donelo međuodluku o svojoj nadležnosti i zaključilo da će postupak biti vođen kao multistranačka arbitraža. U toj odluci, tribunal je naveo da „pravo stranke da imenuje svog arbitra predstavlja fundamentalno, ali ne i apsolutno pravo“, dodajući da se stranka može unapred odreći tog prava, naročito ako je svesna mogućnosti da će zbog strukture spora doći do zajedničkog imenovanja. Potom je zaključio da ovakvo odricanje od prava na imenovanje arbitra proizilazi iz načela autonomije volje stranaka i ne predstavlja povredu načela jednakosti stranaka u

⁴¹ *Sociétés BKMI et Siemens v. Société Dutco*, Judgment of 7 January 1992, ASA Bulletin 10(2) (1992), 295.

⁴² Para. 297. Odluke

postupku. Nakon ovako donete odluke, kompanija Siemens je podnela zahtev za poništaj arbitražne odluke Apelacionom sudu koji je potvrdio odluku arbitražnog veća. Sud je smatrao da je postojao zajednički pravni interes strana u konzorcijumu i da je postupanje bilo u skladu sa arbitražnom klauzulom, te da nije povređen javni poredak oličen u načelu jednakosti stranaka u postupku. Međutim, francuski Kasacioni sud je, 7. januara 1992. godine, ukinuo odluku Apelacionog suda utvrdivši povredu načela jednakosti stranaka. Sud je istakao da je tužiocu (Dutku) omogućen bolji položaj, odnosno da mu je data prednost prilikom imenovanja arbitra, dok su se druge dve stranke morale dogovoriti o imenovanju zajedničkog arbitra i da je time povređeno načelo jednakosti stranaka u postupku.⁴³ Odluka Kasacionog suda izazvala je pažnju arbitražne javnosti. S jedne strane podržana je kao nužna korekcija neravnopravnosti stranaka u postupku⁴⁴, a s druge strane kritikovana zbog preteranog ograničenja načela autonomije volje stranaka koje predstavlja jedno od temelja arbitraže.⁴⁵ Takođe je pokrenuto pitanje poštovanja arbitražnog sporazuma prema članovima II i V(1)(d) Njujorške konvencije, kojima se štiti valjanost arbitražnog sporazuma i pravo stranaka da učestvuju u postupku imenovanja arbitara u skladu sa dogovorenim uslovima.

Sud je u ovom slučaju posmatrao načelo jednakosti iznad načela autonomije volje, što je predstavljalo presedan u dotadašnjoj arbitražnoj praksi.⁴⁶ Iako je odluka kritikovana kao preoštra, ona je utvrdila važnu normu: ukoliko više stranaka ne dele zajednički pravni interes, svakoj mora biti omogućeno jednako učešće u konstituisanju arbitražnog tribunala.

2. Predmet Vidatel

Nakon presude u slučaju *Dutco*, očekivalo se da će francuski sudovi zauzeti dosledan stav prilikom rešavanja sličnih sporova. Međutim, to se nije dogodilo u slučaju *Vidatel Ltd. v. PT Ventures, Mercury Serviços de Telecomu-*

⁴³ Ibidem. Vid. više P. Fouchard, B. Goldman, *Fouchard, Gailard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 468.

⁴⁴ S. Kroll, „Siemens – Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases“, *Kluwer Arbitration Blog*

⁴⁵ M. Scherer, D. Prasad, D. Prokic, *The principle of Equal Treatment in International Arbitration*. Dostupno na : *The Principle of Equal Treatment in International Arbitration by Prof Maxi Scherer, Dharshini Prasad, Dina Prokic : SSRN*

⁴⁶ J. Perović, J. Vukadinović Marković, *n.delo*, 487.

nicações S.A. i Geni S.A. (u daljem tekstu: *Vidatel*)⁴⁷, u kojem je francuski Kasacioni sud odbio zahtev za poništaj arbitražne odluke iz razloga nepoštovanja jednakosti stranaka. Spor je proizašao iz deoničarskog ugovora prema kojem su četiri kompanije – PT Ventures, Vidatel, Mercury i Geni – imale po 25% udela u kompaniji Unitel, glavnom mobilnom operateru u Angoli. PT Ventures je 2015. godine pokrenuo arbitražu pred Međunarodnim sudom za arbitražu pri MTK, tvrdeći da mu je onemogućeno učešće u upravljanju i da mu nisu isplaćene dividende. Deoničarski ugovor je u članu 16.1 predviđao arbitražno veće sastavljeno od pet arbitara – po jednog arbitra svake strana, dok petog arbitra biraju prethodno imenovani arbitri ili, u slučaju neslaganja, predsednik MTK.

PT Ventures je, pokrenuvši arbitražu, imenovao svog arbitra i predložio da, usled konvergencije interesa među preostalim deoničarima, veće bude tročlano, radi očuvanja jednakosti. Preostale strane su odbile taj predlog, zadržavajući pravo da svaka imenuje svog arbitra. Budući da dogovor nije postignut, MTK je, pozivajući se na član 12(8) Pravila MTK, imenovao svih pet arbitara.

Arbitražno veće, imenovano od strane MTK, donelo je 20. februara 2019. odluku kojom je naloženo Vidatel i ostalim tuženim da isplate PT Ventures-u naknadu štete u iznosu većem od 660 miliona američkih dolara. Vidatel je pokušao da ospori ovu presudu pred Apelacionim, a zatim i pred Kasacionim sudom u Francuskoj, tvrdeći da je povređeno njegovo pravo da samostalno imenuje arbitra, čime je prekršena arbitražna klauzula i član 1453. Francuskog zakonika o građanskom postupku⁴⁸.

Apelacioni sud je odbacio ove navode, naglasivši da se jednakost stranaka mora ocenjivati ne samo na osnovu sadržine arbitražnog sporazuma, već i u svetlu stvarnih interesa stranaka u trenutku pokretanja spora uzimajući u obzir “zahteve i interese svake od strana”. Sud je zaključio da su tri tužene strane imale zajedničke interese i da je imenovanje arbitara od strane MTK bilo neophodno kako bi se obezbedila ravnoteža i jednak tretman svih učesnika u postupku⁴⁹.

Kasacioni sud je potvrdio odluku Apelacionog suda (par. 9), ocenjujući da, imajući u vidu nemogućnost postizanja saglasnosti među stranama

⁴⁷ *Vidatel v. PT Ventures, Mercury and Geni* (Cass. Civ. 1ère, 9 November 2022, No 21-17203)

⁴⁸ Dostupan na https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450922

⁴⁹ Vid. komentar odluke u “Part V- Other Court Decisions on Arbitration – France”, *Yearbook Commercial Arbitration*, (S. Schill ed.), Kluwer Law International, 2022.

i očiglednu konvergenciju interesa, MTK nije prekršio zakon time što je samostalno imenovao sve arbitre. Posebno je istaknuto da su sve strane bile jednako "lišene" prava da imenuju arbitre, čime je u krajnjem ishodu princip jednakosti ostao očuvan.

IV Šta nam poručuje slučaj Vidatel?

Odnos između principa autonomije volje stranaka, koja je iskazana kroz zaključen arbitražni ugovor i principa jednakosti kao jednog od načela arbitražnog postupka je složen i delikatan. Odluka u predmetu Vidatel potvrđuje raniji stav da autonomija volje nije apsolutna i da može biti ograničena u cilju obezbeđenja jednakosti stranaka i pravičnog postupka.⁵⁰ Ograničenje volje stranaka u postupku može se opravdati i odredbom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koja garantuje pravo na pravično suđenje i jednak tretman svih učesnika u postupku. Princip vođenja pravičnog i fer postupka (*due process*), podrazumeva da se sve strane tretiraju na jednak način, bez diskriminacije.⁵¹ Ovo posebno dolazi do izražaja u kontekstu multistranačkih arbitraža, gde broj arbitara može biti manji od broja stranaka u postupku čime se otvara suštinsko pitanje da li stranke mogu da se odreknu prava na pravično suđenje, uključujući i pravo na jednak tretman pri imenovanju arbitara i konstituisanju arbitražnog veća.

U odgovoru na ovo pitanje, trebalo bi imati u vidu da fundamentalna ljudska prava ne mogu biti predmet odricanja, te da član 4. Model zakona izričito navodi da se stranke mogu odreći ne-mandatornih (dispozitivnih) prava, dok se odricanje od osnovnih prava poput prava na jednak tretman smatra pravno upitnim jer može biti rezultat prinude, pretnje ili prevare, zbog čega takva prava ne bi ni trebalo biti predmet odricanja. Stranke u arbitražnom postupku se često nalaze u neravnopravnom položaju, a odricanje od ovih prava može biti rezultat takve neravnopravnosti.⁵² Stoga bi bilo neprihvatljivo da stranke budu primorane da se odreknu svojih osnovnih prava. Očuvanje prava na pravično suđenje i jednak tretman ključno je za osiguranje integriteta arbitražnog postupka i zaštitu osnovnih prava svih učesnika.

⁵⁰ Niderist-Huber v Switzerland (1998) 25 EHRR 709, para 30

⁵¹ Vid. odluku *Soh Beng Tee & Co. Pte. Ltd. v Fairmount Development Pte. Ltd.* [2007] 3 SLR (4)

⁵² I. Bantekas, *n. delo*, 1000.

U predmetu *Vidatel*, arbitražni sud MTK i francuski sudovi su, odbacivši striktno tumačenje arbitražnog sporazuma o broju arbitara i uzimajući u obzir zahteve i interese stranaka pri sastavljanju tribunala, princip jednakosti primenili na drugačiji način nego što je to činjeno do tada. Za razliku od objektivnog i formalističkog pristupa viđenog u presudi *Dutco*, gde se jednakost procenjivala u odnosu na mogućnost svakog učesnika da imenuje arbitra, u *Vidatel*-u je jednakost posmatrana šire, kroz prizmu zaštite stranke koja bi bila u faktički nepovoljnijem položaju. Poštovanje jednakosti učesnika arbitražnog postupka predviđena je i članom 12 (9) MTK Pravila koja predviđa mogućnost da u izuzetnim okolnostima Sud može, bez obzira na postojanje dogovora stranaka o načinu konstituisanja arbitražnog veća, imenovati sve članove arbitražnog veća, čak i suprotno prethodnom dogovoru, ukoliko postoji značajan rizik od nejednakog tretmana i nepravičnog postupanja koji bi mogli uticati na validnost arbitražne odluke. Praktični efekat ove odredbe jeste mogućnost doslednije primene principa jednakosti u arbitražnim postupcima pod okriljem MTK, bez obzira na sedište arbitraže i primenjivo nacionalno pravo.

Ipak, ostaje otvoreno pitanje šta se tačno može smatrati “izuzetnim okolnostima” koje opravdavaju ovakvu intervenciju. Potrebno je da se ova ovlašćenja MTK primenjuju restriktivno i sa oprezom, kako bi se očuvala autonomija volje stranaka i integritet arbitražnog procesa. Uzimanje u obzir subjektivnih kriterijuma, kao što su faktička pozicija stranaka, konvergencija interesa i ravnoteža moći može biti od suštinskog značaja prilikom procene da li su takve okolnosti prisutne.

Jelena Vukadinović Marković⁵³

**LIMITS OF PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL
COMMERCIAL ARBITRATION:
LESSONS FROM DUTCO AND VIDATEL⁵⁴**

Abstract: *Party autonomy represents a fundamental and universal principle upon which arbitration as a dispute resolution mechanism is based. Under this principle, the parties to an arbitration agreement enjoy broad freedom to determine the number of arbitrators, the method of their appointment, the seat of arbitration, as well as the language and applicable law governing the specific legal relationship.*

However, although this freedom may appear unlimited at first glance, in practice it is subject to constraints. These limitations primarily arise from the requirement of due process, one of the core principles of arbitration. The most significant expression of this principle lies in the right of the parties to equal treatment and the opportunity for each party to present its case. These very issues were at the heart of the Dutco and Vidatel cases, which form the focus of this paper.

Following introductory considerations, the first part of the paper addresses the influence of party autonomy on the number and appointment of arbitrators. The second part focuses on the principle of party equality, while the third part explores the application of this principle in multi-party arbitrations through the analysis of the Dutco and Vidatel cases. The paper concludes with key insights derived from the examination of these disputes.

Keywords: *principle of equality, limits of party autonomy, multi-party arbitration, Dutco decision, Vidatel decision.*

⁵³ Jelena Vukadinović Marković, PhD, Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, j.vukadinovic@iup.rs, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3949-4672>

⁵⁴ This work is a result of research within the project “Adapting the Legal Framework to Social and Technological Changes with a Special Focus on Artificial Intelligence,” carried out in 2025 by the Institute of Comparative Law with financial support from the Ministry of Science, Technological Development and Innovation (contract number 451-03-136/2025-03/200049)

IV КАТЕДРА

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

UDK 339.543:343.1(470+571)(094.5.072)

doi 10.7251/PR7125775S

Pregledni naučni članak

UČESNICI U KRIVIČNOM POSTUPKU U RUSKOJ FEDERACIJI

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović¹

Sažetak: *Učesnici u krivičnom postupku u Ruskoj Federaciji su svi subjekti koji imaju određena ovlašćenja da ispune svrhu krivičnog postupka (sud, sudija, tužilac, istražitelj itd), subjekti koji štite svoja ili zastupljena prava i legitimne interese (osumnjičeni, optuženi, branilac, zastupnik), kao i drugi subjekti koji pomažu u obavljanju proceduralnih radnji ili ih potvrđuju (specijalista, ekspert, svjedok itd). Oni ostvaruju svoja ovlašćenja i prava samo u zakonom uređenim odnosima.*

Opšta definicija učesnika u krivičnom postupku nije dovoljna da bi se okarakterisala proceduralna svrha ovlašćenja i prava svakog od njih. Stoga su svi učesnici u krivičnom postupku podijeljeni u nekoliko grupa (poglavlja 5. do 8, dio II Zakonika o krivičnom postupku Ruske Federacije), čije samo ime određuje njihov sadržaj i ciljnu orijentaciju uključenih u određenu grupu. Ovdje su izdvojeni „sud“, „učesnici u krivičnom postupku od strane tužilaštva“, „učesnici u krivičnom postupku od strane odbrane“ i „ostali učesnici u krivičnom postupku“.

Razdvajanje suda i stranaka među glavnim učesnicima u postupku je u prirodi samog predmeta krivičnog postupka, društvenog sukoba, za čije je rješavanje potrebno utvrditi da li je krivično djelo učinjeno, ko ga je učinio,

¹ Redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti, inostrani član Ruske akademija prirodnih nauka, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću, profesor emeritus, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u penziji, e-mail: msimovic@anubih.ba, <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>

krivicu optuženog itd. Rješavanje spora između stranaka povjereno je sudu, koji je pravosudni organ.

Ključne riječi: *učesnici u krivičnom postupku, sud, tužilac, optuženi, Ruska Federacija.*

1. UVOD

U teoriji krivičnog postupka koncept „krivične procesne funkcije“ koristi se za karakterizaciju imenovanja učesnika u sudskom postupku. Istovremeno, funkcije se shvataju kao glavni pravac aktivnosti određenog učesnika u postupku, svrha iz koje državni organ ili određeni zvaničnik učestvuje u procesu, kao i pravac aktivnosti koji je uslovljen proceduralnim statusom drugih učesnika u procesu. Time im se daje mogućnost da brane svoja prava i legitimne interese lično ili uz pomoć advokata ili zastupnika. U ovom slučaju se misli i na zaštitu prava i legitimnih interesa onih koji su povrijeđeni krivičnim djelom (na primjer, žrtva) i na odbranu od optužbe (sumnje) da je počinjeno krivično djelo (optuženi, osumnjičeni).

Raspodjela funkcije tužilaštva, funkcija odbrane i rješavanje slučaja između različitih učesnika u procesu ili njihova koncentracija u jednoj ličnosti – najbitnija je suština za karakterizaciju tipa procesa. Tako je u inkvizitorskom procesu (*инквизиционный процесс*) jedno lice vršilo i optužbu i rješavanje slučaja, što je nemoguće ne samo pravno, već i psihički. Optuženi, sa veoma ograničenim pravima na odbranu, našao se pred tužiocem i sudijom u jednoj osobi. Ako nije bilo dovoljno dokaza za osuđujuću presudu (*недостаточность доказательств для осуждения*), što je karakteristično za inkvizitorni proces, optuženi nije oslobođen, već je na osnovu dostupnih optužujućih dokaza ostao „pod sumnjom“ (*в подозрении*).

Ruski krivični proces, koji ima karakteristike „neoinkvizitornog“ (*неоинквизиционный*) procesa, karakteriše odsustvo stvarne podjele funkcija između državnih organa i njihovih predstavnika koji su učestvovali u krivičnom postupku. To se posebno manifestovalo u opštim zadacima suda, tužioca, istražitelja i ispitivača (čl. 2. i 3. Zakonika o krivičnom postupku Ruske Federacije - ZKPRF²), te u širokim pravima suda u cilju popunjavanja nedostataka optužujuće aktivnosti tužioca tokom preliminarne istrage (*предварительного следствия*) i u sudu. U stvari, sudu su povjerene funk-

² „Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации“ от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 28.12.2024), (с изм. и доп., вступ. в силу с 5. февраль 2025. год.

cije koje su svojstvene tužilačkoj vlasti (pokretanje krivičnog predmeta, pokretanje postupka u sudu po novoj optužbi, vraćanje predmeta na dodatnu istragu kako bi se dopunili optužujući dokazi itd).

ZKPRF predviđa raspodjelu učesnika u procesu „od strane tužilaštva” (*со стороны обвинения*) i „od strane odbrane” (*со стороны защиты*) i izdvaja posebnu ulogu suda i njegova ovlašćenja. Priroda krivičnog postupka u državi zasnovanoj na vladavini prava (*в правовом государстве, in the rule of law*), izgrađena na principu jednakosti stranaka (*принципе равенства сторон, the principle of equality of the parties*) i kontradiktornog (*состязательности, adversarial*) sistema, zahtijeva da tužilaštvo, odbrana i presuđivanje predmeta budu nezavisni i odvojeni od drugih funkcija koje obavljaju različiti subjekti.

Logika i psihologija razdvajanja ovih funkcija najjasnije su izražene u sudskom postupku (*судебном разбирательстве*), gdje javni ili privatni tužilac dokazuje sudu valjanost svoje izjave o krivici optuženog, a optuženi, njegov branilac i pravni zastupnik dokazuju nevinost optuženog ili se na drugi način brane od izjava tužioca. Sud sprovodi pravdu (*суд осуществляет правосудие*). Samo sud ima pravo da optuženog proglasi krivim i da mu izrekne kaznu (čl. 49. i 118. Ustava Ruske Federacije³). Sa pozicije tužilaštva i odbrane, drugi učesnici u procesu takođe djeluju, štiteći svoja prava i interese.

Pojavljivanje advokata odbrane u procesu od trenutka stvarnog lišenja slobode lica ili učešća lica kao osumnjičenog - ukazuje na postojanje funkcije odbrane od samog početka preliminarne postupka. Takođe, sudska funkcija se manifestuje u preliminarne postupku, jer samo sud ima pravo da dozvoli proceduralne radnje koje na ovaj ili onaj način utiču na ustavna prava i slobode (*конституционные права и свободы*) učesnika u procesu, kao i da razmatra žalbe protiv radnji (neaktivnosti) i odluka zvaničnika koji vode preliminarne postupak.

³ Конституция Российской Федерации, усвоен народным голосанием (Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации), 12. decembra 1993. sa amandmanima odobrenim tokom sveruskog glasanja 1. jula 2020. godine. Государственная Дума, Российская газета, № 237 (853), 25 декабря 1993. года, http://duma.gov.ru/legislative/documents/consti_tuti...

2. KONCEPT I KLASIFIKACIJA UČESNIKA KRIVIČNOG POSTUPKA

Pod učesnicima u krivičnom postupku, u skladu sa stavom 58. člana 5. ZKPRF, podrazumijevaju se lica koja učestvuju u krivičnom postupku. Svi oni imaju proceduralna prava i obaveze koje odgovaraju njihovom statusu i u stanju su da stupe u krivične procesne odnose jedni sa drugima. To mogu biti ne samo lica, fizička i pravna, nego i organi i organizacije, iako nisu u potpunosti pokriveni navedenom definicijom.

Član 5. ZKPRF predstavlja koncept glavnih učesnika u krivičnom postupku, a njihova proceduralna prava i obaveze sadržani su u Odjeljku II ovog zakona. Ona su takođe regulisana, dopunjena i konkretizovana pravnim normama sadržanim u drugim dijelovima krivičnog procesnog zakona.

Na osnovu strukture poglavlja II ZKPRF i na osnovu funkcionalnog kriterijuma, svi učesnici u krivičnom postupku mogu se klasifikovati na sljedeći način:

1) sud, kao glavni subjekt krivičnog postupka, koji omogućava sprovođenje pravde (glavna funkcija je rješavanje krivičnog djela – *разрешение уголовного дела*);

2) tužilaštvo – tužilac, kao i istražitelj, rukovodilac istražnog organa, lice koje sprovodi preliminarnu istragu, istražni organ, rukovodioci istražnih organa i istražnih jedinica, privatni tužilac, žrtva i njegov zakonski zastupnik, građanski (oštećeni kao) tužilac i njegov zastupnik (član 47. člana 5. ZKPRF);

3) odbrana (*сторона защиты*) – optuženi, njegov pravni zastupnik (*законный представитель*) i branilac (*защитник*), kao i građanski optuženi, njegov zakonski zastupnik i zastupnik (član 5. stav 46. ZKPRF);

4) ostali učesnici (*иные участники*) – svjedok, vještak, specijalista, tumač i svjedok (proceduralna funkcija – promovisanje pravde; *процессуальная функция – содействие правосудию*).

Ova klasifikacija je uslovna i ne pokriva sve moguće učesnike koji stupaju ili su uključeni u krivične procesnopravne odnose. Pošto se stranke shvataju kao učesnici u krivičnom postupku, na osnovu kontradiktornog postupka, oni obavljaju funkciju optužbe ili odbrane od optužbe (stav 45. člana 5. ZKPRF).

U poglavlju II ZKPRF pominje se sekretar sudskog zasjedanja (član 62. ZKPRF). Njegova prava i obaveze utvrđene su članom 245. Sekretar sudskog zasjedanja u krivičnom postupku obavlja uglavnom pomoćne funkcije kao što je održavanje protokola sudskog zasjedanja, provjera pojavlji-

vanja u sudu i izvršenje uputstava predsjednika sudskog vijeća. Priroda njegovih dužnosti mu omogućava da bude svrstan u grupu drugih učesnika u krivičnom postupku.

Treba obratiti pažnju i na činjenicu da zakonodavac, iako pominje neke učesnike u krivičnom postupku, ne reguliše njihova prava i obaveze u posebnom članu. Međutim, oni mogu biti utvrđeni kumulativnom analizom prava koja su im data zakonom, kao i dužnosti državnih organa i zvaničnika za njihovo obezbjeđivanje. Takvi učesnici uključuju, na primjer, podnosioca prijave krivičnog djela, garanta (jemca – *поручитель*) i založnika (*залогодатель*) u primjeni odgovarajuće preventivne mjere u odnosu na lice za koje se provjerava da li je izvršio krivično djelo.

Navedena klasifikacija učesnika u krivičnom postupku zasniva se, prije svega, na principu kontradiktornog postupka (član 15. ZKPRF), koji predviđa tri glavne krivične procesne funkcije – tužilaštvo, odbrana i rješavanje krivičnog predmeta. Ove funkcije su odvojene jedna od druge i ne mogu biti povjerene istom organu ili zvaničniku. U tom postupku tužilaštvo i odbrana su jednaki pred sudom. Međutim, preliminarni postupak se može nazvati kontradiktornim samo uslovno. Njegov glavni subjekat je istražitelj ili ispitiivač, koji sprovode istragu uz pomoć istražnog organa, pod kontrolom svojih rukovodilaca i suda, te pod nadzorom tužioca. Oni formiraju optužbu, koja se, po završetku istrage, dogovora sa tužilaštvom, podržana od suda na kontradiktoran način.

Učesnici u krivičnom postupku, takođe, mogu biti klasifikovani prema kriterijumu prisustva ili odsustva državnih ovlašćenja. Takav kompletan sistem ovlašćenja imaju: sud, tužilac, rukovodilac istražnog organa, istražni organ koje sprovodi preliminarnu istragu, organ istrage, rukovodioci organa i istražnih jedinica. Ostali učesnici nemaju ova ovlašćenja (žrtva, osumnjičeni, optuženi, svjedok i drugi).

U naučnoj i stručnoj literaturi predlažu se i druge klasifikacije učesnika krivičnog postupka. Oni koji su navedeni su osnova za prezentaciju edukativnog materijala. Posebna pažnja se posvećuje tužiocu kao posebnom subjektu krivičnog postupka.

Priroda i obim proceduralnih aktivnosti svakog od učesnika krivičnog postupka nisu isti i zavise od njihovog statusa, stečenog njihovim učešćem u krivičnom postupku. Zauzvrat, ona je konkretizovana u okviru određenih pravnih veza koje nastaju i razvijaju se tokom postupka.

3. SUBJEKTI VOĐENJA KRIVIČNOG POSTUPKA

Pod subjektima koji sprovode krivični postupak podrazumijevaju se oni učesnici u postupku kod kojih se mogu pojaviti materijali koji su verifikacija izvještaja o krivičnim djelima i/ili krivičnim predmetima. To su istražitelj, istražni organ i sud. Oni, takođe, mogu uključivati rukovodioce istražnih organa, načelnike organa i istražnih jedinica. Oni imaju pravo da u svom postupku prihvate materijale inspekcije i krivičnih djela i da daju smjernice i vrše kontrolu nad proceduralnim aktivnostima podređenih lica.

U okviru svoje nadležnosti, svi subjekti koji sprovode krivični postupak imaju pravo da obavljaju istražne i druge proceduralne radnje, da primjenjuju mjere državne prinude i donose proceduralna rješenja. To uključuje:

3.1. Sud

Sud je centralna figura u krivičnom postupku, jer samo on ima pravo da sprovodi pravdu, uključujući krivične predmete (član 118. Ustava Ruske Federacije i član 8. ZKPRF). Niko ne može biti proglašen krivim za počinjenje krivičnog djela, kao i podvrgnut krivičnoj sankciji, osim sudskom presudom i u skladu sa zakonom. Pod sudom se podrazumijeva svaki sud opšte nadležnosti (*суд общей юрисдикции*) koji razmatra krivične predmete u meritumu (*по существу*) i donosi odluke predviđene zakonom (član 5. stav 48. ZKPRF). Istovremeno, sudija je zvaničnik ovlašćen za sprovođenje pravde (stav 54. član 5. ZKPRF).

U preliminarom postupku provjeravaju se izvještaji o izvršenom krivičnom djelu, te sprovodi preliminarne istrage u krivičnim predmetima. Kao rezultat istrage će biti donesena sudska odluka i riješeno pitanje krivice optuženog u izvršenju inkriminiranih radnji, uz izricanje krivične sankcije. Značaj imaju i odluke suda donesene u preliminarim fazama krivičnog postupka koje su pod kontrolom suda.

Krivične predmete razmatraju kako federalni sudovi (*федеральные суды*), tako i mirovni sudovi (*мировые суды*). Istovremeno, funkciju sudske kontrole u preliminarom postupku obavljaju samo federalne sudije. U cilju razjašnjenja koncepta suda, postoje sljedeće tri teorijsko-pravne kategorije:

1) *sudska veza* (*судебное звено*), tj. skup sudova različitih nivoa, koji posjeduju ista ovlašćenja. Najniži nivo obuhvata mirovne sudove, kao i federalne okružne (gradske) sudove (*федеральные районные [городские] суды*) i garnizonske vojne sudove (*гarnизонные военные суды*). Srednju vezu predstavljaju sudovi konstitutivnih entiteta Ruske Federacije i okružni

(mornarički) vojni sudovi (*окружные [флотские] военные суды*). Najviši nivo pravosudnog sistema je Vrhovni sud Ruske Federacije (*Верховный суд Российской Федерации*);

2) *sudska instanca* (*судебная инстанция*) – to je onaj sud koji razmatra krivično djelo u suštini ili preispituje odluku nižestepenog suda. Zakonom su predviđene sljedeće instance (st. 14, 16, 52. i 53. člana 5. ZKPRF):

- prva (razmatra krivične predmete u suštini i ima pravo da izriče presude, kao i da donosi odluke tokom preliminarne istrage);

- druga (apelaciona - *апелляционная*) razmatra krivične predmete u apelacionom postupku po žalbama i predstavkama [*представлениям*] na presude, rješenja i odluke koje nisu postale pravosnažne, kao i druge odluke sudova);

- kasaciona (*кассационная*) razmatra krivične predmete u kasacionom postupku po žalbama i predstavkama na pravosnažne presude, odluke i rješenja sudova;

- nadzorna (*надзорная*). Президиум – Predsjedništvo Vrhovnog suda RF razmatra u postupku nadzora krivične predmete po nadzornim žalbama i predstavkama na pravosnažne presude, odluke i rješenja sudova;

3) sastav suda (*состав суда*), koji podrazumijeva razmatranje krivičnog djela i/ili njegovo preispitivanje: a) pojedinačno od federalnog ili mirovnog sudije; b) od tri federalne sudije; c) od federalnog sudije i vijeća porotnika (*коллекцией присяжных заседателей*, u sudovima drugog stepena sastoji se od osam porotnika, u sudovima trećeg stepena – od šest); d) vijeća u sastavu od najmanje tri sudije; e) većinom članova Predsjedništva Vrhovnog suda RF.

Glavna ovlašćenja suda regulisana su članom 29. ZKPRF. Prije svega, ona se sastoje od ovlašćenja da utvrde lice krivo za počinjenje krivičnog djela i da ga osude. Pored toga, samo sud ima pravo da odredi licu prinudne mjere medicinske prirode i prinudne mjere vaspitnog karaktera (*принудительные меры воспитательного воздействия*). U postupku preispitivanja sudskih odluka (žalba, kasacija, nadzor), samo viši sud može poništiti ili promijeniti odluku nižeg suda.

Prilikom razmatranja krivičnog predmeta i/ili u okviru preliminarne postupka, samo je sud ovlašćen da donosi sljedeće vrste odluka:

- 1) o primjeni procesnih mjera prinude, i to:

- izbor kaucije (*избрание залога*), izbor i produženje rokova za primjenu preventivnih mjera (*мер пресечения*), kao što su pritvor (*заключение под стражу*), kućni pritvor (*домашний арест*) i zabrana određenih radnji (*запрет определенных действий*);

- smještaj osumnjičenog ili optuženog koji nije u pritvoru u medicinsku ustanovu za obavljanje forenzičko-medicinskih (*судебно-медицинской*) ili forenzičko-psihijatrijskih ispitivanja (*судебно-психиатрической экспертизы*);

- privremena suspenzija osumnjičenog ili optuženog sa funkcije (*временное отстранение подозреваемого или обвиняемого от должности*);

2) uz saglasnost istražitelja ili lica koje sprovodi preliminarnu istragu da sprovede sljedeće aktivnosti:

- pregled stana (*осмотр жилища*) u odsustvu saglasnosti lica koja u njemu žive;

- pretres stana (*обыск*) i oduzimanje (*выемка*) predmeta;

- oduzimanje stvari ili predmeta koji su založeni ili deponovani u zalogonici (*ломбард*) i dokumenata koji sadrže državnu ili drugu zaštićenu federalnu tajnu ili sadrži informacije o depozitima i računima građana u bankama i drugim kreditnim organizacijama;

- pretres, pregled i oduzimanje predmeta od advokata;

- lični pretres, isključujući pretres osumnjičenog tokom pritvora ili zatvora, kao i da se utvrdi da li postoje dovoljni razlozi da se vjeruje da on u prostorijama ili na drugom mjestu u kojem se vrši pretres skriva predmete ili dokumente koji mogu biti relevantni za krivični predmet;

- oduzimanje korespondencije (*ареста на корреспонденцию*) i uvid u nju u institucijama komunikacije;

- kontrola i snimanje telefonskih i drugih razgovora (*контроль и запись телефонных и иных переговоров*);

- dobijanje informacija o vezama između pretplatnika (*абонентами*) i/ili uređaja pretplatnika (*абонентскими устройствами*);

3) o okončanju krivičnog postupka ili krivičnog gonjenja protiv lica osumnjičenog ili optuženog za izvršenje krivičnog djela male ili srednje težine, sa nametanjem krivičnopravne mjere u vidu novčane kazne (*штраф*);

4) o rješavanju nekih drugih pitanja, kao što su: naknada štete za imovinu (*возмещение имущественного вреда*); oduzimanje imovine, uspostavljanje i produženje njenog trajanja; prodaja, raspolaganje ili uništavanje određenog broja materijalnih dokaza (*вещественных доказательств*), kao i o njihovom besplatnom prenosu.

Kroz sva navedena pitanja i donošenje odluka ostvaruje se sudska kontrola. U dijelu koji se odnosi na istražne akcije, to je preventivno. Kada se one sprovode u uslovima hitnosti, sudska kontrola dobija naknadni karakter. Najvažnija proceduralna sredstva za sprovođenje kontrolne uloge suda

u preliminarnom postupku su razmatranje, u skladu sa članom 125. ZKPRF, žalbi protiv radnji (neaktivnosti) i odluka službenih lica (*должностных лиц*) istražnih organa i tužilaštva.

Stav 4. člana 29. ZKPRF sadrži ovlašćenje suda da izdaje posebne odluke ili rješenja u slučaju da u toku sudskog postupka u krivičnom predmetu postoje: okolnosti koje su doprinijele izvršenju krivičnog djela, kao i povrede prava i sloboda građana, te druge povrede zakona počinjene tokom istrage (*дознания*), preliminarne istrage ili razmatranja krivičnog predmeta pred nižim sudom.

U takvim konkretnim posebnim odlukama i rješenjima pažnja sudova ili drugih organizacija i ovlašćenih lica zahtijeva usvajanje odgovarajućih mjera. Zakon predviđa da sud ima pravo da ih primijeni u svakom slučaju, ako smatra da je to potrebno. U praksi nije neuobičajeno da na osnovu ove vrste sudskih odluka, ovlašćeni rukovodioci i određena službena lica podliježu disciplinskoj odgovornosti (*дисциплинарной ответственности*), uključujući istražitelje i ispitivače.

Sud ima i druga ovlašćenja koja vrši prilikom razmatranja krivičnih predmeta i odluka nižih sudova. Tako, tokom suđenja, sud ima pravo da primijeni mjere uticaja na učesnike zbog kršenja reda na sudskoj sjednici (*нарушение порядка в судебном заседании*, član 258. ZKPRF). Sudu je povjereno i razmatranje žalbi na presude i druge odluke (član 46. ZKPRF), kao i rješavanje širokog spektra pitanja, u vezi sa njihovim izvršenjem (član 47. ZKPRF).

3.2. Istražilac

Prema stavu 41. člana 5. i dijelu 1. člana 38. ZKPRF, pod istražiteljem se podrazumijeva zvaničnik ovlašćen u granicama utvrđenim za nadležnost za sprovođenje preliminarne istrage krivičnog predmeta, kao i druga ovlašćenja predviđena ovim zakonom. Istraživanje (*расследование*) oni sprovode u obliku istrage.

Istražne organe uključuju Istražni komitet Ruske Federacije (*Следственный комитет РФ – СК России*), kao i istražne jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova Ruske Federacije (*следственные подразделения Министерства внутренних дел РФ – МВД России*) i Federalnu službu bezbjednosti Ruske Federacije (*Федеральной службы безопасности РФ – ФСБ России*).

Na osnovu ovlašćenja predviđenih članom 38. ZKPRF, istražitelj ima pravo:

1) da otkrije krivično djelo, da ga uključi u svoj postupak ili uputi rukovodiocu istražnog organa u okviru istražne nadležnosti;

2) da daje obavezujuće pismene instrukcije (*обязательные для исполнения письменные поручения*) istražnom organu u predmetima i na način propisan ZKPRF koje se odnose na:

- sprovođenje operativno-tragačkih mjera (*оперативно-розыскных мероприятий*);

- sprovođenje pojedinačnih istražnih radnji;

- izvršenje odluka o zadržavanju, pritvoru i oduzimanju imovine;

- obavljanje drugih proceduralnih radnji.

U cilju dobijanja potrebnih informacija, u okviru verifikacije izvještaja o krivičnim djelima ili istrage krivičnih predmeta, istražitelji obavljaju brojne zadatke. Na osnovu dijela 4. člana 21. ZKPRF, istražitelji su obavezni na izvršenje odluka nadležnih institucija i ovlašćenih lica, pa čak i građana.

Istražitelj je relativno nezavisan u proceduralnim odnosima. Dakle, sve radnje o pravcu istrage i njenom sprovođenju on preduzima samostalno (*самостоятельно*). Međutim, neophodan uslov za primjenu onih radnji, koje najznačajnije utiču na ustavna prava pojedinca, jeste postojanje sudske odluke (dio 2. člana 29. ZKPRF). Pored toga, u odnosu na zakonitost i valjanost proceduralnih radnji i odluka istražitelja, vrši se tužilački nadzor, u okviru kojeg se preduzimaju mjere za otklanjanje identifikovanih kršenja federalnog zakonodavstva.

Međutim, zakon uspostavlja određene garancije u cilju obezbjeđivanja proceduralne nezavisnosti istražitelja. On ima pravo na prigovor protiv instrukcije njegovog supervizora, i to višem istražnom odboru (dio 3. člana 39. ZKPRF).

Uz saglasnost rukovodioca istražnog organa, istražitelj ima mogućnost da se žali na odluke tužioca o poništenju odluke o pokretanju postupka krivičnog postupka, vraćanju krivičnog predmeta u dodatnu istragu, izmjeni obima optužbe (*изменения объема обвинения*) ili kvalifikacije radnji iz optužbe, ponovne optužnice i eliminacije nedostataka (stav 5. dijela 2. člana 38. ZKPRF). On takođe može da se ne složi sa zahtjevom za otklanjanje kršenja federalnih zakona i podnese svoje pismene prigovore rukovodiocu istražnog odjeljenja (dio 3. člana 38. ZKPRF).

Kao jednu od zakonskih garancija proceduralne nezavisnosti, istražitelj se klasifikuje kao lice u odnosu na koje se uspostavlja poseban postupak (član 447. stav 1. stav 7. ZKPRF). Zakon daje istražitelju mogućnost da preduzme mjere u cilju sprječavanja izvršenja krivičnih djela. On ima pravo u odnosu

na određene organizacije ili zvaničnike – kroz usvajanje mjera za otklanjanje okolnosti koje su doprinijele izvršenju krivičnih djela ili drugih povreda zakona (dio 2. člana 158. ZKPRF).

3.3. Rukovodilac istražnog organa

Pod ovim učesnicima u krivičnom postupku podrazumijevaju se zvaničnici koji vode istražni postupak kao organi državne vlasti, te njihovi zamjenici (član 38. stav 5. ZKPRF). Oni imaju najveću istražnu moć u predsudskim fazama krivičnog postupka. To uključuje predsjednika Istražnog komiteta Rusije, zamjenika ministra – šefa Istražnog odjeljenja Ministarstva unutrašnjih poslova Rusije (*заместитель министра – начальник Следственного департамента МВД России*), šefa Istražnog odjeljenja Federalne službe bezbjednosti (FSB) Rusije, njihove zamjenike, kao i šefove teritorijalnih i specijalizovanih (u vojsci, transportu itd.) organa ovih odjeljenja na nivou federalnih okruga, subjekata Ruske Federacije, administrativnih okruga, rejona i gradova. Specifikacija ovih ovlašćenja u krivičnom postupku i njihova raspodjela među rukovodiocima istražnih organa - razmatraju se u relevantnim normativnim pravnim aktima.

Glavna ovlašćenja rukovodioca istražnog organa, koje karakteriše njegov proceduralni status, određena su članom 39. ZKPRF. Njihov značajan dio obezbjeđuje sprovođenje funkcija kontrole i upravljanja u odnosu na proceduralne aktivnosti istražitelja koji su im podređeni. Pored toga, on ima pravo da samostalno pokrene krivični predmet i istraži ga u potpunosti, dok posjeduje ovlašćenja istražitelja ili menadžera istražnog tima.

Proceduralne smjernice daje rukovodilac istražnog organa, prije svega, davanjem pismenih uputstava istražiteljima na pitanja kao što su: pravac istrage; obavljanje pojedinačnih istražnih radnji; uključivanje lica kao optuženog; izbor preventivne mjere protiv osumnjičenog ili optuženog; krivičnopravna kvalifikacija krivičnog djela (*уголовно-правовая квалификация преступления*) i obim optužbe.

Instrukcije date istražitelju su obavezujuće. Međutim, kao što je već napomenuto, istražilac ima pravo da se žali protiv njih nadređenom rukovodiocu istražnog organa.

Rukovodilac istražnog organa ima pravo da povjeri preliminarnu istragu podređenom istražitelju ili na nekoliko istražitelja. On ima pravo da oduzme krivični predmet od jednog istražitelja i povjeri ga drugom, sa obaveznim navođenjem osnova za takav prenos. Pored toga, zakon mu daje pravo da

stvara istražne timove (*следственные группы*) i mijenja njihov sastav.

Rukovodilac istražnog organa je dužan da razmotri prigovore istražitelja na pismene zahtjeve tužioca za poništenje odluke kao nezakonite ili neosnovane, kao i kršenja federalnog zakonodavstva počinjena tokom preliminarne istrage. U slučaju neslaganja sa takvim zahtjevima, donosi odgovarajuću odluku (*постановление*), koja se šalje tužiocu.

Rukovodilac istražnog organa provjerava istražitelja u postupku posredstvom odgovarajućih materijala i izvještaja. On ima pravo da:

1) opozove bilo kakve nezakonite ili neopravdane odluke podređenih istražitelja i rukovodioca podređenih istražnih organa, kao i odluke istražitelja (ispitivača) drugih organa u istom postupku;

2) dâ saglasnost istražiteljima:

- na prigovor na odluke tužioca o poništenju odluka istražitelja o pokretanju krivičnog postupka i vraćanju krivičnog predmeta u fazi preliminarne istrage (član 38. st. 2. i 5. i član 221. stav 4. ZKPRF);

- na odbijanje pokretanja krivičnog postupka na osnovu rezultata rada tužilaštva, radi rješavanja pitanja krivičnog progona (dio 1.1 člana 148. ZKPRF);

- da podnose prijedlog sudu za izbor, produženje, poništenje ili promjenu preventivnih mjera;

- da okončaju krivični predmet u vezi sa pomirenjem stranaka i aktivnim pokajanjem (čl. 25. i 28. ZKPRF), te krivičnim gonjenjem u slučajevima krivičnih djela u oblasti privredne aktivnosti (član 28. stav 1. ZKPRF);

- da podnesu tužiocu sporazum o saradnji prije suđenja (dio 4. člana 317. stav 1. ZKPRF);

- za obavljanje niza drugih radnji i donošenje proceduralnih odluka u slučajevima predviđenim ZKPRF;

3) da ukloni istražitelja iz dalje istrage u slučaju kršenja ZKPRF, da riješi njihovo izuzeće, kao i samoizuzeće;

4) da produži rokove proceduralne provjere izvještaja o krivičnim djelima (dio 3. člana 144. ZKPRF) i uslovima preliminarne istrage;

5) odobrava odluke istražitelja o prekidu postupka u krivičnom predmetu i o sprovođenju državne zaštite;

6) vrati krivične predmete istražiteljima sa uputstvima o vođenju dodatne istrage;

7) razmotri žalbe protiv radnji i odluka istražitelja (član 124. ZKPRF).

Rukovodilac istražnog organa nije samo supervizor i kontrolor i neposredni nadređeni nad istražiocem. On organizuje rad istražne jedinice pro-

ceduralne i vanprocesne procesne prirode. U slučaju da tužilac ili sud poništi proceduralne odluke istražitelja o prekidu krivičnog postupka i obustavi istrage, odnosno vraćanju predmeta na dodatnu istragu, krivični predmet se šalje rukovodiocu istražnog organa, koji organizuje istragu i obezbjeđuje otklanjanje povreda koje su počinili istražitelji u pogledu zakonitosti i drugih nedostataka.

ZKPRF predviđa širok spektar proceduralnih odluka koje rukovodilac istražnog organa ima pravo da donosi. Oni se odnose na različita pitanja koja se javljaju u istražnom radu, kao što su spajanje i razdvajanje krivičnih predmeta (*соединение и выделение уголовных дел*), njihovu obnovu u slučaju štete i mnoge druge.

3.4. Istražni organ i istražilac

Član 5. ZKPRF sadrži sljedeći koncept ovih učesnika u krivičnom postupku:

1) istražni organ (*орган дознания*) – državni organi i službena lica ovlašćeni su, u skladu sa ZKPRF, da sprovedu istragu i imaju druga ovlašćenja predviđena ovim zakonom (stav 24);

2) istražitelj (*дознаватель*) je službenik istražnog organa ili ovlašćen od rukovodioca istražnog organa da sprovede preliminarnu istragu i ima i druga ovlašćenja predviđena ovim zakonom (stav 7).

Dio 1. člana 40. ZKPRF navodi sljedeće istražne organe:

1) organi unutrašnjih poslova Ruske Federacije (*органы внутренних дел Российской Федерации*) i oni koji su u njima uključeni teritorijalno, uključujući linijske, direkcije (odjeljenja, divizije, punktovi);

2) organi federalne službe za izvršenje (*органы федеральной службы судебных приставов*);

3) načelnici organa vojne policije Oružanih snaga Ruske Federacije (*начальники органов военной полиции Вооруженных Сил РФ*), komandanti Oružanih snaga Ruske Federacije, načelnici vojnih jedinica (*начальники военных учреждений*) i garnizona;

4) organi državnog vatrogasnog nadzora Federalne vatrogasne službe (*органы государственного пожарного надзора Федеральной противопожарной службы*);

5) drugi izvršni organi kojima je povjereno, u skladu sa federalnim zakonom, ovlašćenje za operativnu pretražnu aktivnost. To su organi federalne službe bezbjednosti (*органы федеральной службы безопасности*),

federalne službe odbrane (*федеральной службы охраны*), spoljne obavještajne službe (*службы внешней разведки*), federalne službe za izvršenje kazni (*федеральной службы исполнения наказаний*), kao i carinski organi (*таможенные органы*) i operativne jedinice odjeljenja za spoljnu obavještajnu službu Ministarstva odbrane Ruske Federacije (*оперативные подразделения внешней разведки Министерства обороны РФ*).

Dio 2. člana 40. ZKPRF utvrđuje glavne proceduralne funkcije navedenih organa i službenih lica u oblasti krivičnog postupka:

1) aktivnosti u vidu istrage krivičnih predmeta, za koje nije obavezna preliminarna istraga;

2) sprovođenje hitnih istražnih radnji u krivičnim predmetima, za koje je preliminarna istraga obavezna;

3) vršenje drugih ovlašćenja predviđenih ZKPRF, kao što su, na primjer: provjera izvještaja o krivičnim djelima, uključujući i one objavljene u medijima (u ime tužioca), sprovođenje instrukcija istražitelja, izvršenje njegovih odluka ili druge proceduralne radnje, kao i primjena proceduralnih mjera prinude (zadržavanje – *задержание*, privođenje – *привод* itd.).

Prema stavu 19. člana 5. ZKPRF, sprovođenje hitnih istražnih radnji vrši istražni organ u krivičnim predmetima u kojima je preliminarna istraga obavezna, kako bi se otkrili i zabilježili tragovi, kao i dokazi koji zahtijevaju hitnu konsolidaciju, izuzimanje (*изъятия*) i istraživanja. Oni su dozvoljeni u periodu od najviše deset dana od dana pokretanja krivičnog postupka, nakon čega su svi materijali istražnog organa dostavljaju rukovodiocu nadležnog istražnog organa (stav 3. člana 149. ZKPRF).

ZKPRF utvrđuje i nadležnost svakog istražnog organa u sprovođenju hitnih istražnih radnji (dio 2. člana 157). Pored njih, kako je propisno u dijelu 3. člana 40. ZKPRF, postoje i odredbe o pokretanju krivičnog postupka u sprovođenju hitnih istražnih radnji.

Akcije sprovode:

1) kapetani morskih i riječnih brodova na dugim putovanjima u krivičnim predmetima koji se odnose na ova krivična djela;

2) rukovodioci geoloških istražnih grupa i zimovališta, načelnici ruskih antarktičkih stanica (*начальники российских антарктических станций*) i sezonskih terenskih baza (*сезонных полевых баз*) udaljenih od lokacija istražnih organa u krivičnim predmetima;

3) šefovi diplomatskih misija i konzularnih predstavništava Rusije u krivičnim predmetima krivičnih djela počinjenih na području ove misije i institucije.

Istražitelj je službeno lice istražnog organa, koji može biti:

a) član osoblja istražne jedinice ovlaštenog na osnovu zakona da sprovede preliminaru istragu, istragu i druge oblike predviđene krivičnim procesnim zakonom;

b) koji nije zaposlen u istražnoj jedinici (npr. okružni policijski službenik), ali je ovlašten da sprovede istragu na osnovu posebnog naloga rukovodioca nadležnog istražnog organa.

Istražitelj sprovodi istragu u krivičnim predmetima u kojima preliminar na istraga nije obavezna, a na osnovu pismenog naloga načelnika organa (dio 1. člana 41. ZKPRF). Ali, zakon zabranjuje povjeravanje istražitelju istrage u slučajevima u kojima su sprovedene ili se sprovode operativno-pretresne aktivnosti (*оперативно-розыскные мероприятия*). U krivičnim predmetima povećane složenosti ili velikog obima, istragu može sprovesti grupa istražitelja formirana odlukom rukovodioca nadležnog istražnog organa (član 223. ZKPRF).

Glavna ovlašćenja istražitelja (*основные полномочия*) navedena su u stavu 3. člana 41. ZKPRF. To uključuje:

1) da samostalno obavlja istražne i druge proceduralne radnje, donosi proceduralne odluke, osim u slučajevima kada je, u skladu sa ZKPRF, za to je potrebna saglasnost rukovodioca istražnog organa ili tužioca i/ili sudska odluka;

2) da daje istražnom organu koji sprovodi preliminaru istragu, u slučajevima utvrđenim ZKPRF, pismena uputstva za izvršenje operativnih mjera pretrage, sprovođenje pojedinačnih istražnih radnji, izvršenje naredbe za za-državanje, privođenje, zatvaranje i pritvor i sprovođenje drugih proceduralnih radnji, kao i da prime pomoć u njihovoj implementaciji;

3) žalbu protiv odluke tužioca, uz saglasnost načelnika istražnog organa.

Pored načelnika organa, nezavisnost istražitelja takođe je u velikoj mjeri ograničena i od strane tužioca, čija nadzorna ovlašćenja mu omogućavaju da sprovede proces upravljanja proceduralnim aktivnostima istražitelja. Uputstva načelnika istražnog organa i tužioca su obavezna za istražioca koji sprovodi preliminaru istragu. Međutim, istražilac ima pravo žalbe tužiocu protiv uputstava načelnika istražnog organa i instrukcije tužioca, i to višem tužiocu (*вышестоящему прокурору*).

3.5. Rukovodioci organa i istražnih jedinica

Član 5. ZKPRF daje koncept rukovodioca istražnog organa i istražne jedinice. Prvi od njih je zvaničnik koji je na čelu odgovarajućeg organa istrage, kao i njegov zamjenik (stav 17). U organima unutrašnjih poslova ovlašćenja rukovodioca istražnog organa vrše i zamjenici načelnika policije (stav 3. člana 402. ZKPRF). Ovlašćeno lice iz istražnog organa je na čelu specijalizovane jedinice (direkcija, odjeljenje), kome je povjereno sprovođenje preliminarne istrage. Takve jedinice postoje u svim državnim organima kojima su povjerena istražna ovlašćenja.

Glavna ovlašćenja rukovodioca istražne jedinice sadržana su u članu 40. stav 1. ZKPRF. On ima pravo da u potpunosti sprovede istragu, dok posjeduje ovlašćenja lica koje sprovodi preliminarnu istragu. Ako se angažuje grupa istražitelja, onda rukovodilac istražne jedinice može da djeluje kao njen rukovodilac i ima ovlašćenja predviđena u st. 3. i 4. člana 223. ZKPRF.

U odnosu na istražitelje, rukovodilac istražne jedinice ima ovlašćenja:

1) putem proceduralnih uputstava:

- naložiti licu koje sprovodi preliminarnu istragu: a) da potvrdi prijavu krivičnog djela, uz prihvatanje odluke o tome; b) da sprovede hitne istražne radnje; c) sprovođenje istrage u krivičnom predmetu u potpunosti;

- da daje pismena uputstva licu koje sprovodi preliminarnu istragu o pravcu istrage, sprovođenju pojedinih istražnih radnji, izboru u vezi sa preventivnim mjerama protiv osumnjičenog, kvalifikaciji krivičnog djela i obimu optužbe. Uputstva su obavezna, ali istražitelj ima pravo da se žali protiv njih rukovodiocu istražnog organa ili tužiocu podnošenjem prigovora u pisanoj formi, iako to ne obustavlja njihovo izvršenje;

2) proceduralnom kontrolom:

- provjera materijala verifikacije prijave krivičnog djela u slučaju lica koje sprovodi preliminarnu istragu;
- da opozove neopravdane odluke istražitelja o suspenziji sprovođenja istrage u krivičnom predmetu;
- podnošenje prijedloga tužiocu za poništenje nezakonitih ili neopravdanih odluka istražitelja o odbijanju pokretanja krivičnog postupka;
- izuzeti krivični predmet od lica koje sprovodi početnu istragu i prenijeti je drugom licu, uz obavezno navođenje osnova za takav prenos.

Rukovodilac istražne jedinice, u skladu sa članom 40. ZKPRF, ima pravo da lično razmotri izvještaje o krivičnim djelima i učestvuje u proceduralnim provjerama. U odnosu na istražitelje koje je ovlastio da sprovede

preliminarnu istragu, on ima sva ovlašćenja rukovodioca istražne jedinice. U tom kontekstu, rukovodilac istražne jedinice ima ovlašćenja:

1) putem proceduralnih uputstava:

a) uputiti ih: na verifikaciju prijave krivičnog djela sa donošenjem odluke; na preliminarnu istragu u potpunosti, kao i na sprovođenje hitnih istražnih radnji ako je preliminarna istraga obavezna;

b) da daje obavezujuće pismene instrukcije o obimu i pravcu istrage i sprovođenju proceduralnih radnji;

c) za izvršenje pismenih instrukcija istražitelju ili licu koje sprovodi preliminarnu istragu o:

- sprovođenju operativno-tragačkih mjera;
 - sprovođenju pojedinih istražnih radnji;
 - izvršenju odluka o pritvoru, privođenju i zatvaranju;
 - sprovođenju drugih proceduralnih radnji i o pružanju pomoći tokom njihove implementacije;
 - stvaranju grupe istražitelja i promjeni njihovog sastava;
- d) da donese odluku o vraćanju istražitelju dokaznog materijala,

2) proceduralnom kontrolom:

- provjerava materijale za verifikaciju izvještaja o krivičnim djelima i materijale lica koje sprovodi preliminarnu istragu ili istražnih organa;
- produžava rokove za provjeru izvještaja o krivičnim djelima;
- razmatra materijale krivičnog predmeta i pismene prigovore istražitelja, po uputstvima rukovodioca istražne jedinice;
- odobrava optužni akt ili odluku o optuženju za krivično djelo;
- da vrati krivični predmet istražitelju sa pismenim uputstvima o sprovođenju dodatne istrage, u skladu sa opštim postupkom, prekrajanjem optužnog akta ili odluke optuženja za krivično djelo;
- dati saglasnost istražitelju da se žali na odluku tužioca o vraćanju krivičnog predmeta istražitelju.

3.6. Tužilac u krivičnoprocesnim odnosima

U poglavlju 6. ZKPRF („Učesnici u krivičnom postupku od strane tužioca”) član 37. je posvećen tužiocu. Tužilac je onaj koji posjeduje ekskluzivno pravo da podržava tužilaštvo pred sudom u ime Ruske Federacije (državna optužba – *государственное обвинение*). Međutim, obavljanju ove funkcije prethode aktivnosti tužilaštva u preliminarnom postupku, koji se sastoji

u obezbjeđivanju mehanizama tužilačkog nadzora nad zakonitošću proceduralnih radnji (radnji i odluka) istražitelja, ispitivača i njihovih supervizora, te poštovanju prava i sloboda učesnika u krivičnom postupku.

Prema stavu 31. člana 5. ZKPRF, pod tužiocem se smatra generalni tužilac Rusije (*Генеральный прокурор России*) i njegovi podređeni tužioci, njihovi zamjenici, kao i drugi zvaničnici tužilaštva koji učestvuju u krivičnom postupku sa odgovarajućim ovlašćenjima prema Federalnom zakonu od 17. januara 1992. godine⁴. Ovlašćenja predviđena članom 37. ZKPRF vrše tužioci na nivou okruga i grada, njihovi zamjenici, izjednačeni sa njima od specijalizovanih tužilaca (vojnih, transportnih, ekoloških, za nadzor nad sprovođenjem zakona popravnih ustanova), kao i nadređeni tužioci. Po pravilu, mnogi od zaposlenih u tužilaštvu dodjeljuju se tužiocima kao viši asistenti i pomoćnici tužilaca.

Prema stavu 1. člana 37. ZKPRF, tužilac je zvaničnik koji ima ovlašćenje da, u granicama svoje nadležnosti, u ime države sprovede:

- 1) krivično gonjenje (*уголовное преследование*);
- 2) tužilački nadzor nad procesnim radom istražnih organa i preliminar-
nom istragom.

Opšta svrha obavljanja ovih poslova utvrđena je članom 1. Zakona o tužilaštvu. Sastoji se u obezbjeđivanju vladavine prava, jedinstva i jačanju vladavine prava (*единства и укрепления законности*), zaštiti ljudskih i građanskih prava i sloboda (*защиты прав и свобод человека и гражданина*), kao i zakonom zaštićenih interesa društva i države (*охраняемых законом интересов общества и государства*). To obavezuje tužioca da u svojoj proceduralnoj aktivnosti zaštititi prava i legitimne interese lica i organizacija i žrtve krivičnih djela od ilegalnih ili nezakonitih ograničenja njihovih prava i sloboda (član 6. ZKPRF).

Članom 29. Zakona o tužilaštvu definisan je predmet tužilačkog nadzora nad proceduralnim aktivnostima istražnih organa, koji obuhvata njihovo poštovanje: ljudskih i građanskih prava i sloboda; utvrđenu proceduru rješavanja prijave i izvještaja o počinjenim i planiranim krivičnim djelima i uspostavljenu proceduru za sprovođenje istrage. Tužilac, takođe, nadzire zakonitost proceduralnih odluka koje donose istražitelji i njihovi rukovodioci.

Kao jedini zakonski ovlašćeni zvaničnik javnog tužilaštva u ime Ruske Federacije, u sudskim fazama krivičnog postupka tužilac stiče puna ovla-

⁴ „O Tužilaštvu Ruske Federacije” (Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 „О прокуратуре Российской Федерации“, u daljem tekstu: Zakon o tužilaštvu).

šćenja za sprovođenje krivičnog gonjenja. U isto vrijeme, on ima pravo da podnese i podrži u sudu građansku tužbu u odbrani prava građana i javnih interesa, interesa Ruske Federacije, njenih subjekata, državnih i municijalnih preduzeća (stav 6. člana 246. ZKPRF).

Proceduralne aktivnosti javnog tužioca imaju za cilj izlaganje optuženog pred sudom, dokazivanje njegove krivice u izvršenju krivičnog djela i nametanje pravične kazne za njega. Ali, u isto vrijeme, suština njegovog učešća u sudu sastoji se u obezbjeđivanju zakonitosti i osnovanosti podrške u dokazivanju krivice optuženog (stav 3. člana 37. ZKPRF). Ako tužilac zaključi da je to nezakonito ili neosnovano (*незаконно или необоснованно*), onda je stvar njegove službene i moralne dužnosti (*служебног и нравственного долга*) potpuno ili djelimično odustajanje od optužbi (*полный или частичный отказ от обвинения*), isključenje iz krivičnopravne kvalifikacije elemenata krivičnog djela koji pooštavaju kaznu i vršenje drugih ovlašćenja predviđenih u st. 7. i 8. člana 246. ZKPRF.

U toku istrage može se ispostaviti da optužba nije podržana prikupljenim dokazima (*обвинение не подтверждается собранными доказательствами*), da je data netačna kvalifikacija djela (*дана неправильная квалификация содеянного*), da postoje neotklonjive sumnje u krivicu optuženog (*имеются неустранимые сомнения в виновности подсудимого*), prekršeno je pravo na odbranu (*право на защиту*) optuženog, te otkriveno i druge značajne povrede zakona u toku preliminarne istrage (*выявлены иные существенные нарушения законности при производстве предварительного расследования*). Pored toga, javni tužilac ima pravo žalbe na prvostepene odluke, te kasacione i nadzorne podneske.

Tužilac u preptretresnim fazama nadzire krivični postupak, čiji je sadržaj da sprovede inspekciju zakonitosti i validnost aktivnosti koje obavljaju istražitelji i njihovi rukovodioci. To se sprovodi ukupno u obliku pismenih zahtjeva za otklanjanje utvrđenih povreda, poništenje odluka o nadgledanim objektima, vraćanje krivičnog predmeta na dodatne istrage ili otklanjanje određenih drugih otkrivenih nedostataka (*иных обнаруженных недостатков*). Kao rezultat toga, formiraju se pravni odnosi supervizorskog tipa koji su skup specifičnih pravnih veza između supervizora, tužioca, s jedne strane, i ovlašćenih lica preliminarne postupka, s druge strane.

Zakonodavac je ostavio tužiocu mogućnost da vrši kontrolu i usmjerava proceduralne aktivnosti lica koja sprovode preliminarne istrage i određuje prirodu i granice njenog nadzora. Slična moć pripada rukovodiocu istražnog organa koje on sprovodi prema podređenim istražiteljima.

Proceduralna aktivnost tužioca u fazi istrage okončava se optužnim aktom (završetak – *заключение*, akt ili odluka – *постановление*). Svi krivični predmeti se podnose tužilaštvu na verifikaciju i tužilac mora odlučiti da li će ih poslati na sud. On ima pravo da potvrdi optužni akt (*утвердить обвинительный документ*) ako utvrdi da je ovaj akt zakonit i opravdan ili vratiti krivični predmet istražitelju ili licu koje sprovodi preliminarnu istragu – sa uputstvima o dodatnoj istrazi i eliminaciji drugih identifikovanih kršenja federalnog zakonodavstva (*устранении других выявленных ими нарушений федерального законодательства*).

Sva ovlašćenja tužioca predviđena ZKPRF mogu se klasifikovati prema različitim kriterijumima. Najpogodnije je da se razmotre u skladu sa fazama razvoja prije suđenja. Istovremeno, u zavisnosti od namjene, njegova ovlašćenja mogu se posmatrati u cilju otkrivanja kršenja zakona i njihove eliminacije i suzbijanja.

3.6.1. Opšta ovlašćenja tužioca u prepretnom postupku

1. U cilju otkrivanja kršenja zakona (*нарушений законности*): razmatranje žalbi učesnika u krivičnom postupku koje je primilo tužilaštvo i drugih lica u mjeri u kojoj se postupak sprovodi i prijem procesnih rješenja koja utiču na njihove interese (član 124. ZKPRF);

2. U cilju otklanjanja i/ili suzbijanja kršenja zakona:

- zahtjev tužioca da se otklone povrede federalnog zakonodavstva (član 37. st. 2. i 3. ZKPRF);
- poništenje od strane tužioca bilo kakvih proceduralnih odluka rukovodioca organa i jedinice istrage, kao i lica koje sprovodi preliminarnu istragu (član 37. stav 2. tačka 6. ZKPRF);
- isključenje nedopustivih dokaza – *исключение недопустимых доказательств* (stav 3. člana 88. ZKPRF);
- rješavanje sporova o nadležnosti tužioca – *споров о подследственности* (član 151. ZKPRF), utvrđivanje nadležnosti (*подследственности*) prilikom spajanja krivičnih predmeta (*соединении уголовных дел*) i usmjeravanje krivičnog predmeta u odnosu na lice koje sprovodi preliminarnu istragu nakon sprovođenja hitnih istražnih radnji (član 152. ZKPRF).

3.6.2. Ovlašćenja koja tužilac ima u pokrenutom krivičnom postupku

1. U cilju identifikacije kršenja zakona:
 - verifikacija usklađenosti sa federalnim zakonodavstvom u slučaju prijema, evidentiranja i rješavanja prijave krivičnih djela (tačka 1. stav 2. člana 37. ZKPRF);
 - provjera zakonitosti i valjanosti radnji koje su preduzeli istražitelji i lica koja sprovode prvobitne radnje u istražnom postupku i odbijanju da se pokrene krivični postupak.
2. U cilju otklanjanja i/ili suzbijanja kršenja zakonitosti:
 - poništenje proceduralnih odluka o pokretanju i odbijanje pokretanja krivičnog postupka (stav 6. člana 148. i stav 4. člana 46. ZKPRF);
 - prenos verifikacije prijave krivičnog djela od jednog organa preliminarnе istrage na drugi na osnovu tačke 12. stav 2. člana 37. i stava 4. člana 150. ZKPRF;
 - pismena uputstva o sprovođenju istrage u krivičnim slučajevima male i srednje težine (*небольшой и средней тяжести*) za koje nadležnost nije definisana (tačka 2. stav 3. člana 150. ZKPRF);
 - pismena uputstva licu koje sprovodi preliminarnu istragu o pravcu istrage i proceduralnim radnjama (član 37. stav 2. tačka 4. ZKPRF).

3.6.3. Ovlašćenja tužioca u fazi istrage

- 1) U cilju otkrivanja kršenja zakona:
 - upoznavanje sa materijalima krivičnog djela koje se istražuje na osnovu obrazloženog zahtjeva (stav 2.1. člana 37. ZKPRF);
 - verifikacija kopija proceduralnih odluka koje je primilo tužilaštvo od istražitelja i ispitivača sa materijalima koji su im priloženi, i to:
 - a) odluka o prihvatanju krivičnog postupka, ako je istražitelju ili licu koje sprovodi preliminarnu istragu povjeren postupak koji je već pokrenut (član 156. ZKPRF); učešću u postupku osumnjičenog (član 173. ZKPRF); suspenziji preliminarne istrage (član 208. ZKPRF) i o prekidu krivičnog postupka (član 213. ZKPRF);
 - b) obavještenja o sumnji da je neko lice počinilo krivično djelo (član 223. ZKPRF);
 - c) verifikacija informacija koje je tužilac primio (u skladu sa ZKPRF) u obliku „glasa” (*сообщение*) i obavještenja.

Činjenica je da je zakonodavac predvidio niz situacija koje zahtijevaju obavještanje tužioca. Na primjer, ako optužba nije potvrđena ni u jednom dijelu preliminarne istrage (član 175. ZKPRF), obaviješten je tužilac da je preliminarne istrage nastavljena (član 211. stav 3. ZKPRF).

Stav 6. člana 152. ZKPRF propisuje da tužilac mora biti obaviješten u pisanoj formi da se krivični predmet u preliminarnoj istrazi prenosi višem istražnom organu (*вышестоящий следственный орган*). U stavu 3. člana 92. ZKPRF propisuje se da su istražni organ, lice koje sprovodi preliminarne istragu ili istražitelj dužni da pismeno obavijeste tužioca o zadržavanju osumnjičenog (*задержание подозреваемого*) u roku od 12 sati od trenutka zadržavanja. Prema stavu 3. člana 94. ZKPRF, rukovodilac mjesta zadržava osumnjičenog obavještava istražni organ ili istražitelja zaduženog za krivični predmet, kao i tužilaštvo o puštanju osumnjičenog na slobodu zbog činjenice da osumnjičeni nije primljen u roku od 48 sati od trenutka zadržavanja i odluke sudije da se na njega primijeni mjera ukidanja pritvora (*пресечения в виде заключения под стражу*) ili produženja perioda zadržavanja (*продлении срока задержания*);

2) U odgovoru na otkrivene povrede zakona:

- odstranjenje lica koje sprovodi preliminarne istragu iz dalje istrage, ako je počinio kršenje ZKPRF (član 37. stav 2. tačka 10. ZKPRF);
- rješavanje zahtjeva za izuzeće (*разрешение отвод*) lica koje vodi preliminarne istragu, kao i njegovog samoizuzeća – *самоотводов* (tačka 9. stav 2. člana 67. ZKPRF);
- izuzimanje (*изъятие*) bilo kog krivičnog predmeta iz istražnog organa i njegovo prosljeđivanje istražiteljima, sa obaveznim navođenjem osnova za takav prenos (tačka 11. stav 2. člana 37. ZKPRF);
- ukidanje (*отмена*) odluke istražitelja o privremenoj obustavi (*приостановлении*) preliminarne istrage (član 37. stav 2. tačka 5.1. i član 211. tačka 1.1. ZKPRF) i prekidu krivičnog postupka (član 37. stav 2. tačka 5.1. i član 214. stav 1. ZKPRF);
- davanje saglasnosti licu koje sprovodi preliminarne istragu da sprovede određenu procesnu aktivnost i usvajanje određenih proceduralnih odluka, kao što su, na primjer: ukidanje ili promjena preventivnih mjera u vidu pritvora, kućnog pritvora i kaucije, kao i obavljanje drugih procesnih radnji koje su dozvoljene na osnovu sudske odluke (tačka 5. stav 2. člana 37. ZKPRF);

3. Po zaključivanju sporazuma o saradnji (*сотрудничестве*) prije suđenja (tačka 5.2. stav 2. člana 37. ZKPRF), koji uključuje: razmatranje predstavki i odluka istražitelja; usvajanje molbi ili odbijanje da im se udovolji, kao i izmjenu ili raskid takvog sporazuma putem relevantne odluke.

3.6.4. Ovlašćenja u fazi završetka preliminarne istrage, u vezi sa prijemom krivičnog predmeta sa optužbom od strane tužilaštva ili druge konačne odluke istražioca (ispitivača) – da bi tužilac odlučio o mogućnosti slanja optužbe sudu

1. U cilju otkrivanja kršenja zakona: upoznavanje sa materijalima krivičnog predmeta koji su primljeni radi podnošenja sudu (član 221. stav 1. tačka 1. ZKPRF);

2. U odgovoru na otkrivene povrede zakona:

- vraćanje krivičnog predmeta istražitelju radi dodatne istrage, promjene u obimu optužbe ili kvalifikacije radnji optuženih i eliminisanja drugih nedostataka (sa sopstvenim uputstvima) (stav 1. člana 221. ZKPRF);
- vraćanje krivičnog predmeta na dodatnu istragu ili izmjenu optužnog akta i slanje na preliminarnu istragu (član 226. stav 1. ZKPRF);
- prekid krivičnog postupka, povodom optužnog akta ili odluke (stav 1. člana 226. i stav 1. člana 226.8. ZKPRF), isključenje dijelova optužbe ili njeno prekvalifikovanje u manje ozbiljnu (stav 2. člana 226. i stav 2. člana 226.8. ZKPRF);
- vraćanje krivičnog predmeta radi ponovnog sastavljanja optužnice (stav 1. člana 226. ZKPRF);
- upućivanje krivičnog predmeta istražitelju na istragu u skladu sa opštim postupkom (stav 2. člana 226. ZKPRF);
- ukidanje mjera ograničenja u slučaju kršenja zahtjeva iz stava 5. člana 109. ZKPRF (materijal krivičnog predmeta završenog istragom mora biti predstavljen optuženom u pritvoru i njegovom advokatu najkasnije 30 dana prije isteka roka pritvora) i pod uslovom da je rok za pritvor optuženom istekao (stav 2. člana 221. ZKPRF).

3.6.5. U vezi sa slanjem krivičnog predmeta sudu

- odobrenje optužnice (član 221 – zaključak, član 226 – akt i član 226. stav 8 – odluka) i odluke o upućivanju krivičnog predmeta sudu za primjenu prinudnih mjera medicinskog karaktera (stav 3. člana 439. ZKPRF);
- sastavljanje odluke o posebnom postupku održavanja sudske rasprave i donošenje presude u krivičnom predmetu protiv optuženog sa kojim je zaključen sporazum prije suđenja (član 5.2. stav 2. člana 37. i član 317. stav 5. ZKPRF).

Pored toga, ako postoje razlozi, sa optužnicom ili odlukom za primjenu prinudne mjere medicinske prirode, tužilac ima pravo da podnese zahtjev sudu za produženje roka: zabrane određenih aktivnosti (*запрета определенных действий*), kućnog pritvora i pritvora.

Tužilac ima i neka druga ovlašćenja, koja su regulisana (*регламентируется*) u ZKPRF za različite stadijume i faze krivičnog postupka, uključujući i preliminarne istražni i sudski postupak u krivičnim predmetima na opšti i poseban način, prilikom preispitivanja kazni i drugih sudskih odluka, njihovog izvršenja i u oblasti međunarodne saradnje (*в сфере международного сотрудничества*).

4. ZAKLJUČAK

Norme krivičnog procesnog prava u Ruskoj Federaciji regulišu društvene odnose u oblasti krivičnog postupka (krivični procesnopravni odnosi su javnopravni odnosi) koji nastaju između državnih organa i zvaničnika, između zvaničnika, te državnih organa (zvaničnika) i građana.

Sud je glavni organ koji vrši sudsku vlast i utvrđuje ishod krivičnog postupka. Sud svoje odluke zasniva samo na dokazima koji se razmatraju na sudskom zasjedanju. Sud je slobodan da procjenjuje dokaze, ali, u isto vrijeme, mora biti kompetentan i nepristrasan, a njegove odluke biti zakonite, opravdane i obrazložene, a presuda biti pravedna (stav 4. člana 7, član 297. i stav 2. člana 389. ZKPRF). Istovremeno, presuda o krivici ne može se zasnivati na pretpostavkama i donosi se samo ako se tokom suđenja krivica optuženog za izvršenje krivičnog djela potvrdi ukupnošću dokaza koje je ispitao sud (stav 2. člana 307. ZKPRF). Sve pretpostavke i mišljenja, nagađanja se ne uzimaju u obzir prilikom odlučivanja o krivici.

Sud odlučuje o krivičnim predmetima u prvom stepenu, u drugom (apelacionom) stepenu, po nalogu izvršenja kazne, u kasacijskom postupku, u postupku nadzora, te u postupku zbog novih ili novootkrivenih okolnosti.

Učesnici u krivičnom postupku na strani optužbe predviđeni su u poglavlju 6. ZKPRF.

LITERATURA

1. Анисимов, Г. (2012). „Отмена постановления о возбуждении уголовного дела руководителем следственного органа“. *Законность*, № 1.
2. Арсенова, Т.Б. (2009). „Процессуальная самостоятельность лиц, осуществляющих досудебнопроизводство по уголовным делам“. *Российский следователь*, № 18, 2–3.
3. Бабич, А.В. (2012). *Процессуальная самостоятельность и независимость следователя как основа его статуса в уголовном судопроизводстве*. Саратов, 2012, 3–4.
4. Баглай, М.В., Туманов, В. А. (1998). *Малая энциклопедия конституционного права*. Москва, БЕК.
5. Баглай, М.В. (2010). *Конституция Российской Федерации: историко-правовой комментарий М. В. Баглая*, 3-е изд. перераб, Москва, Норма: ИНФРА-М.
6. Балакшин, В. (2011). „Независимый-зависимый следователь“. *Законность*, № 10, с. 34.
7. Бастрыкина, А.И. (2013). „Эследователя как теоретическая и правовая категория“. *Конституция Российской Федерации как гарант прав и свобод человека и гражданина при расследовании преступлений: материалы Международной науч.-практ. Конференции*, (Москва, 14 ноября 2013 года), Москва: Институт повышения квалификации Следственного комитета Российской Федерации, 335–339.
8. Беляев, И.А. (2019). „Какая Конституция нужна современной России?“. *Социально-гуманитарные инновации: стратегии фундаментальных и прикладных научных исследований: материалы Всероссийской научно-практической конференции*, Оренбург, ОГУ, 740–747.
9. Быков, В.М. (2008). „Процессуальная самостоятельность следователя“. *Уголовный процесс*, № 5, 41.

10. Божьев, В. (2008). „Процессуальное руководство производством предварительного следствия“. *Уголовное право*, № 3, 68.
11. Божьев, В.П. [и др.] (2014). *Уголовный процесс: учебник для академического бакалавриата*. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Издательство Юрайт.
12. Булатов, Б.Б. [и др.] (2020). *Уголовный процесс: учебник для вузов*. 7-е изд., перераб. и доп. Москва: Издательство Юрайт. Текст: электронный // ЭБС Юрайт [сайт]. URL: <https://biblio-online.ru/bcode/457160>.
13. Ведерникова, О. Н., Ворожцов, С. А., Давыдов, В. А. [и др.] (2014). *Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный)*. Москва. НОРМА, ИНФРА-М.
14. Гаврилов, В. Я. (2000). „Самостоятельность следователя сегодня: реальность или миф“. *Юридический консультант*, № 3, 4–8.
15. Горюнов, В. В. (2012). Процессуальная самостоятельность следователя в свете реформ следственного аппарата. *Российский следователь*, № 19, 14.
16. Гриненко, А. В. [и др.] (2019). *Уголовный процесс. Практикум: учебное пособие для прикладного бакалавриата*. 2-е изд., испр. и доп. - Москва: Издательство Юрайт. Текст: электронный // ЭБС Юрайт [сайт]. URL: <https://biblio-online.ru/bcode/436465>.
17. Гриненко, А. В. (2020). *Уголовный процесс: учебник*. 7-е изд., перераб. Москва: Издательство Юрайт.
18. Громов, А. (1997). „О принципе процессуальной самостоятельности следователя“. *Следователь*, № 6, 19.
19. Гуляев, А.П. (1981). *Следователь в уголовном процессе*. Москва: Юридическая литература.
20. Дармаева, В.Д. (2011). „Проблема соотношения процессуального контроля и процессуальной самостоятельности следователя“. *Публичное и частное право*, № 1 (IX), 148.
21. Деришев, С., Наумов, К. (2016). „Предусматривает ли УПК отмену руководителями следственных органов постановления о возбуждении уголовного дела?“. *Законность*, № 7.
22. Каретников, А.С., Миронов, Ю.Н. (2026). „Законность, обоснованность и мотивированность решений руководителя следственного органа как условие поддержания процессуальной самостоятельности следователя“. *Российский следователь*, № 9, 16–20.

23. Качалов, В.И., Качалова, О.В., Ершов, В.В., Давыдов, В.А. (2020). *Уголовно-процессуальное право. Практикум: учебное пособие для вузов*. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Издательство Юрайт. Текст: электронный // ЭБС Юрайт [сайт]. URL: <https://biblio-online.ru/bcode/450167>.
24. *Конституция Российской Федерации: Энциклопедический словарь*. Авт. коллектив: В.А. Туманов, В.Е. Чиркин, Ю.А. Юдин; Руководитель авт. коллектива С.М. Шахрай. 2-е изд., перераб. и доп. В.А. Тумановым, Москва, Большая российская энциклопедия, Юристъ, 1997.
25. Кругликов, А.П. (2009). „Возвращение уголовного дела для дополнительного расследования руководителем следственного органа или прокурором“, *Российская юстиция*, № 2, 58–59.
26. Лебедев, В.М. (2017). *Уголовно-процессуальное право: учебник для бакалавриата и магистра*. 2-е изд., перераб. и доп., Москва: Издательство Юрайт.
27. Малышева, О.Л. (2009). „Процессуальное положение следователя в условиях современной правовой регламентации“, *Российский следователь*, № 6, 9.
28. Манова, Н.С. (2016). „Обеспечение процессуальной самостоятельности следователя в системе контрольно-надзорных отношений в досудебном производстве“, *Актуальные проблемы обеспечения прав участников уголовного судопроизводства*, монография, Москва: Проспект, 94–95.
29. Манова, Н.С. (2019). *Становление института ведомственного руководства деятельностью следователя в российском уголовном процессе (уставы уголовного судопроизводства и действующее законодательство*. Саратов: Саратовская государственная юридическая академия.
30. Манова, Н. С., Францифоров, Ю. В. (2020). *Уголовный процесс: учебное пособие для вузов*, 12-е изд., перераб. и доп. Москва: Издательство Юрайт. Текст: электронный // ЭБС Юрайт [сайт]. URL: <https://biblio-online.ru/bcode/449618>.
31. Морфицын, Г. (2005). „Следователь может быть независимым“. *Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА*. Материалы международной науч.-практ. конференции. Екатеринбург, 68–69.

32. Пикалов, И. А. (2005). *Уголовный процесс Российской Федерации (краткий курс): Учебное пособие*. Москва: Юрлитинформ.
33. Пикалов, И. А. (2008). *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации*. Москва: Юрлитинформ.
34. Познышев, С. В. (1913). *Элементарный учебник русского уголовного процесса*. Москва.
35. Садюкова, У.В.О. (2010). „Понятиях 'руководитель следственного органа' и 'руководительвышестоящего следственного органа' по УПК РФ“. *Российский следователь*, № 16, 38.
36. Садюкова, У.В., Ушаков, А. Ю. (2016). „Исторический очерк возникновения и развития полномочий руководителя следственного органа“. *Государство и право в изменяющемся мире: материалы научно-практической конференции*. Н. Новгород, 5 марта 2015: Сборник материалов. 1194–1202.
37. Собянин, А.А., Суховольский, В. Т. (1995). *Демократия, ограниченная фальсификациями: Выборы и референдумы в России в 1991–1993 гг*, Москва, Изд-во ИНТУ.
38. Томин, В.Т. (1991). *Острые углы уголовного судопроизводства*. Москва: Юридическая литература, 127.
39. Усачев, А.А. [и др.] (2020). *Уголовный процесс. Практикум: учебное пособие для вузов*. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Издательство Юрайт, Текст: электронный // ЭБС Юрайт [сайт]. URL: .
40. Шабунин, В.А. (2011). „Некоторые вопросы правовых отношений руководителя следственного органа и следователя в связи с осуществлением ведомственного процессуального контроля“, *Российский следователь*, № 21, 14.
41. Шадрин, В.С. (1994). „Обеспечение прав личности и предварительное расследование в уголовномпроцессе“, *Государство и право*, № 4, 100.
42. Шейфер, С.А. (2009). „Реформа предварительного следствия: правовой статус и взаимоотношения прокурора и руководителя следственного органа“, *Государство и право*, № 4, 52.
43. Шейфер, С.А. (2013). *Досудебное производство в России: этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти*. Москва: Норма, ИПФРА-М, 109.
44. Чечулин, Я. В. (2013). „О полномочиях руководителя следственного органа в стадии возбуждения уголовного дела“, *Российский следователь*, № 21, 25–29.

Academician prof. dr Miodrag N. Simović⁵

PARTICIPANTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE RUSSIAN FEDERATION

Abstract: *Participants in criminal proceedings in the Russian Federation are all entities that have certain powers to fulfill the purpose of criminal proceedings (court, judge, prosecutor, investigator, etc.), entities that protect their own or represented rights and legitimate interests (suspect, accused, defense attorney, representative), as well as other entities that assist in the performance of procedural actions or confirm them (specialist, expert, witness, etc.). They exercise their powers and rights only in legally regulated relationships.*

A general definition of participants in criminal proceedings is not sufficient to characterize the procedural purpose of the authorizations and rights of each of them. Therefore, all participants in the criminal procedure are divided into several groups (chapters 5-8, part II of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation), the very name of which determines their content and target orientation of those included in a certain group. Here, “the court”, “participants in the criminal proceedings on the part of the prosecution”, “participants in the criminal proceedings on the part of the defense” and “other participants in the criminal proceedings” are singled out.

The separation of the court and the parties among the main participants in the proceedings is in the nature of the very subject matter of the criminal proceedings, the social conflict, for the resolution of which it is necessary to determine whether a criminal offense was committed, who committed it, the guilt of the accused, etc. The resolution of the dispute between the parties is entrusted to the court, which is a judicial body.

Key words: *participants in criminal proceedings, court, prosecutor, accused, Russian Federation.*

⁵ Full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full member of European Academy of Sciences and Arts, foreign member Russian Academy of Natural Sciences, full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, retired judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina
e-mail: msimovic@anubih.ba , <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>

НАЦРТ ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

Академик проф. др Станко Бејатовић¹

Сажетак: *Реформа кривичног процесног законодавства Републике Србије траје скоро двадесет и пет година. Бројне су карактеристике досадашњег рада на реформи. Међу њима две заслужују посебну пажњу. Прва је не само бројне измене и допуне ЗКП као кључног законског текста из сета кривичнопроцесног законодавства као целине већ и доношење три нова ЗКП од којих је један (ЗКП из 2006. год) престао да важи и пре неговог целовитог почетка примене што само по себи говори о сложености процеса реформе. Друга је стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка. С овим циљем досадашњи процес реформе донео је низ новина а једна од њих је не само озакоњење већ и стално ширење поља примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Ове две особености рада на реформи карактеришу и тренутно стање кривичног процесног законодавства Србије. Доказ исправности овакве једне констатације је чињеница да је Радна група образована од стране Министарства правде Републике Србије у јуну месецу прошле гдине сачинила Нацрт Закона о изменама и допунама важећег текста Законика о кривичном поступку са предложеним изменама и допунама преко 50% важећих*

¹ Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, председник Управног одбора Института за криминолошка и социјална истраживања и председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу

одредаба ЗКП. Не мали број новина тиче се поједностављених форми поступања у кривичним стварима што је још један од доказа колики се значај придаје истим. Овакав приступ Радне групе овој проблематици резултат је сасвим исправног става стручне јавности Србије према којем је пуна криминално-политичка оправданост нормирања и пракричне примене поједноставаљених форми поступања у кривичним стварима с тим да је неопходна другачија нормативна разрада одеђеног броја питања поједноставаљених форми поступања у кривичним стварима, а што се пре свега односи на његове кључне врсте-начело опортунитета кривичног гоњења, споразум о признању кривичног дела и скраћени кривични поступак.

Кључне речи: Поједностављене форме поступања, кривична ствар, начело опортунитета кривичног гоњења, споразум о признању кривичног дела, скраћени кривични поступак, рочиште за изрицање кривичне санкције, ЗКП.

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Реформа кривичног процесног законодавства Републике Србије траје скоро двадесет и пет година. Прецизније речено започета је доношењем Законика о кривичном поступку 2001. год.² и траје и даље. Најбољи доказ оправданости оваквог става је чињеница да је Министарство правде Републике Србије образовало Радну групу која је у јуну месецу прошле гдине сачинила Нацрт Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку са предложеним изменама и допунама преко 50% важећих одредаба ЗКП³. Бројне су карактеристике досадашњег рада на реформи. Међу њима две заслужују посебну пажњу. Прва је не само бројне измене и допуне ЗКП као кључног законског текста из сета кривичнопроцесног законодавства као целине већ и доношење три нова ЗКП од којих је један (ЗКП из 2006. год.⁴) престао да важи и пре његовог целовитог почетка примене што само по себи говори о сложености процеса реформе. Друга је стварање нормативне основе за

² ``Сл. лист СРЈ`` 70/2001, 68/2002 и ``Сл. гласник РС``, бр. 58/2004, 85/2005, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 и 76/2010

³ Види: Нацрт Закона о изменама и допунама ЗКП, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2024.

⁴ ``Сл. гласник РС``, бр. 46/2006

повећање ефикасности кривичног поступка. С овим циљем досадашњи процес реформе донео је низ новина а једна од значајнијих је не само озакоњење већ и стално ширење поља примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима што је још један од доказа колики се значај придаје истим. Овакав приступ Радне групе овој проблематици резултат је сасвим исправног става стручне јавности Србије према којем је пуна криминално-политичка оправданост нормирања и практичне примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима с тим да је неопходна другачија нормативна разрада одеђеног броја питања поједностављених форми поступања у кривичним стварима, што се пре свега односи на његове кључне врсте-начело опортунитета кривичног гоњења, споразум о признању кривичног дела и скраћени кривични поступак.

Заједнички именитељ оваквом приступу поједностављеним формама поступања у кривичним стварима је стварање нормативне основе за што ефикаснији кривични поступак у случајевима када то конкретна кривична ствар оправдава с обзиром на тежину кривичног дела, обим доказног материјала и држање лица коме се то кривично дело ставља на терет. Основ оправданости оваквог једног нормирања лежи у неспорној чињеници да је, и поред тога што су важни узроци још увек недовољне ефикасности кривичног поступка ван кривичног процесног законодавства, и нормативна основа један од веома важних фактора ефикасности кривичног поступка као целине. Управо полазећи од овога, једно од важнијих обележја савременог кривичног процесног законодавства уопште, а тиме и Србије јесте и истовремено, паралелно постојање једне опште, редовне форме кривичног поступка предвиђене као правила и све уочљивија појава поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Оправданост паралелног егзистирања више врста кривичних поступака у конкретном кривичном законодавству своју подлогу налази и у хетерогеној структури криминалитета – хетерогеној структури кривичних дела и њихових извршилаца. Поступак који је подесан за једну врсту кривичних дела и њихових извршилаца не мора бити, и по правилу није подесан и рационалан за другу врсту. Исто тако, униформан кривични поступак није у складу ни с релевантним међународним документима која гарантују право на суђење у разумном року. Односно, то није у складу ни с интересом окривљеног, који има право на ефикасан поступак, ни с општим интересом друштва као целине, будући да је циљ друштва ефикасна борба против криминалитета а то се засигурно не

може постићи униформним начином поступања у свим кривичним случајевима. Имајући у виду све ово, у савременом кривичном процесном праву и кривичном процесном законодавству које прати његове тенденције, могућности за повећање ефикасности кривичног поступка, посматрано с нормативног аспекта, траже се пре свега у увођењу посебних, скраћених, поједностављених облика поступања за одређене категорије кривичних дела.

Са сигурношћу се данас може констатовати да поједностављене, упрошћене форме поступања у кривичним стварима јесу један од изузетно важних инструмената ефикасности кривичног поступка⁵. Као такве, намењене су, по правилу, суђењу за једноставније кривичне случајеве (лакша и средња кривична дела). Ако се овоме дода и чињеница да управо ова група кривичних дела у укупној структури криминалитета заузима значајно место онда важност ових поступака још више добија на свом интензитету. Уз то, када се говори о криминално-политичкој оправданости ових поступака, нужно је имати у виду још једну чињеницу – да ови поступци својом практичном применом, путем растерећења судова, дају и директан допринос повећању квалитета-ефикасаности суђења за теже кривичне случајеве, јер судовима остаје више простора за теже, компликованије кривичне предмете⁶. Обзиром на све ово, не треба да чуди чињеница да кривичнопроцесно законодавство земаља највећег броја држава већ дуги низ година карактерише и вишеструкост поједностављених форми поступања у кривичним стварима.

Данас, када је нпр. реч о категорији окривљених пунолетних лица, поред традиционалне и релативно добро познате две форме поједностављених кривичних поступака (скраћеног кривичног поступка и поступка за изрицање судске опомене), јавља се и немали број других форми поједностављених кривичних поступака. Случај нпр. са споразумом о признању кривичног дела, начелом опортунитета кривичног гоњења, рочиштем за изрицање кривичне санкције, непосредном оптужницом и

⁵ Бркић, С., Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији, У: „Законодавни поступак и казнено законодавство“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 86.

⁶ 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, стр. 158.

сл⁷. Као такве, поједностављене форме поступања у кривичним стварима заснивају се на елементима везаним за кривичну ствар, стање доказног материјала и понашање – држање процесних субјеката и карактерише их мањи степен сложености процесне структуре у односу на општу форму поступања. Инструменти поједностављења процесне форме поступања су вишеструки и манифестују се у: изостављању појединих процесних фаза и стадијума, што зависи од конкретне форме поједностављења; скраћивању процесних рокова и деформализацији поступка (изостављању одређених формалности и гаранција).

Тенденције савремене науке кривичног процесног права и решења савременог компаративног кривичног процесног законодавства у вези с поједностављеним формама поступања у кривичним стварима нашле су, сасвим оправдано, своје место и у кривичном процесном законодавству Србије. Разлози за тако нешто су исти без обзира на то о којем законском тексту је реч. Циљ им је такође исти. То је стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка. Овакав приступ савременог кривичног процесног законодавства своју подлогу налази и у Резолуцији III Секције Међународног конгреса за кривично право, у којој се изричито наглашава да врста и природа кривичног дела треба да буду један од важних основа диференцирања процесне форме. Овом Резолуцијом се националним законодавствима, поред осталог, препоручује ``да предузму све мере које се делотворно односе на сузбијање ситног криминалитета с уравнотеженим односом средстава и циља уз прихватање различитих решења и поступака, као алтернативе за оне који се традиционално користе у кривичном правосуђу.``

Сходно овом елементу поједностављене форме поступања намењене су случајевима једноставнијег чињеничног стања, које с обзиром на своју једноставност упућује на лакоћу доказивања. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења и то тако да у тој диференцијацији основна права окривљеног представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. Поред овог, ту је још једна особеност поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Огледа се у мањем степену сложености процес-

⁷ Види: Бејатовић, С., и др. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима-регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС -а у Србији, Београд, 2013.

не структуре у односу на општу – редовну форму поступања али не на уштрб међународних аката и националним законодавством загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка која су и приликом оваквог начина решавања кривичне ствари у целости заштићена.

У циљу практичне реализације основне сврхе нормирања а потом и практичне примене ове категорије реакције на криминалитет у позитивном кривичном процесном законодавству Србије–њеном ЗКП нормирано је више -шест поједностављених форми поступања у кривичним стварима и свака од њих има своје специфичности-посебне особености.

2. Поједине поједностављене форме поступања у кривичним стварима

Као што је то већ констатовано у позитивном кривичном процесном законодавству Србије–њеном ЗКП нормирано шест поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Свака од њих и поред истог криминално-политичког циља нормирања има своје специфичности. Појединачно посматрано огледају се у следећем.

1. Начело опортунитета кривичног гоњења

Једна од кључних особености досадашњег процеса рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије када је реч о поједностављеним формама поступања у кривичним стварима је озакоњење начела опортунитета кривичног гоњења са његова два вида (условно одлагање кривичног гоњења и безусловни одбачај кривичне пријаве).⁸ Начело је озакоњено ЗКП из 2001. год. и након почетне резервисаности не само струке већ и јавности уопште начело је врло брзо постало општеприхваћен институт. Услед релативно брзе општеприхваћености института све законодавне интервенције након озакоњења начела, а било их је више⁹, шириле су нормативну основу за могућност његове шире

⁸ Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2019, стр. 134.

⁹ Види: Шкулић, М., Кривичнопроцесно законодавство и (не)адекватност државне реакције на криминалитет, У: „Измене у кривичном законодавству и статусу носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет (Међународни правни стандарди и стање у Србији“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019, стр. 49-72.

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 даље ширења поља његове могуће примене.¹⁰ Условно одлагање кривичног гоњења као кључни вид начела данас је могуће код свих кривичних дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до пет година а безусловни одбачај кривичне пријаве по основу нецелисходности предузимања кривичног гоњења као други вид начела опортунитета могућ је за кривична дела са прописаном казном затвора до три године.

Увођење начела опортунитета и код пунолетних учинилаца кривичних дела мотивисано је пре свега разлозима рационализације кривичног правосуђа и растерећења судова, посебно у односу на случајеве који повлаче мале казне, као и у односу на проблеме који настају услед других кривичних поступака.¹¹ Поред овог, један од разлога озакоњења начела опортунитета у кривичном поступку је и проналажење ефикаснијих и хуманијих мера социјалне и правне реакције према појединим учиниоцима кривичних дела. Наиме, пораст криминалитета и поврата указивали су на неуспех класичног ретрибутивног кривичног права и такве казнене политике, па се јавила потреба за увођењем нових, хуманијих мера лишених репресивних својстава.¹² Обзиром на ово, неспорно је да се начелом опортунитета кривичног гоњења као и бројним другим диверзионим -поједностављеним моделима поступања у кривичним стварима које је донео досадашњи процес реформе остварује сврха поједностављења кривичног поступка у складу са Препоруком бр.Р (87)18

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. 197.

¹¹ Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У: „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020, стр. 163.

¹² Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења као инструмент ефикасности државне реакције на криминалитет (Норма и пракса у Републици Србији), У: „Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022, стр. 43.

Комитета министара Савета Европе.¹³ Као такво начело опортунитета кривичног гоњења представља један од облика диверзионих поступака-поједностављених форми поступања у кривичним стварима којима се доприноси већој економичности, убрзању и поједностављењу рада кривичног правосуђа, растерећењем судова 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 овлашћеном тужиоцу да одлуку о предузимању кривичног гоњења донесе у складу са својом оценом о целисходности кривичног гоњења 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 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 опортунитета.``¹⁴ Но, иако замишљено као изузетак од начела легалитета као правила обзиром на то да пракса а и упоредно кривичнопроцесно законодавство показују да је број тих изузетака све већи, то се с правом поставља питање: Да ли ће у будућности начело опортунитета бити основно начело на коме се темељи уређење кривичне оптужбе или као изузетак од начела легалитета?

Важећи текст ЗКП Републике Србије познаје два вида начела опортунитета кривичног гоњења према пунолетним учиниоцима кривичних

¹³ Усвојена од стране Комитета министара Савета Европе на 410. седници одржаној 17. септембра 1987.

¹⁴ Одлука Уставног суда Србије, Уж. бр. 7951/2015 од 27.01.2022.

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 противном не само да тога нема већ примена начела неовисно од ова два циља представља и злоупотребу овлашћења субјеката који одлучују о томе-носилаца јавнотужилачке функције. Обзиром на ово, када је реч о циљевима примене начела опортунитета кривичног гоњења посматрано уопште неопходно је да јавни тужилац води рачуна и о захтеву правичности, начелу једнакости свих грађана пред законом, о принципу правне сигурности, односно моралном захтеву да окривљени буде кажњен, моралном задовољењу оштећених и могућношћу њиховог обештећења. У том смислу, од посебног значаја је концепт ресторативне правде која има за циљ успостављање равнотеже нарушене извршењем кривичног дела између друштвене заједнице, учиниоца и оштећеног.

Када је реч о овим општим напоменама о начелу опортунитета кривичног гоњења пажњу заслужују и две следеће чињенице:

Прво, у последњих десетак година у Србији се путем начела опортунитета кривичног гоњења решава око 20% свих кривичних случајева (око 20.000 кривичних предмета на годишњем нивоу);

Друго, кључни разлог повећања ефикасности кривичних поступака као целине у последњих десетак година је изнесени обим примене начела опортунитета кривичног гоњења -пре свега условног одагања кривичног гоњења. Најбољи доказ оваке једне констатације је чињеница да, и поред извесног напретка, класични кривични поступци 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 податак да је и не мали проценат (преко 5%) кривичних поступака који трају преко 5 година онда оваква једна констатација још више добија на свом значају.

Као што је то већ констатовано два су вида начела опортунитета кривичног гоњења. Кључни је одлагање кривичног гоњења.¹⁵ Његове основне карактеристике се огледају у следећем:

Прво, могућност његовог коришћења од стране јавног тужиоца може да постоји 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) овај вид начела опортунитета омогућава-даје право овлашћеном тужиоцу да у таквој ситуацији одлуку о кривичном гоњењу донесе у складу са оценом о целисходности кривичног гоњења у датом случају. Но, то не значи да јавни тужилац у случају његове примене 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 га примени јавни тужилац претходно мора да утврди да ли постоје законом прописани услови могућности његове примене, а то су: 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 казн 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, да ли се с обзиром на околности које се тичу кривичног дела и личности учиниоца, применом опортунитета може постићи сврха кажњавања из чл. 42. Кривичног законика (КЗ)¹⁶, дејство кривичног поступка на јавност, разлоге процесне економије и проблеме који настају услед других кривичних поступака, као и сразмерност трошкова кривичног поступка и очекиваних ефеката суђења и друге околности од значаја за правилну процену. Процена се врши анализом

¹⁵ Други вид је безуслован одбачај кривичне пријаве.Због ограниченог обима рада он није предмет анализе. (О овом виду начела опортунитета кривичног гоњења детаљније види: Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења, Институт за криминолошка и социолошка истраживања , Београд, 2019, стр, 236-284).

¹⁶ ``Сл. гласник РС`` бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104 /13, 108/14, 94/16 , 35/19 и 94/2024

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 испуњене 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 не-испуњења наложене обавезе (наложених обавеза);¹⁷

Друго, испуњењем предње наведених услова јавни тужилац може да се користи овим видом начела, може применити институт одлагања кривичног гоњења ако осумњичени прихвати једну или више од следећих обавеза: Да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; Да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне сврхе или друге јавне сврхе; Да обави одређени друштвенкорисни или хуманитарни рад; Да испуни доспеле обавезе издржавања; Да се подвргне одвицавању 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. У случају да је наложено више обавеза осумњиченом, што је законска могућност, оне могу бити одређене само кумулативно.

¹⁷ Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења као инструменат ефикасности државне реакције на криминалитет (Норма и пракса у Републици Србији), У: „Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022, стр. 52.

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;

Треће, једна од битнији особености овог вида начела опортунитета кривичног гоњења је и рок за извршење наложене обавезе-наложених обавеза. Рок не може бити дужи од годину дана и конкретизује се, као и начин извршења наложене обавезе, у наредби о одлагању кривичног гоњења. Када је реч о року испуњења наложене обавезе-наложених обавеза посебно треба имати у виду чињеницу да за постизање сврхе одлагања кривичног гоњења није довољно само правилно одабрати обавезу и начин њеног извршења, већ и рок извршења. Неоправдано дуг рок извршења може обисмислити правилно одабрану обавезу. 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 природу обавезе, осумњиченом треба наложити једнократно извршење обавезе у року који не треба да буде дужи од шест месеци што посебно треба да буде пракса код обавеза имовинског карактера. Рок за извршење обавезе-обавеза одређен у наредби о одлагању кривичног гоњења јавни тужилац може изузетно продужити само уколико утврди да осумњичени, из ванредних и оправданих разлога, разлога који су ван његове воље или његових могућности, не може да изврши у подпуности наложену обавезу (болест, отказ на послу и сл.). Међутим, и у таквим случајевима продужење рока је могуће само у оквири максимално одређеног рока од годину дана;

Четврто, по истеку рока за испуњење наложене обавезе-наложених обавеза, а по потреби и раније, јавни тужилац проверава да ли је осумњичени испунио обавезу-обавезе из наредбе о одлагању кривичног гоњења и ако утврди да је осумњичени поступио по налогу из наредбе о одлагању кривичног гоњења на начин и у року како је то наредбом одређено, доноси решење о одбацивању кривичне пријаве у смислу чл. 283. ст.3. ЗКП и тиме се предметна кривична стваре сматра решеном јер оштећени нема право улагања приговора нити било ког другог правног средства с циљем побијања овако донесеног решења јавног тужиоца;

Пето, на крају када је реч о начелу опортунитета кривичног гоњења и то без обзира о којем његовом виду је реч ту је неизоставно је и пи-

тање: Да ли начело *ne bis in idem* има или не апсолутно дејство у случајевима када је јавни тужилац решењем одбацио кривичну пријаву по основу начела опортунитета (и једног и другог његовог вида), тј.чл. 283 и 284. ст. 3. ЗКП? Односно питање: Да ли се овако донетом одлуком јавног тужиоца кривична ствар сматра пресуђеном (*res judicata*) и да ли се у овом случају може применити начело *ne bis in idem* - Да ли оно има апсолутно дејство у случајевима оваквог начина решавања кривичне ствари? Реч је 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, за примену начела опортунитета уопште потребно да се испуне четири законом прописана услова и два циља и да се одлука у случају примене оба вида начела опортунитета доноси у форми решења о одбацивању кривичне пријаве, против којег није дозвољен приговор из чл. 51. ст. 2. ЗКП нити било које друго правно средство за преиспитивање тако донесеног решења. Треће, ту је и чињеница значајног обима коришћења начела опортунитета кривичног гоњења у јавнотужилачкој пракси у Републици Србији. У вези са овако постављеним питањем треба пре свега узети у обзир чињеницу да законодавац, у односу на решење о одбацивању кривичне пријаве, прописује могућност подношења приговора као правног средства, изузев у случају када је решење о одбацивању кривичне пријаве донето применом оба вида начела опортунитета тако што изричито наводи да се у овим случајевима одредба чл. 51. ст. 2. ЗКП неће примењивати. Законодавац не прописује ни могућност улагања жалбе као правног лека, ни било ког другог правног средства против ове одлуке јавног тужиоца с циљем њеног евентуалног преиспитивања.

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 детаљнија анализа саджине 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.¹⁸ Даље, ту је и одредба чл. 275. ЗКП којом је прописано да пресуда постаје правноснажна када се више не може побијати жалбом или када жалба није дозвољена, а постаје извршна од дана достављања, ако за извршење не постоје законске сметње. 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 не бис ин идем.¹⁹

Начело *ne bis in idem* у оваквим кривичним случајевима има апсолутно дејство. На овом становишту стоји и Врховни касациони суд у своје три пресуде.²⁰ као и Суд 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

¹⁸ Шкулић М., Начело *ne bis in idem* у казненом законодавству Републике Србије, У: „Начело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр. 87.

¹⁹ 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 сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр. 175.

²⁰ То су: Пресуда Прзз бр. 18/2016 (22.12.2016); Пресуда Кзз. бр. 466/2019 (8.05.2019.) и Пресуда Кзз. бр. 66/2020 (30.01.2020)

састава казненог правосуђа.²¹Обзиром на све ово, а у циљу отклањања дилема и даље присутних и у кривичноправној теорији и пракси по овом питању Нацрт Закона о изменама и допунама ЗКП.у чл. 107.ст.7. и чл. 110.ст.2. тј. и код једног и код другог вида начела опортунитета кривичног гоњења сасвим оправдано изричито прописује да се ``Осумњичени у односу на којег је кривична пријава одбачена по овом основу не може поново гонити за кривично дело за које је донето решење о одбацивању кривичне пријаве.``

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 пунолетних учинилаца кривичних дела. Међутим то ни у ком случају не значи да је став струке да ништа не треба мењати по овом питању. Насупрот. Присутна су, чини се сасвим оправдано, и одређена залагања за нешто другачији начин нормирања појединих питања начела с циљем како његове што адекватније примене тако и што 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.²²

За примену одлагања кривичног гоњења сада се не тражи сагласност суда што је оправдано, али је неопходна контрола одлуке јавног тужиоца у његовој примени и треба је обезбедити што сада није случај. На примјер, путем могућности преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег јавног тужиоца, што је иначе углавном присутно ре-

²¹ Билтен Врховног касационог суда, бр. 2/2021, стр. 49.

²² Бејатовић С., „Жртва кривичног дела и кривичноправни имнструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавста, примена 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. 36.

шеће у компаративном кривичном процесном законодавству²³. 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 опортунитета 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 причећену штету као обавезног услова могућности одлагања кривичног гоњења. Уз ово, чине се оправданим и залагања за ширење броја могућих обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења. Случај нпр. са обавезом осумњиченог да положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс. Затим, чини се оправданим и питање зашто се обавезивање осумњиченог да се подвргне психосоцијалном третману ограничава само на отклањање узрока насилничког понашања и сл.

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

²³ Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У: „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020, стр. 168.

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.²⁴ Све ово само по себи говори и о степену значаја који се у Републику Србију придаје оваквом начину решавања кривичних ствари и настојању да примена начела буде у складу са криминално-политичким разлозима који га оправдавају и што уједначенија на целом простору Републике Србије.

Предње изнесена залагања већинског дела стручне јавности Србије по питањима нормативне разраде овог начина решавања кривичне ствари на жалост само су делимично узета у обзир у Нацрту Закона о изменама и допунама ЗКП. Три су кључне новине Нацрта Закона по овим питањима. Прва се тиче прописивања да је јавни тужилац обавезан да пре примене начела опортунитета прибави мишљење оштећеног. Друга је највећа и односе се на проширење материјалних услова за примену опортунитета. Предложено је да се може одложити кривично гоњење за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година и новчана казна, као и за кривична дела за која је законом прописано обавезно изрицање мере безбедности уз наведене казне, ако се нађе да не би било у јавном интересу вођење кривичног поступка. Треће, формално је дефинисано начело *ne bis in idem* у погледу кривичне пријаве која одбачена према начелу опортунитета у његовом условљеном облику. Тј. изричито је предложено да у оваквим процесним ситуацијама начело *ne bis in idem* има апсолутно дејство-осумњичени у односу на којег је кривична пријава одбачена по овом основу не може се поново гонити за кривично дело за које је донето решење о одбацивању кривичне пријаве²⁵. Остаје нада да ће у изради Предлога Закона бити узете у

²⁴ Види: Бејатовић, С., и др. Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења (Треће измењено и допуњено издање, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022)

²⁵ Види чл. 107. Нацрта Закона о изменама и допунама ЗКП, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2024.

обзир предње изнесени ставови већинског дела стручне јавности и да ће овај вид начела бити нормативно разрађен у складу са предње изнесеним предлозима.

2. Споразум о признању кривичног дела

Једна од важнијих новина које је донео досадашњи рад на реформи кривичног процесног законодавства Србије је озакоњење института споразума о признању кривичног дела. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривљеног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка Закон о изменама и допунама ЗКП Србије из 2009.год.²⁶ доноси његово озакоњење као једне од доминантних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима уопште. Озакоњење споразума резултат је готово јединственог става стручне јавности о споразуму као веома важном и корисном инструменту повећања ефикасности борбе против криминалитета уопште. Обзиром на ово, сасвим је оправдано његово озакоњење и у кривичном процесном законодавству Србије. Међутим, још и пре његовог озакоњења као и у каснијем процесу рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије, критички је указивано, чини се не без основа, на нека питања његове нормативне разраде.

Није мали број питања о којима се у стручној јавности Србије водила, а и даље се води, дискусија око начина њиховог решавања. Међу бројним питањима када је реч о споразуму посебно се истичу она која се тичу видова споразумевања процесних субјеката, могућег обима њихове примене (да ли за сва или само за одређена, лакша кривична дела дати могућност примене института), садржаја текста споразума, врсте и износа кривичне санкције у закљученом споразуму, месту и улози лица оштећеног кривичним делом у поступку закључења споразума и сл.²⁷

²⁶ Види: Шкулић, М., Споразум о признању кривице, Правни факултет, Београд, 2009.

²⁷ Бејатовић, С., „Жртва кривичног дела и кривичноправни имнструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавста, примена 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. 39.

Међутим, ниједна стручна расправа није доводила нити доводи у питање пуну криминално-политичку оправданост института. Напротив. За релативно кратко време постојања институт је показао своју пуну криминално-политичку оправданост и све интервенције и залагања иду у правцу изналагања решења за његову што адекватнију примену, уз предвиђање механизма који спречавају његову евентуалну злоупотребу и доприносе његовој што уједначенијој примени на целом простору Републике Србије. Као резултат оваквог става струке ЗКП РС из 2011. године, предвиђа могућност изузетно широке примене споразума. Према овом законском тексту основне карактеристике овог вида поједностављеног поступања у кривичним стварима огледају се у следећем:

Прво, промењен је назив овог вида поједностављеног поступања. Уместо назива ``Споразум о признању кривице узет је назив ``Споразум о признању кривичног дела``. Овакво решење је исправније и у складу је с концепцијом појма кривичног дела из чл. 14. ст. 1. КЗ РС према којој је кривица саставни, битан елемент кривичног дела;²⁸

Друго, уместо нормативно ограничене могућности примене (за кривично дело или кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора до 12 година) предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела;

Треће, одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тога прописано је само ``да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу с кривичним или другим законом``. Овакво решење је супротно решењу из ЗКП од 2009. год., у којем је предвиђено да ``казна по правилу не може бити испод законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет``; Уз ово, када је реч о санкцији, обавезан елемент споразума је и ``споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције``.

Четврто, прецизирани су процесни тренуци могућности закључења споразума (Споразум о признању кривичног дела јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до изјашњења оптуженог о оптужби на главном претресу);

²⁸ Стојановић, З., Коментар Кривичног законика, ЈП ``Сл. гласник``, Београд, 2024, стр. 134.

Пето, право предлагања закључења споразума припада искључиво јавном тужиоцу и окривљеном, односно његовом браниоцу. Јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума, односно окривљени и његов бранилац могу јавном тужиоцу предложити закључење споразума. Након упућивања предлога о закључењу споразума, странке и бранилац могу преговарати о условима признања кривичног дела које се окривљеном ставља на терет. Суд нема никаква права у погледу иницијативе, нити у погледу процеса преговарања и закључивања споразума;

Шесто, одлука о споразуму о признању кривичног дела доноси се на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. О рочишту се чак и не обавештава оштећени. Функционална надлежност суда за одлучивање о споразуму зависна је од процесног тренутка подношења споразума суду. Сходно овом критеријуму ``О споразуму о признању кривичног дела одлучује судија за претходни поступак, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице – председник већа`` (чл. 315 ст. 1. ЗКП).

Када је реч о одлуци суда о понуђеном тексту споразума оне су троструке. То су: одбацивање, прихватање или одбијање споразума. Рочиште на којем се одлучује о споразуму држи се без присуства јавности;

Седмо, пресуду о прихватању споразума о признању кривичног дела и оглашавању окривљеног кривим суд ће изрећи ако утврди: да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе; да је окривљени свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума; да постоје и други докази који нису у супротности с признањем окривљеног да је учино кривично дело; да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум, предложена у складу са кривичним или другим законом. У случају да није испуњен један или више од ових услова, као и у случају када постоје разлози за обуставу поступка суд ће донети образложено решење којим се споразум о признању кривичног дела одбија. У таквом случају признање окривљеног дато у споразуму не може бити доказ у кривичном поступку. По правноснажности овако донесеног решења, споразум и сви списи који су са њим повезани уништавају се пред судом, о чему се саставља записник, а судија који је донео решење не може учествовати у даљем поступку;

Осмо, споразумом о признању кривичног дела окривљени се може обавезати на испуњење обавеза под којима јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да природа обавезе омогућава да се започне с њеним извршењем пре подношења споразума суду;

Девето, против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Сходно чл. 319. ст. 3 ЗКП, против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу, у року од осам дана од дана достављања пресуде, изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак по испитивању оптужнице обуставља у смислу чл. 338. ст. 1. као и у случају да се пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела. Насупрот овом, против решења којим се споразум о признању кривичног дела одбацује или одбија, жалба није дозвољена. На крају ту је и обавезност одбране од почетка преговора с јавним тужиоцем о закључењу споразума па до доношења одлуке суда о споразуму.

Не упуштајући се у приказ других одредаба ЗКП о споразуму, чини се да се поједине од наведених и не само наведених одредаба којима је нормативно разрађен споразум у ЗКП озбиљно могу ставити под знак питања. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, бар не у потребној мери, узети у обзир преовлађујући ставови наше, и не само наше, стручне јавности о овој врсти поједностављеног поступања у кривичним стварима. Подсећања ради, треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште.²⁹ Став аутора јесте пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела. Међутим, оправдано се може ставити под знак питања не мали број решења његове нормативне разраде у тексту важећег ЗКП. Примера ради наводимо само најдискутабилније:

Прво, иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, преовлађујуће мишљење да споразум о признавању кривице (кривичног дела) треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега

²⁹ Види: Бејатовић, С. и др., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017.

код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и с другим формама поједностављеног поступања у кривичним стварима. У савременом кривичном процесном законодавству поједностављене форме поступања у кривичним стварима намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности, што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим, а посебно о најтежим кривичним делима.

Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјеката представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. Обзиром на ово чине се оправданим ставови да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању. Ако се овоме дода и чињеница да ЗКП, начелно посматрано, сасвим оправдано, предвиђа и још две додатне форме споразумевања јавног тужиоца и окривљеног (споразум о сведочењу окривљеног и споразум о сведочењу осуђеног) као инструменте откривања и доказивања најтежих кривичних дела, онда изнесени став још више добија на својој оправданости;³⁰

Друго, решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела такође може да се озбиљно доведе у питање. Поред изнесених аргумената који говоре и у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања, треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага – зашто не рећи и најблажа – кривична санкција, што је могуће претпоставити, а што би било у складу са чл. 321 ст. 1 тач. 3 ЗКП? Став је аутора да коментар није потребан;

³⁰ Дајановић, К., Споразум о прознању кривичног дела-искуства примене, У: „Казнена политика и адекватност реакције на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2024, стр. 453.

Треће, мора се поставити и питање адекватности заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај чак и погоршан у односу на предходни ЗКП. Примера ради, наводимо само две чињенице. Прво, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. Друго, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, ЗКП не даје инструменте путем којих оштећено лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела;

Четврто, обавезан елемент текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције. Обзиром на овакву формулацију може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр., казна од три до пет година затвора), а да се суду препустити да у оквиру ``договореног распона`` изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Оваква могућност пре свега није у складу с одредбом чл. 317, по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови. Обзиром на ово поставља се питање: Како суд може прихватити споразум у којем је у погледу кривичне санкције договорен само распон казне? Која се казна у таквим случајевима изриче у осуђујућој пресуди?

Поред овог, ако се прихвати (а то је могуће према чл. 314 ст. 1 тач. 3. ЗКП) да суд у случајевима када је у споразуму договорен само распон казне може слободно изрећи било коју меру казне у оквиру ``договореног распона``, онда се мора поставити питање: Како суд може изрећи било коју казну, тј. одредити меру одређене врсте казне ако уопште није изводио доказе који се тичу прописаних околности као параметара одмеравања казне? Уместо било каквог коментара мишљења аутора рада је да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења³¹ желела предвидети могућност да се странке договоре само о распону казне, а да се суду препустити да, у случају прихватања споразума, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда

³¹ Види: Николић, Д., Споразум о признању кривице, ЈП ``Службени гласник``, Београд, 2009.

да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне;³²

Пето, када је реч о споразуму о признавању кривичног дела, једно од решења ЗКП које се озбиљно може ставити под знак питања, јесте и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог решења. Међу њима посебан значај имају три. Прво, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат своје примене има ефикасности кривични поступак. Да ли се оваквим једним решењем то постиже? Сигурно не. Напротив, доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. Друго, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање већ могу и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму, пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у вези с овим мора се поставити питање: Да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично дело, да је наступила застарелост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324. ЗКП? Или, да ли се сме и замислити да тужилац с окривљеним понуди текст споразума а да не зна да ли се ради о кривичном делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе на околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту, а зна у тако кратком интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових, ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању споразума;

Имајући у виду предње изнесене аргументе чини се сасавим оправдана дискутабилност анализираних решења нормативне разраде института споразума о признању кривичног дела. Услед овог једно од питања које

³² 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, 2012, стр. 37.

се неизосатавно мора посатавити у тренутку када имамо јавно објављени Нацрт Закона изменама и допунама Законика о кривичном поступку је питање: Да ли су предње изнесени као и неки други ставови струке по питању важећих решења споразума о признању кривичног дела узети у обзир у раду на изради Нацрта Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку или не? Иоле озбиљнија анализа понуђених решења у Нацрту Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку говори да не. Доказ исправности овакве једне констатације је чињеница да осим правно-техничког усаглашавања одредби са предложеним изменама других чланова ЗКП (случај нпр. да уместо наредне о спровођењу истраге сада имамо донесено решење о спровођењу истраге као први процесни тренутак могућности закључења споразума о признању кривичног дела) предложене су само две новине у нормирању ове форме поједностављеног поступања у кривичним стварима.

Прва се тиче прецизирања садржаја споразума тако што се прецизира да споразум мора садржати и споразум о врсти и мери казне или о другој кривичној санкцији, о начину извршења казне или о јединственој казни за кривична дела у стицају. На овај начин, по ставу предлагача, треба да се отклони неуједначено поступање у пракси и реше дилеме око тога да ли је јавни тужилац овлашћен да преговара око изрицања јединствене казне и око начина извршења казне затвора.

Друго предлаже се увођење жалбе против решења којим се споразум о признању кривичног дела одбацује или одбија. Титулари права на изјацљивање жалбе су јавни тужилац, окривљени и бранилац и они овим својим правом могу да се користе у року од осам дана од дана достављања решења.³³ Обзиром на све предње изнесено чини се сасвим оправданим став да би у завршној фази рада на овом законском пројекту требало посветити далеко већу пажњу ставовима струке у нормативној разради споразума о признању кривичног дела као изузетно важној форми поједноствљеног решавања кривичне ствари. Ово тим пре што се у Републици Србији значајан број кривичних случајева (око 4% свих пријављених кривичних дела) кривична ствар се решава путем споразума, односно око 13 % укупног броја оптужења. У случају уважавања оваквог једног става посебну пажњу би требало посветити статусу оштећеног лица у поступку преговарања и закључења споразума о признању кривичног дела.

³³ Чл. 135-137. Нацрта Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку

2.3. *Скраћени кривични поступак*

Традиционални вид поједностављеног поступања у кривичним стварима не само у Републици Србији већи уопште у кривичном процесном законодавству, је скраћени кривични поступак.³⁴ Посматрано у односу на редовни кривични поступак ова форма поједностављења кривичног поступка има низ особености, како по питању своје архитектонике тако и по питању модификовања појединих института из општег редовног кривичног поступка. Међутим ни једна од њих не угрожава кључни циљ вођења кривичног поступка у конкретрној кривичној ствари као и уопште а то је законито решење кривичне ствари. Насупрот. Обезбеђује се законито решење кривичне ствари у реалативно краћем временском интервалу и са мањим утрешком ресурса (правосудних и финансијских) у кривичном поступку.

Када је реч о овом виду поједностављеног поступања у кривичним стварима у процесу реформе кривичнопроцесног законодавства Србије пада у очи пре свега једна његова особеност. То је стално ширење поља његове примене. Тако нпр. према ЗКП из 2001. год. одредбе о скраћеном кривичном поступку ``примењују се у поступцима за кривична дела за која је као главна прописана новчана казна или затвор до три године.`` Изменама и допунама овог законског текста из 2004. године председник већа, на предлог овлашћеног тужиоца и уз изричит пристапак окривљеног, могао је одобрити примену одредаба о скраћеном кривичном поступку које се односе на главни претрес, пресуду и поступак по жалби и на кривична дела за које је прописана казна затвора до пет година. Оваква условна могућност примене одредаба о скраћеном кривичном поступку и на кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању од три до пет година била је предмет оштре критике и сматрало се да није у функцији ефикасног кривичног поступка.³⁵ Управо имајући у виду ово, Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. године проширена је примена одредаба овог поступка на сва кривична дела за која је прописана казна

³⁴ Види: Бејатовић, С., и др. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима-регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС -а у Србији, Београд, 2013.

³⁵ Шћепановић, Б., Поједностаљене форме поступања у кривичним стварима и предстојеће измене и допуне Законика о кривичном поступку, У: „Казнена политика и адекватност реакције на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2024, стр. 374.

до пет година затвора, и то без претходног испуњења предње наведених услова. На овоме се није стало. ЗКП из 2011. год. даље шири поље примене одредаба о скраћеном кривичном поступку. Према овом законском тексту одредбе о скраћеном кривичном поступку примењују се за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до осам година, и то без обзира на то о којим поступцима се ради. Штавише, предвиђена је примена ових одредаба и у поступцима за кривична дела који се воде пред посебним одељењима надлежног суда- иза кривична дела организованог криминалитета и друга тешка кривична дела на која се примењују посебне доказне радње.³⁶ Овакав један тренд настављен је и у текућем раду на изменама и допунама ЗКП. Нацрт Закона о изменама и допунама ЗКП предвиђа даље ширење поља примене ове форме поступања у кривичним стварима прописујући да се његове одредбе примењују и за кривична дела која се гоне по приватној тужби, без обзира на запрећену казну што у важећем тексту ЗКП није изричито предвиђено.

Процес ширења примене одредаба о скраћеном кривичном поступку је за поздравити. Оваквим решењима кривични поступци постају ефикаснији, а тиме и јефтинији, при чему то истовремено није на уштрб законитости решења конкретне кривичне ствари нити међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног лица. Ово свакако под условом да су његове одредбе разрађене у складу с његовом природом, што се не би могло рећи када је реч о важећем тексту ЗКП. Два су решења овог законског текста која говоре у прилог исправности овакве једне констатације. Прво се тиче примене ових одредаба и у поступцима за кривична дела за која се воде кривични поступци пред посебним одељењима надлежног суда-и за кривична дела организованог криминалитета и друга тешка кривична дела на која се примењују посебне доказне радње, а друго је искључење његове примене на све кривичне случајеве који се воде по приватној тужби.

Ова два решења скраћеног кривичног поступка предмет су, саавим оправдане критике стручне јавности Србије и она почивају на аргумену непостојања криминално-политичких разлога за дозвољавање могућности вођења редовног кривичног поступка у случајевима кривичних дела за која се кривично гоњење предузима по приватној тужби. Односно, ту је и неспојивост могућности примене одредаба о скраћеном кри-

³⁶ Види чл. 162. ЗКП

вичном поступку у поступцима који се воде пред посебним одељењима надлежног суда због њихове природе и сврхе постојања. Уважавајући став струке Нацрт Закона о изменама и допунама ЗКП предвиђа четири новине код ове форме поједностављеног поступања у кривичним стварима. Њима се открлањају постојеће нелогичности у нормирању скарашеног кривичног поступка и ствара нормативна основа за повећање степена његове ефикасности-законито решења предметне кривичне ствари у разумном року (у функцији је обезбеђења суђења у разумном року као међународног правног стандарда).³⁷ Појединачно посматрано Нацрт Закона о изменама и допунама ЗКП предвиђа четири новине у нормативној разради скарашеног кривичног поступка. То су:

Прво, изричито се предвиђа да се одредбе о скарашеном кривичном поступку примењу и за кривична дела која се гоне по приватној тужби а да се за кривична дела организованог криминалитета као и друга тешка кривична дела -кривична дела на која се примењују посебне доказне радње неможе водити скарашени поступак;³⁸

Друго, мења се процени трнутак могућности подношења приговора месне ненадлежности. Предлаже се, чини се сасвим оравдано да приговор месне ненадлежности странке могу поднети најкасније до почетка главног претреса а не до заказивања главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције као што је то садашње решење по овом питању;³⁹

Треће, адекватније се прцизирају разлози могућности одређивања притвора окривљеном после изрицања првостепенe пресуде и конкретизује се функционална надлжност суда за одлучивање о притвору. Према чл. 205. Нацрта Закона о изменама и допунама ЗКП ``Притвор се може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело ако постоји неки од разлога из чл. 211. став 1. тач. 1- до 3. ЗКП или ако је окривљеном изречена казна затвора од пет година

³⁷ Ђурђић, В., Нормативна основа ефикасности кривичног поступка Србије, У: „Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу - Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022, стр. 127.

³⁸ Чл. 203. Нацрта Закона о изменама и допунама ЗКП

³⁹ Према чл. 496. важећег ЗКП тај процесни тренутак је заказивање главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције. После ових процесних тренутака суд се неможе огласити месно ненадлежним нити странке могу истицати приговор месне ненадлежности.

или тежа казна, а начин извршења, околности у којима је дело учињено или тежина последице кривичног дела то оправдава'', а одлучивање о притвору стављено је у функционалну надлежност судије за претходни поступак;

Четврто, ту је и предлог који треба да обезбеди суђење у разумном року и у кривичним стварима које се решавају у скраћеном кривичном поступку. Према истом ''Ако на главни претрес не дође бранилац који је уредно позван и не обавести суд о разлогу спречености чим је за тај разлог сазнао или ако бранилац без одобрења напусти главни претрес, судија ће позвати оптуженог да одмах узме другог браниоца, а ако оптужени то не учини, веће може одлучити да се главни претрес одржи и без присуства браниоца.''

4. Упућивање на поступак медијације

Један од посебних видова поједностављеног поступања у кривичним стварима је и упућивање на поступак медијације као надасве специфичне особености скраћеног кривичног поступка⁴⁰. Циљ озакоњења ове установе није ликвидирање једног судског предмета већ његово брже решавање и успостављање у будућности бољих односа међу странкама. За примену ове форме поједностављеног поступка у кривичним стварима неопходно је да се ради о кривичном делу за које се гони по приватној тужби. У таквим кривичним случајевима судија, пре одређивања главног претреса позива приватног тужиоца и окривљеног да одређеног дана дођу у суд ради упознавања са могућношћу упућивања на поступак медијације. Окривљеном се уз позив доставља и препис приватне тужбе. Даљње поступање суда у таквој процесној ситуацији зависно је од прихватања – неприхватања упућивања на поступак мирења. У случају да у поступку дође до измирења приватног тужиоца и окривљеног и намирења имовинскоправног захтева, приватна тужба се сматра повученом и судија доноси решење о одбијању приватне тужбе, а у случају неуспешног окончања поступка медијације, судија по пријему обавештења о томе одређује главни претрес. Насупрот овом у случају да приватни тужилац

⁴⁰ Бугарски, Т., Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у- Скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције, У: „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 219.

и окривљени не прихвате поступак медијације, судија ће узети изјаве од њих и позвати их да ставе своје предлоге у погледу прибављања доказа, при чему морају означити које би се чињенице имале доказати и којим од предложених доказа. Ако судија сматра да није потребно прибављање доказа, а не постоје неки други разлози за посебно заказивање главног претреса, може одмах донети решење да се главни претрес одржи и по завршетку главног претреса донети одлуку о приватној тужби. На овакву могућност поступања ће се посебно упозорити приватни тужилац и окривљени приликом достављања позива.

Уз изнесено још су две особености овог поступка и оне су везане за недолазак странака ради упућивања на поступак медијације. Ако се приватни тужилац не одазове на уредно достављен позив судије, а изостанак не оправда, решењем ће судија одбити приватну тужбу. Са друге стране ако се окривљени не одазове на уредан позив судије или му се позив није могао уручити због непријављивања суду промене адресе пребивалишта или боравишта, судија ће одредити главни претрес.⁴¹

2.Рочиште за изрицање кривичне санкције

Једна од важних новина када је реч о поједностављеним формама решавања кривичне ствари које је донео већ ЗКП из 2001. год. јесте и предвиђање два посебна поступка за изрицање кривичних санкција без главног претреса, Основна карактеристика ових поступака јесте изостављање главног претреса, што их чини краћим и ефикаснијим и од скраћеног кривичног поступка. Иначе, на оправдано озакоњење оваквих поступака и у нашем кривичном процесном законодавству утицала су како слична решења у компаративном кривичнопроцесном законодавству тако и ставови кривичноправне науке уопште по овом питању.⁴²

У ЗКП из 2011.год. предвиђен је, за разлику од предходног ЗКП који је познавао два поступка за изрицање кривичних санкција без главног претреса (Поступак за кажњавање пре главног претреса и Поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије)

⁴¹ Види чл. 505. ЗКП

⁴² Види: Бугарски, Т., Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у- Скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције, У: „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 223.

само један поступак овог карактера, стим да је дошло до поља ширења његове могуће примене и увођења ограниченог обима расправности у изјашњавању странака о конкретним околностима случаја. Основна карактеристика овог поступка огледа се у могућности изрицања кривичне санкције и без одржавања главног претреса, чиме се доприноси да кривични поступак буде ефикаснији, уз истовремену заштиту права окривљеног. Полазећи од ова два захтева, законодавац је предвидео под којим условима се може донети осуђујућа пресуда без одржавања главног претреса.

То су следећи услови: Прво, да се ради о кривичним делима за која се може изрећи као главна казна новчана казна или казна затвора до пет година (чл. 512.ст. 1.ЗКП); Друго, да постоји захтев јавног тужиоца за одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције, а он се може ставити ако јавни тужилац сматра да на основу сложености предмета и прикупљених доказа, а нарочито услед хапшења окривљеног при извршењу кривичног дела или признања да је учинио кривично дело, одржавање главног претреса није потребно (чл. 512.ст. 1 и 2.ЗКП); Треће, да се судија сложи са захтевом јавног тужиоца и закаже рочиште за изрицање кривичне санкције. Судија ће овако поступити ако утврди основаност оптужног предлога и да је захтев за одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције поднет у складу са условима прдвиђеним за могућност његовог подношења (чл. 513.ст. 1 и 2.ЗКП). У таквом случају судија наредбом одређује дан, час и место одржавања рочишта, и рочиште се одржава у року од 15 дана од дана доношења наредбе .

На рочиште се позивају странке и бранилац, а уз позив се оптуженом и његовом браниоцу доставља и оптужни предлог. У позиву се оптужени упозорава да се у случају његовог недоласка ако је уредно обавештен или, када одбрана није обавезна, недоласка браниоца на рочиште, рочиште има одржати. Позив оптуженом мора се доставити тако да између дана достављања позива и дана одржавања рочишта остане најмање пет дана (чл. 515. ст. 1-3. ЗКП);

Друга могућа одлука судије по уложеном захтеву тужиоца за одржавање рочишта је одређивање главног претреса. Суд ће овако поступити у три случаја: Ако се захтев не односи на кривично дело за које је могуће одржавање рочишта; Ако је у захтеву предложено изрицање казне или кривичне санкције која није допуштена, односно ако сложеност предмета и прикупљени докази указују на потребу одржавања главног претреса . Констатовањем постојања неког од ових случајева судија

наредбом одређује дан, час и место одржавања главног претреса, и уз позив на главни претрес судија окривљеном и његовом браниоцу доставља препис оптужног предлога, без захтева за одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције (чл. 514. ст. 1 и 2. ЗКП).

Законодавац је предвидео и које се казне, односно мере, могу предложити у захтеву за одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције., што је у зависности од врсте и износа прописане кривичне санкције. Сходно овом јавни тужилац може предложити суду да окривљеном изрекне: казну затвора у трајању до две године, новчану казну до двеста четрдесет дневних износа односно до петсто хиљада динара или условну осуду са утврђивањем казне затвора до једне године или новчане казне до стоосамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара и временом проверавања до пет година - ако је окривљени признао да је учинио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година; односно казну затвора у трајању до једне године, новчану казну до стоосамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара, казну рада у јавном интересу до двеста четрдесет часова, казну одузимања возачке дозволе у трајању до једне године, условну осуду са утврђивањем казне затвора до годину дана или новчане казне до стоосамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара и временом проверавања до три године, уз могућност стављања окривљеног под заштитни надзор или судску опомену - ако је окривљени признао да је учинио кривично дело за које је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до три године (чл. 512. ст. 3. ЗКП).

Посматрано са аспекта своје архитектонике рочиште за изрицање кривичне санкције почиње сажетим излагањем јавног тужиоца о доказима којима располаже и о врсти и мери кривичне санкције чије изрицање предлаже. Након тога судија позива оптуженог да се изјасни и упозорава га на последице саглашавања са наводима јавног тужиоца, а нарочито да не може поднети приговор и изјавити жалбу против првостепене пресуде (чл. 516. ст. 1 и 2. ЗКП).

Две су могуће одлуке суда по окончању рочишта (осуђујућа пресуда или наредба о одређивању главног претреса). Осуђујућа пресуда се доноси ако се оптужени: сагласио са предлогом јавног тужиоца изнетим на рочишту, као и ако се није одазвао на позив за рочиште. Пресуда се доставља стракама и браниоцу. Насупрот овом, ако се оптужени на рочишту није сагласио са предлогом јавног тужиоца или ако судија није прихватио предлог јавног тужиоца, судија наредбом одређује дан, час и место одржавања главног претреса (чл. 517. ст. 1 и 2. ЗКП).

Против пресуде оптужени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања поднети приговор. Поступање суда по истом је зависно од чињенице да ли је он благовремен и дозвољен. У случају да је поднесени приговор неблаговремен или недозвољен судија ће га решењем одбацити. У противном наредбом одређује дан, час и место одржавања главног претреса по оптужном предлогу јавног тужиоца. На главном претресу судија није везан за предлог јавног тужиоца у погледу врсте и мере кривичне санкције, нити забраном *reformatio in reus* (чл. 518. ст. 3). Супротно овом, у случају да против пресуде изречене на рочишту не буде поднет приговор она постаје правноснажна (чл. 518. ст. 5. ЗКП)

Извршена анализа питања везаних за поједностављене форме поступања у кривичним стварима у кривичном процесном законодавству Републике Србије показује њихову не само пуну криминално-политичку оправданост већ и све већу присутност (нормативну и практичну)- вишеструкост форми поједностављеног поступања у кривичним стварима, што и теорија и пракса поздрављају. Једном речју када је реч о овом аспекту предметне проблематике може се констатовати да кривично процесно законодавство Србије по овом питању, начелно посматрано, следи трендове присутне у релевантном компаративном кривичном процесном законодавству. Међутим, за разлику од овог његовог обележја, које се може оценити позитивним, то се не би могло рећи за конкретну разраду појединих видова поједностављеног поступања. Важећи текст ЗКП у нормативној разради немалог броја питања овог карактера није у складу с преовлађујућим ставовима струке. Случај нпр, са решењима о статусу оштећеног лица код споразума о признању кривичног дела и начела опортунитета кривичног гоњења. На жалост не мали број садашњих поприлично дисктабилних решења по овим питањима није узет у обзир ни у израду Нацрта Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку. Услед овог у наставку рада- у изради Предлога Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку потребно је узети у обзир већинско мишљење струке по овим питањима и тако и у кривичном процесном законодавству Србије питања поједностављених форми поступања у кривичним стварима да нормативно разради у складу с већинским залагањем струке што тренутно није случај. Жеља аутора овог рада је да и овај текст допринесе већем посвећивању пажње изнесеним ставовима струке по питањима адекватније нормативне разраде поједностављених форми поступања у предстојећем Закону о изменама и допунама Законика о кривичном поступку.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бркић, С., Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији, У: „Законодавни поступак и казно законодавство“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
2. Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје кривичног процесног законодавства земаља региона, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене)“, Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2017.
3. 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.
4. Бејатовић С., „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)“, У: „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)“, Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2020.
5. Бејатовић, С., и др. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2013)
6. Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења као инструмент ефикасности државне реакције на криминалитет (Норма и пракса у Републици Србији), У: „Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022.
7. Бејатовић, С., Кривично процесно право, ЈП „Сл. Гласник“ Београд, 2019.
8. Бејатовић, С., и др. Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења (Треће измењено и допуњено издање, Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2022)

9. Бугарски, Т., Посебни кривични поступци у новом ЗКПу Скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције, У: „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013.
10. Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У: „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)“, Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2020.
11. Ћоровић, 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 сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)“, Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2022.
12. Дајановић, К., Споразум о прознању кривичног дела искуства примене, У: „Казнена политика и адекватност реакције на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2024.
13. Чворовић, Д., Криминалнополитичка оправданост, сврха и облици начела опортунитета кривичног гоњења, У: „Опортунитет кривичног гоњења“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009.
14. Ђурђић В., Нормативна основа ефикасности кривичног поступка Србије, У: „Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет, Норме и пракса“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022.
15. Ђокић, И. – Чворовић, Д., „Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног криминалитета у српском и немачком праву“, Ревизија за криминологију и кривично право бр. 2/2021.
16. Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2019.
17. 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.

18. Николић, Д., Споразум о признању кривице, ЈП ``Службени гласник``, Београд 2009.
19. Стојановић, З., Коментар Кривичног законика, ЈП ``Сл.гласник``, Београд, 2024.
20. Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
21. Шћепановић, Б., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и предстојеће измене и допуне Законика о кривичном поступку, У: „Казнена политика и адекватност реакције на криминалитет“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2024.
22. Шкулић, М., Кривичнопроцесно законодавство и (не)адекватност државне реакције на криминалитет, У: „Измене у кривичном законодавству и статусу носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет (Међународни правни стандарди и стање у Србији“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019.
23. Шкулић, М., Споразум о признању кривице, Правни факултет, Београд 2009.
24. 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, Београду 2012.
25. Шкулић, М., Начело *ne bis in idem* у казненом законодавству Републике Србије, У: „Начело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБСа у Србији, Београд, 2022.
26. Шкулић, М., Поједностављене форме поступања и други кривичнопроцесни инструменти реаговања на криминалитет и ЗКП из 2011. године Испуњени циљеви нормирања или не?, У: „Ванинституционалне мере, поједностављене форме поступања и други кривичноправни инструменти реакције на криминалитет и позитивно законодавство Србије (Испуњена очекивања или не?)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2022.

Academician Prof. Dr. Stanko BEJATOVIĆ⁴³

DRAFT LAW ON AMENDMENTS AND SUPPLEMENTATIONS TO THE CRIMINAL PROCEDURE CODE AND SIMPLIFIED FORMS OF PROCEDURE IN CRIMINAL MATTERS

Summary: *The reform of the criminal procedure legislation of the Republic of Serbia has been going on for almost twenty-five years. There are numerous characteristics of the reform work so far. Among them, two deserve special attention. The first is not only the numerous amendments and supplements to the CPC as a key legal text from the set of criminal procedure legislation as a whole, but also the adoption of three new CPCs, one of which (the 2006 CPC) ceased to be valid even before its full implementation began, which in itself speaks of the complexity of the reform process. The second is the creation of a normative basis for increasing the efficiency of criminal procedure. With this goal in mind, the reform process so far has brought a number of innovations, one of which is not only the legalization but also the constant expansion of the field of application of simplified forms of procedure in criminal matters. These two features of the reform work also characterize the current state of the criminal procedure legislation of Serbia. Proof of the correctness of this statement is the fact that the Working Group established by the Ministry of Justice of the Republic of Serbia in June last year drafted the Draft Law on Amendments and Supplements to the Current Text of the Criminal Procedure Code with proposed amendments and supplements to over 50% of the current provisions of the CPC. Quite a few innovations concern simplified forms of procedure in criminal matters, which is another proof of the importance attached to them. This approach of the Working Group to this issue is the result of the completely correct position of the Serbian expert community, according to which there is full criminal-political justification for the regulation and practical application of simplified forms of procedure in criminal matters, with the proviso that a different normative elaboration of a certain number of issues of simplified forms of procedure in criminal matters is necessary, which primarily refers to its key types - the principle of oppor-*

⁴³ Full Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research and President of the Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice

tunity of criminal prosecution, agreement on admission of a criminal offense and abbreviated criminal proceedings.

Keywords: *Simplified forms of procedure, criminal case, principle of opportunity of criminal prosecution, agreement on admission of a criminal offense, abbreviated criminal proceedings, hearing for imposing a criminal sanction*

УЛОГА И ЗНАЧАЈ СТРУЧНОГ САВЈЕТНИКА У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Мирослав Јањић¹
Др Љубинко Митровић²

Апстракт: За разлику од Републике Србије, кривично-процесно законодавство Републике Српске и оно у Босни и Херцеговини (подразумијевајући под њим и три преостала закона о кривичном поступку, односно у Федерацији БиХ, Брчко дистрикту БиХ и онај на нивоу Босне и Херцеговине) не предвиђају институт стручног савјетника замишљен и креиран на начин да се омогући странци (осумњиченом, односно окривљеном лицу и оштећеном као тужилоцу) кориштење стручне помоћи овог процесног субјекта од самог почетка кривичног поступка независно од чињенице да ли се и јавно тужилаштво одлучило за кориштење нечије стручне помоћи. У Законику о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године институт стручног савјетника је, по први пут, уведен као законски институт. Према одредби члана 125. наведеног Законика стручни савјетник је лице које располаже стручним знањем из области у којој је одређено вјештачење. Ради се о новом облику учешћа стручних лица у кривичном поступку чија је активност везана за ситуације када је за утврђивање одређених чињеница потребно посебно стручно знање које суд, тужилаштво, одбрана и други учесници кривич-

¹ Доцент на Свеучилишту у Мостару, судија Суда БиХ, m.janjic@hotmail.com

² Редовни професор на Факултету правних наука Паневропског Универзитета АПЕИРОН у Бањој Луци, научни сарадник Института за упоредно право Београд, ljubinko58@gmail.com

ног поступка немају. Управо о стручном савјетнику као специфичном процесном субјекту, његовом значају, особинама, предностима и недостацима биће ријечи у овом реферату.

Кључне ријечи: једнакост страна у кривичном поступку, вјештак, вјештачење, стручни савјетник.

1. УВОД

Начело права на правично суђење у законодавству Босне и Херцеговине у погледу једнакости страна у поступку није у потпуности испоштовано у провођењу радње доказивања вјештачења из разлога што осумњичени, односно оптужени у погледу учешћа у поступку могућност ангажовања стручног лица имају тек у фази извођења доказа одбране, у фази главног претреса због чега је у неравноправном положају, у фази истраге одлучивања о мјери обезбјеђења присуства осумњиченог и у фази стављања под оптужбу.

С друге стране, ово начело у кривичном процесном законодавству Републике Србије, а које подразумијева једнакост страна у кривичном поступку такође није у потпуности испоштовано у провођењу радње доказивања вјештачење свакако из разлога што осумњичени, односно оптужени у погледу учешћа у поступку могућност ангажовања стручног лица има једино у ситуацији у којој тужилаштво ангажује стручно лице без могућности ангажовања стручне помоћи независно од става тужилаштва о потреби истог.

2. Стручни савјетник у кривичном поступку у Републици Србији

На почетку овог излагања треба истаћи да институт стручног савјетника није нов у кривичном, али рекли бисмо ни у било којем другом судском или поступку пред државним органом³. У пракси се

³ Одредбама члана 21. Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у Републици Српској уведена је једна нова категорија запослених, посебно стручних лица у судовима и тужилаштвима, тачније у одјељењима за малолетнике судова и тужилаштава. То су стручни савјетници судова и тужилаштава, а по занимању социјални педагози – дефектолози, социјални радници, специјални педагози – дефектолози и психолози који имају активну улогу у предметима малолетничког преступништва. Ради се о законодавном рјешењу по коме у судовима првог степена и тужилашт-

и раније дешавало да су окривљени или оштећени у кривичним по-

вима постоје одјељења за малољетнике која се састоје од једног или више судија и стручних савјетника, односно једног или више тужилаца и једног или више стручних савјетника. Стручни савјетник суда има посебне обавезе у поступку према малољетнику, те он тако може у току поступка: (1) прикупљати податке потребне за доношење одлуке о примјени васпитних препорука; (2) прикупљати податке који се односе на примјену васпитних препорука; (3) давати мишљење о потреби смјештаја малољетника у прихватилиште и предузимања других мјера за обезбјеђење присуства малољетника током поступка; (4) обилазити притворене малољетнике и судији подносити извјештаје и, ако је потребно, предложити предузимање потребних мјера; (5) присуствовати сједници или главном претресу и давати стручно мишљење о потреби предузимања одређених мјера према дјечи која су жртве или свјedoци учињеног кривичног дјела; (6) водити евиденције и прикупљати статистичке и друге податке по налогу и захтјеву судије и давати мишљење о другим питањима када постоји сагласност странака и браниоца или суд оцијени да је то неопходно. Стручни савјетници тужилаштва или суда прикупљају тражене податке у сарадњи са надлежним органима старатељства или установама социјалне заштите, а по потреби могу обавјештења прикупљати и директно од родитеља, односно старалаца или усвојилаца малољетника, односно установа, других лица, а када је то неопходно и од самих малољетника. Исто тако, суд током поступка може одлучити да стручни савјетник присуствује радњама које се предузимају у присутности малољетног учиниоца кривичног дјела, а нарочито током његовог испитивања. Такође, суд одређује присуство стручног савјетника у складу са чланом 184. Закона када се у кривичним поступцима врши испитивање дјече и малољетника на чију штету је учињено кривично дјело или су они били свјedoци учињеног дјела. Стручни савјетници тужилаштва имају активну улогу у предметима малољетничког преступништва и они: дају стручно мишљење, прикупљају потребне податке, воде евиденције и обављају и друге послове по налогу тужиоца. Стручни савјетник тужилаштва може у току припремног поступка: (1) прикупљати податке који се тичу личности малољетника; (2) прикупљати податке и давати мишљење тужиоцу за доношење одлуке о цјелисходности покретања поступка; (3) прикупљати податке који се односе на примјену васпитних препорука; (4) давати мишљење о потреби предузимања мјера смјештаја малољетника у прихватилиште и предузимања других мјера за обезбјеђење присуства малољетника током поступка; (5) обилазити притворене малољетнике и тужиоцу подносити извјештаје и, ако је потребно, предлагати предузимање потребних мјера; (6) давати мишљење о оправданости примјене конкретних васпитних препорука, васпитних мјера и мјера безбједности и њиховој замјени другим мјерама или обустави поступка; (7) водити евиденције и прикупљати статистичке и друге податке и мишљења по налогу и захтјеву тужиоца. Тужилац у току припремног поступка може одлучити да стручни савјетник присуствује радњама које се предузимају у присутности малољетног учиниоца кривичног дјела, а нарочито током његовог испитивања (више у: Симовић, М. и други, *Коментар Закона о заштити и поступању са малољетницима у кривичном поступку Републике Српске*, друго измијењено и допуњено издање, ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, Бања Лука, 2021. године, стр. 89-92).

ступцима уз приговор на налаз и мишљење вјештака којег је у току поступка одредио орган поступка, достављали налаз и мишљење сталног вјештака исте струке којег су они ангажовали на сопствену иницијативу и о свом трошку. Овај налаз и мишљење “фактички свог” вјештака достављен уз приговор окривљеног или оштећеног тицао се истих оних чињеница које су биле предметом вјештачења вјештака којег је одредио орган поступка. Овакав допуњен приговор окривљеног или оштећеног пракса је називала “образложени приговор” на налаз и мишљење вјештака којег је одредио орган поступка. Важно је споменути да се у пракси дешавало да су налаз и мишљење вјештака којег су ангажовали окривљени или оштећени у неким тачкама другачији, а понекад чак и супротни са налазом и мишљењем вјештака којег је одредио орган поступка. Исто тако, знало се десити и да су налаз и мишљење постављеног вјештака били неразумљиви и мањкави, што је уочавао и суд те у одређеним предметима није прихватао вјештачења са којима се није слагао (Милојевић, 2020: 422). Ово није била тако честа појава и директно је зависила од имовинских прилика окривљеног или оштећеног, врсте и сложености конкретне кривичне ствари и зашто не рећи, способности адвоката, бранилаца или пуномоћника. Садржински, често је кориштена у кривичним стварима чији су предмет биле тешке саобраћајне несреће, злоупотреба службеног положаја и проневјере у којима је окривљеним стављано на терет прибављање противправне имовинске користи у великим износима, а односила се на вјештачења просторно-временског тока саобраћајних несрећа, начин обрачуна камате, процјену вриједности непокретне имовине на одређеном мјесту у вријеме извршења дјела, итд.

Закоником о кривичном поступку из 2011. године⁴ у кривично процесно законодавство Републике Србије уведен је као законска категорија институт стручног савјетника. Ради се о новом облику учешћа стручних лица у кривичном поступку чија је активност везана за ситуације када је за утврђивање одређених чињеница потребно посебно стручно знање које суд, тужилаштво, одбрана и други учесници поступка немају (Ћирић, 2022: 291-303). С друге стране, разлог увођења овог института поједини теоретичари су видјели и у “проширењу поља контрадикторности и на утврђивање чињеница путем вјештачења” и “установљавању

⁴ Службени гласник Републике Србије, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

својеврсног помоћника странака приликом спровођења вјештачења као доказне радње” (Ђурђић, 2014: 296).

Законик о кривичном поступку у поглављу које носи наслов Вјештачење⁵ уређује појам и начин ангажовања стручних савјетника, садржином чл. 125. и 126. овог Законика. Одредба члана 125. Законика одређује ко може бити стручни савјетник и како се ово лице укључује у кривични поступак. Према законском тексту, стручни савјетник јесте лице које располаже стручним знањем из области у којој је одређено вјештачење⁶. У ставу другом истог члана предвиђено је да странка⁷ (односно окривљени и оштећени као тужилац) може изабрати и пуномоћјем овластити стручног савјетника у свим оним ситуацијама када и након што орган поступка одреди вјештачење. Поред странке, и бранилац би у свим оним случајевима када се у поступку одређује вјештачење требао размотрити могућност ангажовања стручног савјетника, јер он не располаже потребним знањем и искуством за дјелотворно оспоравање налаза и мишљења постављеног вјештака са позиције струке из које је вјештачење одређено (Бељански, Делибашић, Тинтор, 2019: 22-23). Бранилац би требао бити свјестан чињенице да у многим предметима вјештачења тежишно утичу на исход судских поступака, и да је крајње нереално очекивати да бранилац правничке струке објективно у капацитету без ичије помоћи ефективно доведе у сумњу налаз из области судске медицине, форензике, економске струке, машинске струке и других области (Бељански, Делибашић, Тинтор, 2019: 22-23).

Сврха института стручног савјетника је да на адекватан начин отјелотвори принцип једнакости странака и једнакости оружја јер странке у поступку најчешће не посједују стручна знања из области вјештачења и не могу да заштите своје интересе у поступку у потпуности (Милојевић, 2020: 422-423). Овај институт остаје једини на располагању окривље-

⁵ Вјештачење је процесна радња, односно посебно доказно средство које се састоји у утврђивању чињеница и околности важних за поступак и давању мишљења о тим чињеницама на основу знања или вјештина стручних лица, када опште знање и стручна спрема службеног лица које води поступак за то није довољна (више у: Мандић, М. & Митровић, Љ., *Управно процесно право*, Паневропски Универзитет АПЕИРОН, Бања Лука, 2012, стр. 118).

⁶ Члан 125 .став 1. Законика о кривичном поступку.

⁷ Према одредби члана 2. став 1. тачка 9. Законика о кривичном поступку странка је тужилац и окривљени, а према истој одредби тачка 5 тужилац је јавни тужилац, приватни тужилац и оштећени као тужилац.

ном и његовом браниоцу како би пољуљали/оспорили оптужбу и аргументовано пробудили сумњу код суда у налаз и мишљење постављеног вјештака (Милојевић, 2020: 422-423).

Окривљени и оштећени као тужилац имају право да органу поступка поднесу захтјев за постављање стручног савјетника. Приликом одлучивања о овом захтјеву сходно се примјењују одредбе Законика о кривичном поступку које се односе на постављање пуномоћника, одбрану сиромашног, одређивање вјештака и изузеће од дужности вјештачења⁸.

Према одредби члана 126. став (1) Законика стручни савјетник има право да буде обавијештен о дану, часу и мјесту вјештачења и да присуствује вјештачењу којем имају право да присуствују окривљени и његов бранилац, да у току вјештачења прегледа списе и предмет вјештачења и предлаже постављеном вјештаку предузимање одређених радњи, да даје примједбе на налаз и мишљење постављеног вјештака, да на главном претресу поставља питања постављеном вјештаку и да буде испитан о предмету вјештачења. Прије његовог испитивања од стручног савјетника ће се захтијевати да положи заклетву која гласи: “заклињем се да ћу дати исказ у складу са правилима науке или вјештине, савјесно, непристрасно и по свом најбољем знању”⁹. С обзиром на то да према одредби члана 119. став (3) Законика о кривичном поступку заклетва вјештака гласи: „Заклињем се да ћу вјештачити у складу са правилима науке или вјештине, савјесно, непристрасно и по свом најбољем знању, и да ћу тачно и потпуно изнијети свој налаз и мишљење”, формално ово је једна од разлика између вјештака и стручног савјетника. Након што стручни савјетник без одлагања поднесе пуномоћје органу поступка он је дужан да странци (односно окривљеном или оштећеном као тужиоцу) пружи помоћ стручно, савјесно и благовремено, да не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи кривични поступак.

Из цитираних одредби Законика може се констатовати да су најважније дужности стручног савјетника у кривичном поступку да:

- уколико је изабран од стране странке, без одлагања преда пуномоћје органу поступка;

⁸ Члан 125. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹ Подсјећамо, према одредби члана 119. став 3. Законика о кривичном поступку заклетва вјештака гласи: Заклињем се да ћу вештачити у складу са правилима науке или вештине, савесно, непристрасно и по свом најбољем знању, и да ћу тачно и потпуно изнети свој налаз и мишљење

- положи заклетву стручног савјетника;
- странци која га је предложила, односно изабрала на стручан начин пружи помоћ, савјесно и благовремено;
- не злоупотребљава своја права и
- не одуговлачи кривични поступак¹⁰.

С друге стране, права стручног савјетника у кривичном поступку су да:

- буде обавијештен о дану, часу и мјесту вјештачења;
- присуствује вјештачењу којем имају право да присуствују окривљени и његов бранилац;
- у току вјештачења прегледа списе и предмет вјештачења;
- предлаже постављеном вјештаку предузимање одређених радњи;
- даје примједбе на налаз и мишљење постављеног вјештака;
- на главном претресу поставља питања постављеном вјештаку;
- буде испитан о предмету вјештачења и
- захтијева награду, односно стручни савјетник има право на награду (Давидовић, 2013: 114-117).

Чини се да је оно што примарно карактерише појам стручног савјетника његов двојни положај у кривичном поступку (Давидовић, 2013: 114-117). У материјалном смислу, стручни савјетник је вјештак, по дефиницији стручни савјетник је лице које располаже стручним знањем из области у којој је одређено вјештачење. Формално посматрано са аспекта судске процедуре положај стручног савјетника је уподобљен положају свједока у кривичном поступку, као и свједок, он пред органом поступка полаже заклетву да ће дати исказ и о предмету вјештачења “исказује”, а не даје налаз и мишљење као што то чини постављени вјештак (Давидовић, 2013: 114-117).

Постојање и положај стручног савјетника у конкретној кривичној ствари директно су условљени извођењем доказа вјештачењем. Према законском тексту странка може изабрати и пуномоћјем овластити стручног савјетника тек уколико и када орган поступка одреди вјештачење. Уколико у току кривичног поступка није одређено извођење вјештачења, рецимо из области саобраћајних наука странка не може да изабере, односно тражи од органа поступка да јој постави стручног савјетника из области саобраћајних наука (Давидовић, 2013: 114-117). Дакле, као једну

¹⁰ Члан 126. став 3. Законика о кривичном поступку.

од карактеристика положаја стручног савјетника у кривичном поступку видимо његову зависност од постојања доказне радње вјештачења (Давидовић, 2013: 114-117). Једноставније речено ако у конкретној кривичној ствари нема вјештачења, нема ни стручног савјетника.

Сљедећа значајна карактеристика положаја стручног савјетника у конкретном кривичном поступку јесте његова условљеност врстом вјештачења, односно научном дисциплином којом се бави постављени вјештак. Стручни савјетник мора бити искључиво оно лице које располаже стручним знањем из области у којој (за коју) је одређено вјештачење. Уколико је у току поступка орган поступка поставио вјештака психијатријске струке ради утврђивања психичког стања учиниоца кривичног дјела, односно здравља окривљеног у вријеме извршења кривичног дјела и у вријеме трајања поступка против њега, странка ради одговора на ова питања не може да изабере, односно да тражи да јој буде постављен стручни савјетник из области биолошких наука (Давидовић, 2013: 114-117).

Функција стручног савјетника у току кривичног поступка и на основу дефинисана у кривично-процесном законодавству Републике Србије, може се посматрати кроз призму остварења три значајне функције, и то:

- као савјетодавна функција – стручни савјетник својим стручним знањем из области у којој је одређено вјештачење примарно пружа стручну помоћ странци која га је ангажовала, односно којој је у поступку постављен на начин да је савјетује о предмету вјештачења и појашњава налаз и мишљење постављеног вјештака. Поред пружања стручне помоћи кривичнопроцесном субјекту који га је ангажовао или којем је постављен стручни савјетник на исти начин помаже и органу кривичног поступка да он боље разумије налаз и мишљење постављеног вјештака (Давидовић, 2013: 114-117);

- помоћна функција – стручни савјетник у току кривичног поступка помаже постављеном вјештаку и сарађује са њим у вези са предметом вјештачења тако што присуствује вјештачењу, предлаже постављеном вјештаку предузимање одређених радњи, даје примједбе на налаз и мишљење постављеног вјештака, на главном претресу поставља питања постављеном вјештаку и даје исказ, односно стручни савјетник исказује о предмету вјештачења (Давидовић, 2013: 114-117);

- контролна функција стручног савјетника – са аспекта свог стручног знања из области у којој је одређено вјештачење стручни савјетник

контролише, односно провјерава да ли су налаз и мишљење постављеног вјештака дати тачно и потпуно, а све у складу са правилима науке или вјештине, савјесно, непристрасно и по најбољем знању (Давидовић, 2013: 114-117).

Разлика између вјештака и стручног савјетника је и у томе што стручни савјетник органима поступка не подноси налаз и мишљење, већ само указује на недостатке у налазу и мишљењу постављеног вјештака. Стручни савјетник се испитује о предмету вјештачења и тада има прилику да изложи свој налаз и своје мишљење, али његов исказ ни тада нема процесну форму налаза и мишљења постављеног вјештака. Наведени исказ у сваком случају има доказну снагу у поступку и судија се у образложењу пресуде на њега може позвати.

Као што смо већ истакли, заклетва стручног савјетника је слична заклетви вјештака. Стручни савјетник се не заклиње да ће *вјештачити*, већ да ће *дати исказ*. Он у својој заклетви не обећава да ће тачно и потпуно изнијети свој налаз и мишљење, што треба тумачити тако да није дужан да у поступку исказује на штету странке која га је ангажовала, односно којој је постављен. Он је дужан да странци пружи помоћ (члан 126. став (4) Законика), а не да ради на њену штету. Такође, стручни савјетник не смије да ради ни на штету поступка који се води и у којем учествује, али то не значи да је дужан да сарађује са органима поступка.

Према мишљењу неких правних теоретичара увођењем стручног савјетника легализована је одавно постојећа пракса према којој одбрана ангажује своје приватне вјештаке ван кривичног поступка, те сходно томе, њихове налазе и мишљења у поступку користи за побијање налаза и мишљења вјештака одређених од стране органа поступка. Новина звана стручни савјетник тако доприноси већој контрадикторности доказног поступка, а може довести и до смањења потребе за допунским и поновним вјештачењима. С друге стране, опасност је да се стручни савјетник у пракси не претвори у браниоца окривљеног који је лишен моралних гаранција неопходних за добро вршење правосуђа (Грубач, 2015: 79).

Веома важно питање које се свакако поставља јесте: када, односно у којем моменту странка може ангажовати стручног савјетника? Одговор на ово питање гласи, то је онај тренутак када орган поступка одреди вјештачење. Наредно питање које такође захтијева одговор јесте: кога странка може ангажовати као стручног савјетника? Законодавац у погледу овог услова није тако рестриктиван, те сходно томе он дозвољава да то лице буде свако оно лице које слободно изабере окривљени, односно

оштећени као тужилац, а које располаже стручним знањем из области у којој је одређено вјештачење. Према томе, посједовање адекватног стручног знања из области у којој је одређено вјештачење једини је услов који мора бити испуњен.

Број стручних савјетника које странка може ангажовати није ограничен. Треба истаћи да у оним ситуацијама када су вјештачења одређена из више разних области, окривљени може из сваке од области изабрати стручног савјетника.

Права стручног савјетника су доста широко постављена на начин да он има право да буде обавијештен о дану, часу и мјесту вјештачења и да присуствује вјештачењу (којем имају право да присуствују и окривљени и бранилац), свакако уз сва остала права које су напријед наведена.

С циљем учествовања у кривичном поступку, стручни савјетник мора бити ангажован посебним пуномоћјем од стране окривљеног. Поред тога, обавеза је стручног савјетника да добијено пуномоћје без одлагања поднесе органу поступка. Имајући у виду наведено важно је навести да је обавеза стручног савјетника да странци која га је ангажовала пружи помоћ, стручно, савјесно и благовремено, затим да не злоупотребљава своја законом дефинисана права и да не одуговлачи кривични поступак¹¹. У погледу права и обавеза стручног савјетника у пракси се могу појавити и двије важне дилеме, и то: 1. може ли стручни савјетник са окривљеним током поступка обављати разговор и 2. могу ли се постављени вјештак и стручни савјетник међусобно усаглашавати у својим ставовима везаним за њихове налазе и мишљења?

По првом питању логичан одговор би био да стручни савјетник може обављати разговор са окривљеним јер га исти тај окривљени својим пуномоћјем и ангажује да учествује у конкретном кривичном поступку (Радосављевић, 2012: 11-12). С друге стране, обављајући разговор са окривљеним стручни савјетник од окривљеног може добити и неке важне информације и упутити га на то да те информације у вези критичног догађаја неизоставно изнесе у току поступка. Међутим, разговор између стручног савјетника и окривљеног свакако не би смио да се састоји у томе да окривљени наводи стручног савјетника на давање лажног исказа приликом његовог саслушања, посебно због тога што

¹¹ Имајући у виду наведено, може се извести закључак да ангажовањем стручног савјетника понекад поступак може беспотребно знатно да се продужи, а што опет неповољно утиче на ефикасност и економичност поступка.

стручни савјетник свој исказ даје под заклетвом (Радосављевић, 2012: 11-12). То уједно представља опасност и за самог окривљеног да се и сам изложи кривичном прогону због навођења стручног савјетника на давање лажног исказа.

По другом питању одговор би био негативан, а он подразумејева да се стручни савјетник и постављени вјештак не могу усаглашавати у погледу ставова које су изнијели у поступку (Радосављевић, 2012: 11-12). У прилог оваквој констатацији стоји чињеница да се усаглашавање ставова може вршити искључиво између постављених вјештака, као и чињеница да на главном претресу није допуштено било какво договарање између постављеног вјештака и стручног савјетника. Стручни савјетник ће током главног претреса боравити ван суднице под условом да суд другачије не одреди и суд ће се старати о предузимању мјера како би се спријечило договарање између постављеног вјештака и стручног савјетника.

Сљедеће важно питање које се намеће тиче се финансирања ангажовања стручног савјетника. С обзиром на то да трошкови ангажовања стручног савјетника могу бити значајно високи, оправдано се поставља питање из чијих средстава се финансира ангажовање стручног савјетника (Радосављевић, 2012: 11-12). И овдје је одговор сасвим јасан, стручни савјетник се у правилу и најчешће ангажује о трошку лица, односно странке која га предлаже. Међутим, законодавац је предвидио и случајеве када се стручни савјетник финансира из буџетских средстава суда. У оваквим ситуацијама захтјев за постављање стручног савјетника о трошку државе, односно из буџета могу поднијети како окривљени тако и оштећени као тужилац. Окривљени и оштећени као тужилац (као лица која имају право да пуномоћјем овласте стручног савјетника), имају право и да органу поступка поднесу захтјев за постављање стручног савјетника на терет буџетских средстава када ће се аналогно примјењивати одредбе законика о постављеном пуномоћнику и одбрани сиромашног (Милојевић, 2020: 422). Према слову Закона, окривљени има право да поднесе органу поступка захтјев за постављање стручног савјетника¹² уколико се кривични поступак води за кривично дјело за које се може изрећи казна затвора преко три године, односно уколико то налажу разлози правичности, и ако окривљени према свом имовинском стању не може да властитим средствима ангажује (односно плати) стручног савјетника

¹² Члан 125. став 3. Законика о кривичном поступку.

(Радосављевић, 2012: 11-12). С друге стране, оштећеном као тужиоцу може се на његов захтјев поставити стручни савјетник (који ће се финансирати из буџета) када се кривични поступак води за кривично дјело за које се по закону може изрећи казна затвора у трајању преко пет година, ако је то у интересу поступка и ако према свом имовном стању оштећени не може да финансира ангажовање стручног савјетника (Радосављевић, 2012: 11-12). Ова законска одредба корисна је за оне странке које нису у финансијској могућности да затраже услуге стручног савјетника и доприноси равноправности странака у поступку (Милојевић, 2020: 421). У случају одбијања захтјева, окривљени и оштећени као тужилац имају право жалбе о којој одлучује судија за претходни поступак или вијеће (члан 21. став (4) Закона).

Недостатак оваквог законског рјешења може бити чињеница да када овлашћена лица поднесу захтјев за постављање стручног савјетника њега судија за претходни поступак или предсједник суда постављају са листе сталних судских вјештака у том суду те окривљени и оштећени као тужилац не могу да изаберу стручно лице (Милојевић, 2020:421). На овај начин принцип контрадикторности може бити нарушен, јер постоји могућност да стручно лице неће на адекватан начин сагледати интересе окривљеног и оштећеног као тужиоца. Корисно би било да се у закон уведе одредба која ће овластити окривљеног и оштећеног као тужиоца да предложи органу поступка личност стручњака кога желе да буде постављен аналогно са правилом које постоји код предлагања вјештачења (Милојевић, 2020: 422).

Стручно лице које странке саме изаберу и овласте пуномоћјем не мора бити са листе сталних судских вјештака већ законодавац даје предност стручности лица изнад осталих формалних услова који важе за вјештаке (Милојевић, 2020: 422).

Јавна тајна је да многи вјештаци¹³ налазе и мишљења израђују у договору са адвокатима што доводи у питање објективност, поузданост и тачност таквих налаза и мишљења, а самим тим и њихову подобност

¹³ Вјештак је стручно лице које посједује одређена стручна знања и вјештине, а коме је орган који води поступак наредио да, на основу својих стручних знања и вјештина, утврди и оцијени правно релевантне чињенице и о томе да свој налаз и мишљење. Поред стручног знања и вјештине из одговарајуће науке, технике или заната и процесне способности, вјештаци морају имати и одређене личне квалитете, попут непристрасности, критичности у раду, одговорности, способности јасног и разложног изношења налаза и мишљења и др..

да представљају темеље једне судске одлуке (Мацановић, 2018: 17-18). Нажалост не постоје механизми како би се то открило јер поступајуће судије и тужиоци због недостатка знања из области вјештачења не могу да знају да ли је одређени налаз дат у складу са правилима струке и вјештине, због чега се савјесност и поштење вјештака увијек претпоставља (Мацановић, 2018: 17-18). Нови Законик о кривичном поступку одредбом члана 125. донекле је ублажио такву ситуацију увођењем стручног савјетника који се поред суда, тужиоца и одбране укључује у испитивање постављеног вјештака у кривичном поступку.

Увођењем стручног савјетника у кривично-процесну стварност Републике Србије увелико је олакшан положај странака (односно окривљеног и оштећеног као тужиоца) будући да одбрана, јавни тужиоци, као ни судије нису довољно стручни да постављају питања из области у којој је вршено вјештачење, те да путем стручног савјетника могу да контролишу налаз и мишљење постављеног вјештака са научне тачке гледишта чиме се знатно смањује могућност давања необјективних и нестручних налаза постављених вјештака (Мацановић, 2018: 17-18).

За разлику од оваквог поимања стручног савјетника, законодавац наводи да је вјештак лице које располаже потребним стручним знањем за утврђивање или оцјену неке чињенице у кривичном поступку. Може се уочити јасна разлика у положају и улози стручног савјетника и вјештака. Разлика се састоји у томе што је задатак постављеног вјештака утврђивање или оцјена неке правно-релевантне чињенице у поступку док се за стручног савјетника бар према законском тексту тако нешто не наводи. Наравно, све ово опредјељује сасвим другачији положај и улогу постављеног вјештака од оне коју има стручни савјетник. Улога вјештака састоји у томе што је задатак вјештака утврђивање или оцјена неке чињенице у поступку, а што даље значи да вјештачење представља доказно средство на коме се може засновати пресуда, а што свакако није случај са изнесеним ставом стручног савјетника.

Према Д. Радосављевићу, осим наведене разлике између вјештака и стручног савјетника уочљива је и истовјетност између ова два процесна субјекта. С обзиром на то да законодавац за оба субјекта предвиђа да они морају располагати стручним знањем из области у којој је одређено вјештачење.

Закоником о кривичном поступку, у одредби члана 118. одређена је и садржина наредбе о вјештачењу и то тако што наредба садржи:

1. назив органа који је одредио вјештачење,

2. име и презиме лица које је одређено за вјештака, односно назив стручне установе или државног органа којем је повјерено вјештачење,
3. означавање предмета вјештачења¹⁴,
4. питања на која треба одговорити,
5. обавеза да изузете и обезбијеђене узорке, трагове и сумњиве материје преда органу поступка,
6. рок за подношење налаза и мишљења,
7. обавезу да налаз и мишљење достави у довољном броју за суд и странке,
8. упозорење да чињенице које је сазнао приликом вјештачења представљају тајну и
9. упозорење на посљедице лажног давања налаза и мишљења (Радосављевић, 2012: 6-7).

У формалном смислу могло би се досљедном примјеном Законика о кривичном поступку протумачити да је постављени вјештак учесник у поступку вишег ранга у односу на стручног савјетника, односно једноставније речено, да “ријеч” вјештака има већи доказни кредибилитет него “ријеч” стручног савјетника (Окановић, Цвијан, 2013: 36). Стручни савјетник не мора бити и вјештак, а затим што га бира и плаћа странка, те зато што стручни савјетник не може обављати све процесне радње које по Законiku о кривичном поступку може постављени вјештак. Имајући у виду да стручни савјетник може бити и вјештак, да вјештака може бирати и плаћати и друга странка (јавни тужилац) не би се могло закључити да је по сили закона “ријеч” постављеног вјештака изнад ријечи стручног савјетника у сваком предмету. Ово нарочито због тога што стручни савјетник може бити у академском, стручном и искуственом смислу у предности над постављеним вјештаком (Окановић, Цвијан, 2013: 36).

Ангажовање стручног савјетника зависи од чињенице да је претходно орган поступка одредио вјештачење, природа ангажовања је секундарног карактера с обзиром на то да стручни савјетник нема могућност давања налаза и мишљења већ само предлаже, односно поставља питања и даје примједбе постављеном вјештаку, а без постављеног вјештака нема ни стручног савјетника (Милојевић, 2020: 423). Такође,

¹⁴ Вјештачење се не може односити на правна питања, а предмет вјештачења може бити само важна чињеница за чије је утврђивање или оцјену нужна примјена посебног стручног знања које посједује вјештак.

област стручности стручног савјетника условљена је стручним знањем постављеног вјештака.

Иако је ова установа изузетно корисна са аспекта постизања начела контрадикторности и једнакости оружја, поставља се питање на који начин ће странка обезбиједити своја права ако орган поступка уопште не одреди вјештачење, тј. ако сматра да нема потребе за налазом и мишљењем вјештака (Милојевић, 2020: 423)? Након што исцрпи своје законске могућности у погледу приједлога за одређивање вјештачења, странка (овдје се, прије свега, мисли на окривљеног и оштећеног као тужиоца) нема могућности да пуномоћјем ангажује стручног савјетника. С једне стране, такво ангажовање би се косило са секундарном природом овог института који је строго условљен постојањем налаза и мишљења вјештака, непотребно би одуговлачило поступак у случају да орган поступка с правом сматра да нема потребе за одређивањем вјештачења у том случају странка ће своје наводе истаћи у жалби на пресуду, а са друге стране странкама које су и иначе у неправном положају било би ускраћено право да штите своје интересе у поступку на адекватан начин јер би стручни савјетник својим образложеним аргументима могао да утиче на промјену мишљења органа поступка о потреби за одређивањем вјештачења (Милојевић, 2020: 423).

ЗАКЉУЧАК

Вјештак је стручно, процесно способно физичко лице које помаже органу кривичног поступка у откривању и утврђивању оних спорних чињеница за чије је откривање и утврђивање потребно посебно стручно знање и умијеће. За разлику од вјештака, стручног савјетника можемо дефинисати као лице које ангажује странка, односно окривљени или оштећени као тужилац и које располаже стручним знањем из области из које је одређено вјештачење (Милојевић, 2020: 423).

Вјештаку и стручном савјетнику заједничко је посједовање стручног знања и умијећа из области из које је одређено вјештачење, тачније оне области чија се знања користе у конкретном кривичном поступку како би се откриле одређене правно релевантне чињенице на којима ће се заснивати пресуда. С друге стране, стручни савјетник се најчешће и сам налази на листи сталних судских вјештака (које у правилу воде надлежна Министарства правде).

Оно што одваја и разликује ове двије категорије процесних субјеката у конкретном кривичном поступку јесте процесна улога која им је

додијељена од стране странака у поступку и органа који води поступак. Неспорно је да је улога вјештака примарна јер налаз и мишљење вјештака служе као доказно средство у кривичном поступку, док је улога стручног савјетника акцесорне природе, као што смо већ навели, он у поступку није дужан да пружи свој налаз и мишљење, ангажује га странка само у случају када је вјештачење одређено и из оне стручне области из које је одређено, а његова првенствена улога је да стручно помаже и савјетује странку која га је изабрала или којој је постављен у погледу налаза и мишљења постављеног вјештака, да на исти ставља примједбе, поставља питања, предлаже извођење појединих радњи и на тај начин утиче на ток вјештачења (Милојевић, 2020: 426).

На крају, става смо да би у кривичном законодавству Босне и Херцеговине било потребно будућим измјенама кривично-процесних закона дефинисати законске одредбе којима би се увео институт стручног савјетника.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бељански, В., & Делибашић, В., & Тинтор, Ј., *Приручник за поступање адвоката у кривичном поступку*, Адвокатска комора Србије, Београд, 2019.
2. Грубач, М., *Кривично процесно право са текстом Закона о кривичном поступку*, Београд, 2014.
3. Давидовић, М., Вештак и стручни саветник у кривичном поступку, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, часопис за правну теорију и праксу, вол. 86, број 2/2014, Нови Сад.
4. Ђурђић, В., *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2014.
5. Мацановић, С., Мане доказне радње вештачења у кривичном поступку, *Iustitia 2, Часопис Удружења судијских и тужилачких помоћника Србије*, 2018.
6. Мандић, М. & Митровић, Љ., *Управно процесно право*, Паневропски Универзитет АПЕИРОН, Бања Лука, 2012.
7. Милојевић, М., Услуге стручног саветника у кривичном поступку, *Зборник радова: Услуге и права корисника*, Крагујевац, 2020.
8. Окановић, Д., & Цвијан, М., Вештачење у Законику о кривичном поступку, *XII Симпозијум: Вештачење саобраћајних незгода и преваре у осигурању*, Дивчибаре, 2013.

9. Радосављевић, Д., Вештак и стручни саветник на главном претресу по новом Законнику о кривичном поступку, *XII Симпозијум: Анализа сложених саобраћајних незгода и преваре у осигурању*, 2013.
10. Радосављевић, Д., Саобраћајно-техничко вештачење, вештак и стручни саветник кроз нови Законик о кривичном поступку у Републици Србији, *XI Симпозијум: Анализа сложених саобраћајних незгода и преваре у осигурању*, Златибор, 2011.
11. Симовић, М., & Јовашевић, Д., & Митровић, Љ., & Симовић, М.М., *Коментар Закона о заштити и поступању са малољетницима у кривичном поступку Републике Српске*, друго измијењено и допуњено издање, ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, Бања Лука, 2021.
12. Ћирић, З., Психијатар као стручни саветник у кривичним поступцима, *Тринаеста Међународна научно - стручна конференција: Кривичнопроцесни инструменти ефикасности државне реакције на криминалитет (норме и пракса)*, Добој, 2022.

ЗАКОНИ:

1. Законик о кривичном поступку, Службени гласник Републике Србије, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС.
2. Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку, Службени гласник Републике Српске, бр. 13/2010, 61/2013 и 68/2020.

Dr. Miroslav Janjić
Dr. Ljubinko Mitrović

THE ROLE AND IMPORTANCE OF THE EXPERT ADVISOR IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *In contrast to the Republic of Serbia, the criminal procedural legislation of the Republic of Srpska and that of Bosnia and Herzegovina (implying under it the three remaining laws on criminal procedure, i.e. in the Federation of BiH, the Brčko District of BiH and the one at the level of Bosnia and Herzegovina) do not provide for the institute of expert advisor conceived and created in such a way that the party (the suspect, that is, the accused person and the injured party as a prosecutor) is allowed to use the professional assistance of this procedural subject from the very beginning of the criminal procedure, regardless of the fact whether the public prosecution has also decided to use someone else's professional assistance. In the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia from 2011, the institute of expert advisor was introduced as a legal institute for the first time. According to the provisions of Article 125 of the aforementioned Code, an expert advisor is a person who has expert knowledge in the field in which the expert opinion is determined. It is a new form of participation of experts in criminal proceedings, whose activity is related to situations where the determination of certain facts requires special professional knowledge that the court, the prosecution, the defense and other participants in the criminal proceedings do not have. It is about the expert advisor as a specific procedural subject, his importance, features, advantages and disadvantages that will be discussed in this paper.*

Key words: *equality of parties in criminal proceedings, expert, expertise, expert advisor.*

UDK 341.322.5(=163.41)(497.11)

doi 10.7251/PR7125861J

Pregledni naučni članak

ZNAČAJ REHABILITACIJE U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

Prof. dr Dragan Jovašević¹

***Apstrakt:** Sva savremena krivična zakonodavstva propisuju različite vrste i mere kazni i drugih vrsta krivičnih sankcija koje nadležni sudovi izriču učinocima krivičnih dela kako bi se ostvarila efikasna zaštita najznačajnijih društvenih vrednosti – zaštitna, garantivna funkcija. Kada osuđeno lice izdrži u potpunosti izrečenu kaznu, on se vraća u društvenu zajednicu. Ali on ipak ne uživa sva ustavom i zakonima propisana prava i slobode usled dejstva pravnih posledica osude. Zato krivično zakonodastvo propisuje sistem mera za njihovo ukidanje, čime se stvara fikcija neosuđivanosti učinioca krivičnog dela. To se ostvaruje primenom instituta rehabilitacije, koji se javlja u dva oblika, kao: a) zakonska i b) sudska rehabilitacija. Rehabilitacija nastupa posle proteka zakonom određenog vremena i ispunjenja kumulativno propisanih uslova koji ukazuju da je primenom kazne postignuta njihova svrha.*

***Ključne reči:** kazna, svrha kažnjavanja, rehabilitacija, status neosuđivanosti, zakon.*

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu u penziji, Niš, Republika Srbija, email: jovas@prafak.ni.ac.rs. <https://orcid.org/0000-0003-1136-5980>

UVOD

Posle izvršenja pravnosnažno izrečene kazne od strane nadležnog (višeg ili osnovnog) krivičnog suda², osuđeno lice (kao učinilac krivičnog dela koji je proglašen krivim za učinjeno delo) se vraća u društvo i potom uključuje u redovan, uobičajeni društveni život. To je pravilo. Ali s vraćanjem u društvo, ovo lice ipak ne postaje odmah i u potpunosti ravnopravan građanin s ostalima. Tome doprinose dva osnovna razloga koji uslovljavaju ovu neravnopravnost: a) dejstvo pravnih posledica osude i b) stav sredine koja takvo lice prima s izvesnom dozom podozrenja, nepoverenja, bojaznosti, pa i mržnje.

U kojoj će meri ta neravnopravnost biti izražena, zavisi od vrste i broja pravnih posledica osude, kao i njihovog obima i intenziteta dejstva, te od stava sredine prema vršenju pojedinih krivičnih dela, odnosno prema njihovim učiniocima. Navedene pravne i društvene posledice osude pogađaju bivšeg osuđenika psihološki i socijalno-ekonomski. Njihovo psihološko dejstvo sastoji se u tome što se kod osuđenih lica razvijaju osećanja nepoverenja, poniženja i prezrenosti, pa zajedno s tim i osećanja manje vrednosti.

S druge strane, pravne posledice osude mu onemogućavaju da vrši pojedine poslove i da aktivno učestvuje u društvenim procesima što mu stvara socijalne i ekonomske teškoće. Te negativne posledice usporavaju resocijalizaciju, a u izvesnim slučajevima mogu da imaju i negativno dejstvo na ponašanje bivšeg osuđenika.

Institut rehabilitacije se istorijski gledano sreće još u rimskom pravu pod nazivom *restitutio in integrum* kada se osuđeno lice vraćalo u stanje koje je postojalo pre osude i tako mu je vraćan izgubljeni status. Francuski zakon iz 1670. godine „*Ordonance criminelle*” za dobijanje rehabilitacije pored milosti suverena traži i izdržanu kaznu u potpunosti i ispunjenje građanskih obaveza. I Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine (član 90.) govori o povraćaju prava i poništaju osude, te oglašavanju osuđenog lica dostojnim da vrši izgubljena prava kao vidu rehabilitacije. U pravnoj teoriji se javlja mišljenje prema kome naziv ovog instituta potiče iz medicinske nauke.

² Način, postupak i organizaciju izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji uređuju sledeći zakonski propisi. To su: a) Zakon o izvršenju krivičnih sankcija („Službeni glasnik Republike Srbije” broj 55/2014 i 35/2019) i b) Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera („Službeni glasnik Republike Srbije” broj 55/2014 i 87/2018).

Rehabilitacija osuđenih lica za događaje u toku Drugog svetskog rata

1. Pojam i sadržina rehabilitacije

Posebu vrstu rehabilitacije predviđa Zakon o rehabilitaciji³. Ona se osim po nazivu, razlikuje po sadržini, karakteristikama, dejstvu ili uslovima za nastupanje od rehabilitacije lica koja su osuđeni kao učinioci krivičnih dela koju predviđa Krivični zakonik⁴.

Zakonom o rehabilitaciji se uređuju rehabilitacija i pravne posledice rehabilitacije lica koja su iz političkih, verskih, nacionalnih ili ideoloških razloga, lišena života, slobode ili drugih prava do dana stupanja na snagu ovog zakona: 1) na teritoriji Republike Srbije bez sudske ili administrativne odluke, 2) izvan teritorije Republike Srbije bez sudske ili administrativne odluke vojnih i drugih jugoslovenskih organa, ako su imala ili imaju prebivalište na teritoriji Republike Srbije ili državljanstvo Republike Srbije, 3) sudskom ili administrativnom odlukom organa Republike Srbije i 4) sudskom ili administrativnom odlukom vojnih i drugih jugoslovenskih organa, ako su imala ili imaju prebivalište na teritoriji Republike Srbije ili državljanstvo Republike Srbije. U svakom slučaju pravo na rehabilitaciju ima upravo ono lice pod uslovom da je neka od navedenih sudskih ili administrativnih odluka doneta protivno načelima pravne države i opšteprihvaćenim standardima ljudskih prava i sloboda.

S druge strane, pravo na rehabilitaciju ipak nemaju sledeća lica: a) lica koja su za vreme trajanja Drugog svetskog rata na teritoriji Republike Srbije lišena života u oružanim sukobima kao pripadnici okupacionih oružanih snaga i kvislinških formacija i b) pripadnici okupacionih snaga koje su okupirale delove teritorije Republike Srbije tokom Drugog svetskog rata i pripadnici kvislinških formacija, a koji su izvršili, odnosno učestvovali u izvršenju ratnih zločina.

Uz napred navedenu rehabilitaciju, treba ukazati na značaj Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju⁵. Na njihovu suštinsku povezanost ukazuje da rehabilitacija zakonom taksativno nabrojanih lica dovodi do vraćanja imovine koja im je oduzeta (konfiskovana) u smislu pravnih posledica koje su nastupile kao posledica prethodne osude. Na vraćanje ovako oduzete (konfiskovane) imovine imaju prava sledeća lica kao što su:

³ „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 82/2011.

⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 i 94/2024.

⁵ „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 72/2011.

a) lica koja su odlukom vojnog suda ili drugog organa pod kontrolom Nacionalnog komiteta oslobođenja Jugoslavije od dana oslobođenja određenog mesta proglašena za ratne zločince, odnosno učesnike u ratnim zločinima i

b) lica koja su sudovi i drugi organi Demokratske Federativne Jugoslavije i Federativne Narodne Republike Jugoslavije, kao i Državna komisija za utvrđivanje zločina okupatora i njihovih pomagača tokom Drugog svetskog rata proglasili da su ratni zločinci, odnosno učesnici u ratnim zločinima.

Od prava na vraćanje prethodno oduzete imovine izuzimaju se lica koja su do dana stupanja na snagu ovog zakona rehabilitovana, lica koja budu rehabilitovana po sili zakona u skladu sa ovim zakonom, kao i lica za koja se u postupku rehabilitacije utvrdi da nisu izvršila, odnosno učestvovala u izvršenju ratnih zločina.

Rehabilitacija se prema Zakonu o rehabilitaciji (član 3.) podrazumeva utvrđivanje ništavosti, odnosno nepunovažnosti akata i radnji kojima su određena lica lišena života, slobode ili drugih prava iz političkih, verskih, nacionalnih ili ideoloških razloga. Pravne posledice rehabilitacije za rehabilitovano lice i za druga zakonom određena lica predstavljaju skup mera uklanjanja i ublažavanja posledica ništavih, odnosno nepunovažnih akata i radnji, te obuhvataju pravo na: poseban penzijski staž; mesečnu novčanu naknadu (poseban dodatak); zdravstvenu zaštitu i druga prava iz zdravstvenog osiguranja; pravo na vraćanje konfiskovane imovine ili osuzete imovine, odnosno obeštećenje za tu imovinu; pravo na obeštećenje za materijalnu i nematerijalnu štetu (rehabilitaciono obeštećenje).

Zakon (član 4.) razlikuje dve vrste rehabilitacije. To su: a) zakonska rehabilitacija - po sili zakona (automatski) i b) sudska rehabilitacija - sudskom odlukom. Sud u slučaju zakonske rehabilitacije donosi odluku kojom utvrđuje da je lice rehabilitovano po sili zakona, a u slučaju sudske rehabilitacije sud ga svojom odlukom rehabilituje.

Po sili zakona (član 5.) rehabilituju se lica čija su prava i slobode povređena do dana stupanja na snagu ovog zakona, bez sudske ili administrativne odluke, kao i lica čija su prava i slobode povređena do dana stupanja na snagu ovog zakona, a koja su sudskom ili administrativnom odlukom kažnjena:

1) za delo koje u vreme izvršenja radnje nije bilo određeno zakonom kao kažnjivo delo ili kaznom koja u vreme izvršenja dela nije bila propisana,

2) za krivično delo neprijateljske propagande zlonamernim i neistinitim prikazivanjem društvenopolitičkih prilika u zemlji iz člana 118. Krivičnog zakonika FNRJ,

3) za krivično delo iz čl. 1 i 5. Zakona o suzbijanju nedopuštene trgovine, nedopuštene špekulacije i privredne sabotaže DFJ,

4) za krivično delo iz Zakona o suzbijanju nedopuštene trgovine, nedopuštene špekulacije i privredne sabotaže DFJ kada je protiv vlasnika preduzeća (radnje), odgovorne uprave pravnog lica, organa ili punomoćnika pravnog lica koji su upravljali preduzećem ili imanjem u svojini pravnog lica, povređena pretpostavka nevinosti,

5) za krivično delo iz člana 2. Zakona o zabrani izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i razdora DFJ ako je učinjeno samo radnjom pisanja i

6) zbog bekstva lica iz ustanove za izvršenje sankcija i drugih prinudnih mera u kojoj je izvršavana sankcija ili druga prinudna mera.

Takođe se po sili zakona rehabilituju i sledeća lica:

a) lica koja su na osnovu sudske ili administrativne odluke lišena slobode pod optužbom da su se izjasnili za Rezoluciju Informbiroa od 28.juna 1948.godine i držana u logorima ili zatvorima na teritoriji Federativne Narodne Republike Jugoslavije u periodu od 1949.do 1955.godine,

b) lica koja su po principu kolektivne odgovornosti proglašena za ratne zločince, odnosno učesnike u ratnim zločinima, a koja nisu izgubila jugoslovensko državljanstvo i nisu izvršila ili učestvovala u izvršenju ratnih zločina i

c) lica kojima je Ukazom Predsedništva Prezidijuma Narodne skupštine Federativne Narodne Republike Jugoslavije od 8.marta 1947.godine ukinuto državljanstvo i konfiskovana celokupna imovina.

2. Rehabilitacija u sudskoj praksi

1) "Okolnosti da je u krivičnom postupku zbog saradnje sa pripadnicima četničkog pokreta suprug jedne od okrivljenih oglašen krivim i osuđen zato što iako je znao za saradnju svoje supruge sa četnicima o tome nije obavestio narodne vlasti i način utvrđivanja činjenica u tom postupku samo putem iskaza saokrivljenih, ukazuje da je proces bio montiran i da je do krivične osude došlo iz političkih i ideoloških razloga. Po oceni ovog suda bračni par je pravnosnažnom krivičnom presudom osuđen iz ideološko-političkih razloga. Tadašnja vlast je montiranim procesima stvarala materijalne uslove za konfiskaciju imovine predratnih zanatlija i trgovaca. Novoformirana narodna vlast 1945. godine, dok još nije učvršćena nova država FNRJ, u svakome ko nije proleter, nalazi potajnu pretnju. U strahu da ne ojačaju finansijski, svi oni koji su posedovali malo više od drugih bili su žrtve progona i nasilja. Bračni par kao predratni fotografi, stara gradska porodica sa nekretninama u centru

grada (a niko u partizanima) sigurno su bili sumnjivi. Na osnovu svega navedenog veće ovog suda nalazi da je osuđujuća presuda vojnog suda valjevske oblasti kojom je bračni par osuđen na kaznu robije, gubitak građanskih i političkih prava i konfiskaciju imovine doneta je na osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja kao posledica progona političkih neistomišljenika, a sve iz ideološko-političkih razloga. Stoga je usvojen zahtev za rehabilitaciju po članu 1. Zakona o rehabilitaciji, pa je utvrđeno da je presuda vojnog suda ništava od trenutka donošenja i da su ništave sve pravne posledice ove presude” (rešenje Okružnog suda u Valjevu Reh. 4/2006).

2) ”Otac podnosioca zahteva za rehabilitaciju je u toku 1944. godine radio kao sekretar – delovođa opštine koji nije učestvovao u ratnim dejstvima. Zatvoren je u zatvoru OZNE bez ikakve odluke gde je i ubijen u toku novembra meseca 1944. godine bez vođenja sudskog ili bilo kakvog drugog postupka i donošenja bilo kakve sudske odluke. Činjenica je da je smrt upisana na osnovu rešenja opštinskog suda tek 2003.godine i da je pokojnom M. konfiskovana celokupna imovina, pa je zahtev za rehabilitaciju osnovan, te se utvrđuje da su ništave sve pravne posledice političkog progona i zaključka sreskog suda o konfiskaciji imovine pokojnog. Utvrđeno je, naime, da je M. bio ugledan čovek, zaposlen kao sekretar i delovođa opštine, da nije učestvovao u ratnim dejstvima, da je samo zato što je radio u državnoj službi, dakle, iz političkih i ideoloških razloga ubijen bez prethodnog vođenja krivičnog postupka i bilo kakve odluke uz konfiskaciju celokupne imovine” (rešenje Okružnog suda u Jagodini Reh. 5/2006).

3) ”Na primenu Zakona o rehabilitaciji nema uticaja što je po ranije važećim krivičnim propisima došlo do brisanja osude (sudska rehabilitacija) jer je tek stvarna rehabilitacija obezbeđena Zakonom o rehabilitaciji (rešenje Okružnog suda u Valjevu Reh. 6/2006).

4) ”Osnovan je zahev za rehabilitaciju sada pokojnih koji su oglašeni krivim zbog krivičnog dela privredne saradnje sa neprijateljem. Presudom okružnog suda iz 1946.godine nije pravilno utvrđeno činjenično stanje, a na osnovu te presude su lišeni slobode sada pokojni, uz prinudni rad i konfiskaciju celokupne imovine. Imovina je konfiskovana na osnovu zaključka sreskog suda iz 1946.godine prema kome nije doneta sudska ili neka druga odluka što nije moglo biti izrečeno bez osude za odgovarajuće krivično delo saglasno članu 16. Zakona o konfiskaciji i sprovođenju konfiskacije. Rešenjem kojim su usvojeni zahtevi za rehabilitaciju poništene su pravnosnažne sudske odluke o krivici i rešenja o konfiskaciji imovine jer se radilo o donošenju sudske odluke o lišenju slobode i gubitka drugih prava podnosioca zahteva iz poli-

tičkih i ideoloških razloga. Njihov cilj je bio razvlašćivanje buržoazije u cilju ukidanja privatne svojine” (rešenje Okružnog suda u Jagodini Reh. 7/2006).

5) ”U situaciji kada je podnosilac zahteva za rehabilitaciju pravnosnažnom sudskom presudom iz 1973.godine oglašen krivim zbog krivičnog dela učestvovanja u neprijateljskoj delatnosti protiv Jugoslavije jer je, dok je imao boravište u Cirihi stupio u vezu sa izbegličkom organizacijom ”Srpski kulturni klub”, vršio naplatu članarine, prisustvovao sastancima na kojima se govorilo protiv društvenog i političkog uređenja SFRJ i osuđen na kaznu zatvora, radi se o lišenju slobode iz ideoloških i političkih razloga, pa je osnovan zahtev za rehabilitaciju, te se utvrđuje ništavost pravnosnažne sudske presude i njenih pravnih posledica osude” (rešenje Okružnog suda u Jagodini Reh. 9/2006).

6) ”Lice kome je za učinjeno krivično delo smrtna kazna izrečena iz političkih i ideoloških razloga ima pravo na rehabilitaciju i pored toga što je kasnije pomilovano. Po izvođenju svih dokaza veće ovog suda nalazi da je pokojni S. osuđen iz ideološko-političkih razloga jer je, iako pripadnik Jugoslovenske armije, ideološki bio privržen četničkom pokretu. Kada mu se pružila prilika da svojim političkim istomišljenicima pomogne, on je to i učinio. Tadašnje vlasti su u njegovom postupku videle izdaju države i novonastalog komunističkog poretka, te su ga kao pristalicu ”izdajničke terorističke organizacije Draže Mihajlovića” osudili na najstrožu kaznu – kaznu smrti streljanjem. Na izvršenje ove kazne okrivljeni je čekao četiri meseca, okovan u lance u krajnje nehumanim uslovima da bi mu u martu 1946.godine ova kazna bila zamenjena zatvorskom kaznom u trajanju od 20 godina od kojih je izdržao 15 godina. Na izloženi način je utvrđeno da je okrivljeni osuđen iz ideološko-političkih razloga čime je povređeno njegovo pravo na slobodu, pa se usvaja njegov zahtev za rehabilitaciju i utvrđuje da je presuda Vojnog suda Četvrtre divizije u Valjevu ništava i da su ništave sve pravne posledice ove presude u smislu člana 5. Zakona o rehabilitaciji” (rešenje Okružnog suda u Valjevu Reh. 10/2006).

7) ”U situaciji kada je podnosilac zahteva za rehabilitaciju osuđen presudom u toku 1945.godine da je kao aktivan pripadnik terorističke naoružane četničke organizacije Draže Mihajlovića kao komandir zatvora mučio zatvorenike za vreme okupacije – na kaznu lišenja slobode sa prinudnim radom u trajanju od 20 godina, a dokazima je utvrđeno da je do 1942. godine, pa do kraja rata bio u logoru Mathauzen, tada je osnovan zahtev za rehabilitaciju, pa se poništavaju pravne posledice presude vojnog suda iz 1945.godine jer je osuđen isključivo iz ideoloških i političkih razloga. Dokazima – saslušanjem

podnosioca zahteva, uvidom u spise vojnog suda iz 1945.godine i spise o pomilovanju osuđenog, utvrđeno je da je presudom podnosilac zahteva osuđen da je kriv što je kao aktivni pripadnik terorističke naoružane četničke organizacije Draže Mihajlovića kao komandir zatvora mučio zatvorenike za vreme okupacije, da je sa ostalim četnicima vršio hapšenja M. koga su streljali pored reke – na kaznu lišenja slobode sa prinudnim radom u trajanju od 20 godina uz gubitak građanskih i političkih prava. Izdržao je kaznu zatvora u trajanju od deset godina, pa je pomilovan jer su određeni svedoci izjavili da nikakvo nedelo za vreme okupacije on nije učinio jer je bio u logoru Mathauzen od 1942.godine do kraja rata. Osnovan je zahtev za rehabilitaciju jer je očigledno da je bio osuđen iz političkih i ideoloških razloga, da nisu postojali dokazi da je učestvovao u događajima navedenim u osuđujućoj presudi, da mu je izrečena kazna koja nije bila odgovarajuća i adekvatna opisanoj radnji. Na taj način su poništene i sve pravne posledice osuđujuće krivične presude” (rešenje Okružnog suda u Čačku Reh. 11/2006).

8) ”Okolnost da je lice osuđeno zbog toga što je kao pripadnik četničkog pokreta primio naredjenje da likvidira određene pripadnike JNOF pri čemu sud samo pretpostavlja da bi naredjenje bilo i izvršeno i zaključuje da je to sprečeno hapšenjem, ukazuje da je do osude došlo iz političkih i ideoloških razloga i da su ispunjeni zakonski uslovi za rehabilitaciju. Po izvođenju svih dokaza sud nalazi da je navedenom krivičnom presudom L. osuđen iz ideoloških i političkih razloga pošto je bio pripadnik četničkog pokreta. Tadašnje vlasti u sprovedenom krivičnom postupku bez detaljnog ulaženja u činjenično stanje i bez neposrednih dokaza nalaze da je L. kriv za delo koje čak nije ni pokušao da učini. Sud pretpostavlja da bi on sigurno pokušao i izvršio likvidaciju određenih članova JNOF, ali je njegovim hapšenjem to sprečeno. Konkretno su ga osudili za delo koje niti je pokušano, niti je izvršeno. Takođe je L. osuđen i za organizovanje proslave slave u svojoj kući što predstavlja njegovo ljudsko i građansko pravo, ali ne krivično delo. Dakle, L. je osuđen na smrtnu kaznu isključivo iz ideoloških i političkih razloga jer jedino što je utvrđeno jeste to da je on bio pripadnik Kraljevske gorske garde i politički nestomišljenik tadašnje komunističke vlasti. Na izloženi način je utvrđeno da je doneta presuda iz ideoloških i političkih razloga čime je povređeno njegovo pravo na život, a potom i na slobodu kretanja, te se usvaja zahtev za njegovu rehabilitaciju, pa se utvrđuje da je pravnosnažna presuda vojnog suda Četvrte divizije ništava od trenutka donošenja i da su ništave sve pravne posledice ove presude u smislu člana 5. Zakona o rehabilitaciji” (rešenje Okružnog suda u Valjevu Reh. 18/2006).

9) "Kada je podnosilac zahteva za rehabilitaciju osuđen presudom vojnog suda u toku 1949. godine zbog krivičnog dela širenja neprijateljske propagande na kaznu lišenja slobode sa prinudnim radom u trajanju od četiri godine, gubitkom građanskih prava u trajanju od jedne godine, gubitkom čina starijeg vodnika Jugoslovenske armije jer je uputio više izjava protiv komunističke partije, rukovodstva partije i države – tada je lišen slobode i drugih prava iz političkih i ideoloških razloga, pa shodno članu 1. Zakona o rehabilitaciji ima mesta usvajanju zahteva za rehabilitaciju i poništavanju presude vojnog suda, a takođe se poništavaju i sve posledice osude podnosioca zahteva. Na osnovu Zakona o rehabilitaciji podnosilac je podneo zahtev za rehabilitaciju jer je bio žrtva progona i nasilja iz političkih i ideoloških razloga. Ocenom izvedenih dokaza je utvrđeno da je pravnosnažnom presudom vojnog suda iz 1949. godine podnosilac oglašen krivim što se negativno izjasnio o Jugoslovenskoj armiji u kojoj je izgubio zdravlje, da su ga samo jednom komesari prevarili i naterali da potpiše obavezu, ali da više neće i niko ga ne može sprečiti da ide kući, da je negodovao zbog skidanja slike Staljina sa zida, da se u slučaju rata ne bi borio protiv Rusa, da je do sukoba sa Sovjetskim savezom došlo do grešaka našeg rukovodstva, da je nepravedna politika partije u odnosu na otkup viškova i radne snage, te da je na taj način učinio krivično delo širenja neprijateljske propagande i osuđen na kaznu lišenja slobode sa prinudnim radom uz gubitak građanskih prava i vojnog čina. To znači da je podnosilac osuđen iz ideoloških i političkih razloga s obzirom da se iz sadržine presude jasno vidi da mu se stavlja na teret niz njegovih izjava protiv komunističke partije i tadašnjeg rukovodstva partije i države i politike koju su oni vodili. Na taj način ima mesta usvajanju zahteva za rehabilitaciju poništavanjem pravnih posledica osude vojnog suda" (rešenje Okružnog suda u Čačku Reh. 24/2006).

Rehabilitacija lica osuđenih za učinjena krivična dela

1. Pojam i sadržina rehabilitacije

Pored napred navedene rehabilitacije, Krivični zakonik takođe predviđa istoimeni institut koji je vezan za učinioce krivičnih dela kojima je pravnosnažnom sudskom presudom izrečena određena vrsta, odnosno mera kazne. Da bi se otklonilo takvo štetno dejstvo prethodne osude javila se ideja o rehabilitaciji kao kriminalno-političkoj meri za pružanje podsticaja osuđe-

nom licu da se ubuduće primerno vlada i da bude lojalan i koristan građanin društvene zajednice. To je vid nagrade osuđenom licu za dobro vladanje.

Kroz rehabilitaciju se ostvaruje ravnoteža interesa društva i interesa osuđenog lica. Rehabilitacija je ponovno uspostavljanje statusa punopravnog građanina osuđenom licu s tim da mu ranija presuda u kasnijem redovnom životu ne smeta⁶. Njome se želi olakšati društvena reintegracija i normalan život osuđenom licu. To je nagrada za njegovo dobro vladanje nakon izdržane kazne, ali i jedno od sredstava za sprečavanje povrata (recidiva).

Rehabilitacija se sastoji u ukidanju pravnih posledica osude i brisanju osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim (član 97.). Sa nastupanjem rehabilitacije prestaju da dejstvuju pravne posledice osude i osuđeno lice stiče sva prava koja imaju i ostali građani⁷. Njegovo krivično delo se zaboravlja, a njegovo ime se briše iz kaznene evidencije. U službenim ispravama se ne pominje da je bilo osuđivano. Tako se stvara fikcija o neosuđivanosti osuđenog lica s težnjom da se ono izjednači s ostalim članovima društva⁸. To znači da je u našem pravu prihvaćen „model pune rehabilitacije“. No, rehabilitacijom se ne dira u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi⁹.

U Krivičnom zakoniku (član 97, stav 2.) se takođe razlikuju dve vrste rehabilitacije. To su: a) zakonska i b) sudska rehabilitacija.

Zakonska rehabilitacija nastupa po sili zakona, automatski s protekom određenog vremena posle izdržane kazne pod uslovom da osuđeno lice za to vreme ne izvrši novo krivično delo¹⁰. S druge strane, sudska rehabilitacija nastupa sudskom odlukom koja se donosi na molbu osuđenog lica po proteku određenog vremena od izdržane kazne. Sudska rehabilitacija je fakultativna. Da li će sud doneti odluku o rehabilitaciji osuđenog lica ili ne, zavisi od njegove ocene vladanja učinioa krivičnog dela posle izlaska iz zavodske ustanove i od njegovog odnosa prema radu i društvenim vrednostima čime se

⁶ D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2018, str. 313-316.

⁷ M. Jović, M. Nicević, S. Dečković, *Krivično pravo, Opšti deo*, Novi Pazar, 2024, str. 444-447.

⁸ Poseban modalitet rehabilitacije kao „poništaj osude“ predviđao je Krivični zakonik Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (član 90). Sud je prema ovoj zakonskoj odredbi mogao protekom određenog roka posle izdržane, zastarele ili oproštene kazne na molbu lica koje je prvi put osuđeno da poništi za budućnost osudu sa svim njenim zakonskim posledicama. Ovako poništena osuda se brisala iz kaznene evidencije.

⁹ Ovakvo rešenje može da dovede do spornih situacija u praksi kada usled zastarelosti, amnestije, pomilovanja ili sličnih razloga (sporazum o priznanju krivičnog dela) uopšte nije doneta osuda.

¹⁰ Ž. Horvatić, *Kazneno pravo, Opći dio I*, Zagreb, 2003, str. 256-257.

može utvrditi da se on u dovoljnoj meri popravio i prevaspitao tako da neće vršiti nova krivična dela.

Pored toga, u pravnoj teoriji se razlikuju¹¹:

a) osnovna rehabilitacija – nastupa odmah nakon izdržane, zastarele ili oproštene kazne jer od tog trenutka osuđeno lice uživa sva građanska prava priznata Ustavom, zakonima i drugim propisima. Ova rehabilitacija nije potpuna, jer je moguće da su osuđenom licu ograničena neka prava primenom mere bezbednosti ili pravne posledice osude, a još uvek nije nastupila ni fikcija neosuđivanosti i

b) dopunska rehabilitacija - nastupa istekom mera bezbednosti i prestankom trajanja pravnih posledica osude posle proteka određenog vremena ako osuđeno lice za to vreme ne učini novo krivično delo kada se i briše njegova osuda iz kaznene evidencije. Ovo je tek puna, potpuna rehabilitacija koju krasi fikcija neosuđivanosti.

Institut rehabilitacije je u krivičnom pravu Republike Srbije uređen odredbama čl. 97–100. Krivičnog zakonika. Prema ovom zakonskom rešenju osuđena lica posle izdržane, oproštene ili zastarele kazne zatvora ili maloletničkog zatvora uživaju sva prava utvrđena Ustavom, zakonom, drugim propisima i opštim aktima i mogu sticati sva prava, osim onih koja su im ograničena usled izrečene mere bezbednosti ili nastupanja pravne posledice osude¹². Zakonska rehabilitacija nastupa i za lica na uslovnom otpustu ukoliko njihova prava nisu ograničena posebnim zakonskim odredbama o uslovnom otpustu. U izvesnim slučajevima osuda može povlačiti pravne posledice, tako da osuđeno lice za određeno vreme ne može da vrši određena prava. Tada se rehabilitacija javlja kao sredstvo za vraćanje tih prava osuđenim licima pre nego što protekne rok njihovog dejstva. Tada se primenjuje sudska rehabilitacija¹³.

Zakonska rehabilitacija (član 98.) se daje ako su ispunjena dva kumulativno predviđena uslova: a) licu koje pre osude na koju se odnosi rehabilitacija nije bilo osuđivano (primarni delinkvent) ili koje se po zakonu smatra neosuđivanim i b) licu koje za određeno u zakonu navedeno vreme ne učini novo krivično delo¹⁴.

¹¹ V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Rijeka, 2009, str. 211-214.

¹² M. Babić, I. Marković, Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008, str. 522-527.

¹³ B. Petrović, A. Ferhatović, D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti dio, Sarajevo, 2024, str. 563-565.

¹⁴ B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007, str. 271-272.

Ova vrsta rehabilitacije nastupa u sledećim slučajevima ako lice¹⁵:

1) koje je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne ili kome je izrečena sudska opomena u roku od godinu dana od pravnosnažnosti presude, ne učini novo krivično delo,

2) kome je izrečena uslovna osuda, u vreme proveravanja i u roku od godinu dana po isteku roka proveravanja ne učini novo krivično delo,

3) koje je osuđeno na novčanu kaznu, kaznu rada u javnom interesu ili kaznu oduzimanja vozačke dozvole ili kaznu zatvora do šest meseci, u roku od tri godine od dana kada je ta kazna izvršena, zastarela ili oproštena ne učini novo krivično delo,

4) koje je osuđeno na kaznu zatvora preko šest meseci do jedne godine, u roku od pet godina od dana kada je izvršena, zastarela ili oproštena kazna ne učini novo krivično delo i

5) koje je osuđeno na kaznu zatvora preko jedne do tri godine, u roku od deset godina od dana izvršene, zastarele ili oprostene kazne ne učini novo krivično delo.

No, zakonom je izričito određeno da zakonska rehabilitacija ne nastupa ako još uvek traje izrečena sporedna kazna ili mera bezbednosti¹⁶.

Drugu vrstu rehabilitacije predstavlja sudska rehabilitacija. Ona se daje odlukom suda na osnovu molbe osuđenog lica¹⁷. Razlikuju se dve vrste sudske rehabilitacije.

Prva vrsta sudske rehabilitacije (član 99.) se može (ali ne mora) dati osuđenom licu kome je izrečena kazna zatvora preko tri do pet godina pod uslovom da to lice u roku od deset godina od dana izvršene, zastarele ili oprostene kazne ne učini novo krivično delo¹⁸. No, i kada su ispunjeni ovi uslovi

¹⁵ I. Simić, A. Trešnjev, *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010, str. 85-87.

¹⁶ P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, str. 446-449.

¹⁷ Licu koje je više puta osuđivano sud može dati rehabilitaciju samo ako su ispunjeni zakonom propisani uslovi u pogledu svakog krivičnog dela za koje je osuđeno (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 1157/2016); Kod ocene svih drugih okolnosti od značaja za davanje sudske rehabilitacije treba imati u vidu stepen težine krivičnog dela (rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž. Po. 209/2020); Licu koje je više puta osuđivano sud može dati rehabilitaciju samo ako su ispunjeni uslovi u pogledu svakog krivičnog dela za koje je osuđeno. Pri oceni da li će u svakom slučaju dati rehabilitaciju sud uzima u obzir sve zakonom propisane okolnosti – da je više krivičnih dela protiv zdravlja ljudi i krivičnih dela protiv javnog reda i mira izvršeno u kontinuitetu u kratkom vremenskom periodu imajući u vidu prirodu i značaj učinjenih krivičnih dela (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 1585/2021).

¹⁸ B. Čević, *Krivično pravo*, Opšti deo, Beograd, 2002, str. 579-586.

sud daje rehabilitaciju samo ako utvrdi da je osuđeno lice svojim vladanjem to zaslužio i ako je prema svojim mogućnostima nadoknadilo štetu prouzrokovanu krivičnim delom, pri čemu je sud dužan da uzme u obzir i druge okolnosti koje su od značaja da davanje rehabilitacije, a posebno prirodu i značaj učinjenog dela. I sudska rehabilitacija se ne može dati ako još uvek traju izrečene sporedne kazne ili mere bezbednosti¹⁹.

Druge vrste sudske rehabilitacije javlja se u dva slučaja²⁰:

1) licu koje je više puta osuđivano (povratniku) daje se rehabilitacija ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi u pogledu svakog pojedinačnog krivičnog dela koji se odnose na protek zakonom određenog vremena i neizvršenje novog krivičnog dela u ostavljenom roku (član 100.) i

2) po proteku roka od tri godine od dana izvršene, zastarele ili oproštene kazne sud je ovlašćen da odluči o prestanku pravne posledice osude koja se odnosi na zabranu sticanja određenih prava ukoliko ta posledica nije prestala usled primene rehabilitacije²¹ (član 101.). Pri donošenju ove odluke sud uzima u obzir²²: a) ponašanje osuđenog lica posle osude, b) da li je nadoknadio štetu prouzrokovanu krivičnim delom, odnosno vratio imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom i c) druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost prestanka određene pravne posledice osude.

2. Rehabilitacija u sudskoj praksi

1) "Prvostepeni sud je prilikom odlučivanja o vrsti i visini kazne procenio značaj osuđivanosti okrivljenog u odnosu na osudu za koju je nastupila zakonska rehabilitacija još pre izvršenja predmetnog krivičnog dela. Stoga se okrivljeni ima smatrati kao ranije neosuđivano lice. U konkretnom slučaju sud nije dovoljno cenio činjenicu da je predmetno krivično delo izvršeno 2008. godine, a da je okrivljeni pet godina pre toga uslovno kažnjen i da je za tu osudu nastupila zakonska rehabilitacija" (presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 4488/2012.). "Ako nadležni organ – organ nadležan za vođenje kaznene evidencije ne postupi po zahtevu osuđenog u roku od 30 dana od dana prijema zahteva, osuđeni može tražiti da sud koji je u prvom stepenu

¹⁹ Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2022, str. 387-390.

²⁰ M. Đorđević, Đ. Đorđević, Krivično pravo, Beograd, 2020, str. 120-121.

²¹ M. Babić, Komenar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Opšti dio, Banja Luka, 2021, str. 513-521.

²² I. Joksić, Krivično pravo, Opšti deo, Novi Sad, 2019, str. 464-467.

izrekao presudu donese rešenje o rehabilitaciji” (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 1886/2013).

2) "Ne može se izvršiti brisanje iz kaznene evidencije mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi koja je izrečena zbog izvršenog krivičnog dela teška telesna povreda okrivljenom licu iz razloga što je zakonom određeno da se sudska rehabilitacija može dati samo onome licu koje je osuđeno na kaznu zatvora preko tri godine. Sud je utvrdio da okrivljeni nije osuđivano lice jer mu nije pravnosnažno izrečena kazna zatvora, pa se u konkretnom slučaju ne može raditi ni o postupku za prestanak pravne posledice osude" (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 3628/2013).

3) "Okrivljeni ne sme snositi štetne posledice usled neažurnosti državnih organa, odnosno organa nadležnog za vođenje kaznene evidencije koji nije sproveo zakonsku proceduru brisanja osude i prestanak svih pravnih posledica osude shodno zakonu. Prvostepenom presudom je utvrđeno da se okrivljeni ima smatrati neosuđivanim jer su ispunjeni zakonski uslovi za nastupanje zakonske rehabilitacije jer je na osnovu izvoda iz kaznene evidencije utvrđeno da je doneta presuda postala pravnosnažna 22. juna 2007. godine, a okrivljeni u roku proveravanja i godinu dana posle isteka toga roka nije učinio novo krivično delo. Budući da protiv okrivljenog nije u toku neki drugi krivični postupak ovu čuinejnicu treba utvrditi primenom načela in dubio pro reo" (presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 5/2014).

4) "Prilikom ispitivanja uslova za postojanje zakonske rehabilitacije neophodno je utvrditi i da li je sud prethodno dostavio nadležnoj policijskoj upravi odluku radi upisa u kaznenu evidenciju. Uvidom u spise prvostepenog suda nesumnjivo nije izrađena tzv. pravnosnažnost odluke u potpunosti jer je u spisu samo priložena naredba za plaćanje novčane kazne i uplatnica, a da postupajući sudija nije dostavio nadležnoj policijskoj upravi odluku radi upisa u kaznenu evidenciju. Nerazumljivi su razlozi prvostepenog suda da zbog sopstvenog propusta, iako osuđeni uspunjava sve zakonom propisane uslove, kao i izjašnjenja javnog tužioca da su ispunjeni uslovi za brisanje osude, prvostepeni sud konstatuje da ne postoje uslovi za zakonsku rehabilitaciju osuđenog" (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 284/2014).

ZAKLJUČAK

Pravično je i zakonito prema učiniocu krivičnog dela izreći propisanu vrstu i meru kazne ili drugu vrstu krivične sankcije za učinjeno krivično delo od strane nadležnog krivičnog suda. Primenom svih krivičnih sankcija se učiniocu krivičnog dela – osuđenom licu oduzimaju ili ograničavaju Ustavom i zakonom garantovana ljudska prava i slobode za određeno vreme. Posle izdržane kazne ili druge krivične sankcije osuđeno lice se vraća u društvenu zajednicu kao slobodan i njen ravnopravan član. No, to je samo privid, jer ga u tom »slobodnom« statusu ometa još uvek trajanje pravnih posledica osude (koje nastupaju po sili zakona posle osude za određeno krivično delo ili posle osude na kaznu zatvora) ili pak trajanje »vremenski« određenih mera bezbednosti.

Stoga sva savremena krivična zakonodavstva, pa tako i zakonodavstvo Republike Srbije poznaju institut rehabilitacije kojim se stvara »fikcija neosuđivanosti« osuđenog učinioca krivičnog dela. Prema ovom zakonskom rešenju sva osuđena lica posle izdržane, oprostene (putem amnestije ili pomilovanja) ili zastarele kazne zatvora ili maloletničkog zatvora uživaju sva prava utvrđena Ustavom, zakonom, drugim propisima i opštim aktima. Pored toga, ova lica mogu takođe sticati sva prava, osim onih koja su im ograničena usled izrečene mere bezbednosti ili nastupanja pravne posledice osude.

Doduše ovu izuzetnu privilegiju osuđena lica dobijaju, ili po sili zakona, automatski (zakonska rehabilitacija), ili odlukom suda na njihov zahtev (sudska rehabilitacija) po ispunjenju zakonom kumulativno propisanih uslova koji su vezani za dužinu provedenog vremena od okončanja primene kazne, odnosno za uzdržavanje od izvršenja novog krivičnog dela. Ovakvo ponašanje osuđenog lica ukazuje da se uzdržava od kršenja normi pravnog poretka, te vršenja krivičnih dela, što posredno ukazuje da je ostvarena svrha propisivanja, izricanja i izvršenja krivičnih sankcija.

LITERATURA

1. Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo, Opšti dio*, Banja Luka, 2008.
2. Babić, M., *Komenar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Opšti dio*, Banja Luka, 2021.
3. Čejović, B., *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2002.
4. Đorđević, M., Đorđević, Đ., *Krivično pravo*, Beograd, 2020.
5. Grozdanić, V., Škorić, M., *Uvod u kazneno pravo, Opći dio*, Rijeka, 2009.
6. Horvatić, Ž., *Kazneno pravo, Opći dio I*, Zagreb, 2003.

7. Joksić, I., *Krivično pravo, Opšti deo*, Novi Sad, 2019.
8. Jovašević, D., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2018.
9. Jović, M., Nicević, M., Dečković, S., *Krivično pravo, Opšti deo*, Novi Pazar, 2024.
10. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004.
11. Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007.
12. Petrović, B., Ferhatović, A., Jovašević, D., *Krivično pravo, Opšti dio*, Sarajevo, 2024.
13. Simić, I., Trešnjev, A., *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010.
14. Stojanović, Z., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2022.

Službena glasila

1. „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 i 94/2024.
2. „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 72/2011.
3. „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 82/2011.
4. „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 55/2014 i 87/2018).
5. „Službeni glasnik Republike Srbije” broj 55/2014 i 35/2019.

prof. Dragan Jovašević²³

THE IMPORTANCE OF REHABILITATION IN SERBIAN CRIMINAL LAW

Summary: *All modern criminal legislation prescribes different types and measures of punishments and other types of criminal sanctions that competent courts impose on perpetrators of criminal acts in order to achieve effective protection of the most important social values - a protective, guarantee function. When the convicted person has fully served his sentence, he returns to the social community. But he still does not enjoy all the rights and freedoms prescribed by the constitution and laws due to the legal consequences of the conviction. That's why the criminal legislation prescribes a system of measures for their abolition, which creates the fiction that the perpetrator of the crime has not been convicted. This is achieved by applying the rehabilitation institute, which appears in two forms, such as: a) legal and b) judicial rehabilitation. Rehabilitation occurs after the passage of time specified by law and the fulfillment of cumulatively prescribed conditions that indicate that the purpose of the punishment has been achieved.*

Key words: *punishment, purpose of punishment, rehabilitation, status of non-convict, law*

²³ L.L.D.Full Professor, Law faculty, University of Niš

УДК 343.988:343.615-055.2

doi 10.7251/PR7125879I

Прегледни научни чланак

ГЕНИТАЛНО САКАЋЕЊЕ ЖЕНА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Проф. др Вељко Икановић¹

***Анстракт:** Поред класичних кривичних дјела у новом домаћем кривичном законодавству јављају се и нова кривична дјела која су до сада била непозната домаћој кривичноправној науци и законодавству (генитално сакаћење жена, принудна стерилизација и прогањање). Обрезавање женског полног органа, које стоји у основи новог кривичног дјела дефинисаног као генитално или полно сакаћење, представља потпуну културну непознаницу на просторима овог дијела Европе. Зато појављивање новог кривичног дјела у домаћем законодавству изазива изненађење, доводи до различитих тумачења која су плод неприродне појаве коју законодавац прихвата као опасност за друштво које о томе ништа не зна. Управо тим кривичном дјелом бавимо се у овом раду, са циљем да одговоримо на питање о суштини саме противправне радње, корјенима и потреби санкционисања у једном озбиљном системском закону нечега што не представља ни спорадичну друштвену појаву.*

***Кључне ријечи:** кривично дјело, конвенција, закон, генитално сакаћење.*

¹ Проф. др Вељко Икановић, Судија Врховног суда Републике Српске и редовни професор Факултета правних наука, Паневропског универзитета Апеирон Бања Лука, Е-mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba.

УВОД

Осамнаестог јула 2017. године ступио је на снагу Кривични законик Републике Српске² (у даљем тексту: Законик) који прописује неколико посебних, до сада у нашој културној и правној традицији, непознатих, кривичних дјела. То су кривична дјела гениталног сакаћења жена, принудне стерилизације и прогањања. Прописивање појединих дјела је обавеза произашла из Конвенције Савјета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (такозвана Истанбулска конвенција), коју је Босна и Херцеговина ратификовала 2013. године.³ Ова кривична дјела, која су настала на основи међународних стандарда садржаних у универзалним и регионалним документима, познаје и већина савремених европских кривичних законодавастава. Овдје се ради о специфичним дјелима која имају посебан основ за прописивање изван наше историјске, културне и правне баштине, посебну правну природу, елементе и карактеристике.

С обзиром на важност закона који је донесен забрињава чињеница да је све то прошло мање или више незапажено у домаћој стручној и научној јавности. У домаћој науци скоро да нема радова који се баве овом материјом, док је стручна јавност (судије и тужиоци) заузета едукацијом по унапријед дефинисаним програмима на којима се не даје било какав, а поготово критички, осврт на ова законска рјешења. Поготово се олако прихвата као дата истина све оно што је резултат „нових“ трендова у кривичноправном регулисању осјетљиве материје која се тиче односа полова, положаја и заштите жена и дјеце и сексуалних склоности („опредјелења“). Ово није резултат мултидисциплинарног приступа једној важној материји у озбиљном подухвату као што је стварање једног кривичног законика, који би требао бити заснован на историјској, културолошкој, социолошкој, економској и статистичкој подлози, већ је посљедица брзоплето прихваћених међународних обавеза или утицаја појединих интересних група, које немају довољно стручног, а поготово научног знања за оно што заступају и што желе преточити у закон. Сматрамо да је много нејасноћа које захтијевају да се ради бољег разумијевања и лакше практичне примјене позабавимо анализом бића ових

² *Службени гласник Републике Српске*, број 64/17.

³ Конвенције Савјета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник БиХ – Међународни уговори*, бр. 19/13.

кривичних дјела, указујући на одређене слабости у циљу унапређења постојеће законске регулативе.

1. ГЕНИТАЛНО САКАЋЕЊЕ ЖЕНА

Вјерујемо да обични људи на просторима бивше СФРЈ нису ни чули за генитално сакаћење жена, а камоли да знају о чему се ту ради. Слободни смо тврдити да се то односи и на претежан дио стручне, па и научне јавности која се бави кривичним правом све до момента када тај појам преко међународних докумената није ушао у домаће кривично законодавство. Ово не треба да изненађује јер се ради о појави која није била присутна код домицилног европског становништва, већ се у једном дијелу Европе (западним развијеним земљама) појавила са приливом миграната из земаља подсахарске африке. Због тога инкриминасање ових радњи, мање или више оправдано, изазива одређене контроверзе код домаће стручне и научне јавности која на то обраћа пажњу, али углавном пролази скоро незапажено јер се „ради о међународним државним обавезама“. Овдје се ради о „пузајућем“ криминалитету који се раширио траговима миграната и попримио забрињавајуће размјере зато што се сукобљава са основним поставкама, прије свега, европске хришћанске традиције али и других европских култура. Због миграција лица која потичу из подручја гдје се генитално сакаћење жена сматра прихватљивим, проблем је данас присутан и у Европи, Аустралији, Канади и Сједињеним Америчким Државама.⁴

Уочавајући овај проблем Савјет Европе је у циљу сузбијања и искорјењивања те појаве предузео одговарајуће мјере на међународном плану. То је резултирало доношењем одговарајуће конвенције, стратешких планова и непрестаним праћењем спровођења договорених и прихваћених мјера. Колики се значај томе придаје говори и чињеница да је 06. фебруар проглашен за Међународни дан борбе против гениталног сакаћења жена. Сматрамо корисним указати на садржину заједничке изјаве уочи обиљежавања овог дана коју су дали високи функционери Европске уније, у којој се наглашава како „свака дјевојчица и жена има право

⁴ Б. Херцег Пакшић, Е. Јакуповић, Сакаћење женских сполних органа: Појавни облици, медицинска обиљежја и казненоправна регулација, Правни вјесник, год 32, бр. 2, 2015, стр. 212. <https://hrcak.srce.hr/file/217422>.

на живот без насиља и боли“.⁵ Према подацима који су у изјави изнијети пракси гениталног сакаћења подвргнуто је више од 200 милиона жена и дјевојчица широм свијета, од чега њих 500.000 у Европи (податак који се односи на Европу изненађење је и за аутора овог рада). Још је озбиљнија прогноза како пријети опасност да ће до 2030. године то морати проћи још 68 милиона дјевојчица у 25 земаља. „Та пракса није ништа друго него мучење и понижавање које се не може оправдати, ни као обичај, ни као дио традиције, културе или вјере. Кажњива је у свим државама чланицама Европске уније. Недавно су изречене прве осуђујуће пресуде над лицима због гениталног сакаћења жена те очекујемо да ћемо правди моћи привести било кога ко тај злочин почини у Европској унији или га организује у трећој земљи“.⁶ С обзиром да је прилив миграната велики изазов за Европску унију, то је она предводник глобалног настојања да се генитално сакаћење жена искоријени до 2030. године због чега је са Уједињеним нацијама покренула глобалну иницијативу „*Spotlight*“, чији је циљ да се искоријене сви облици насиља над женама и дјевојчицама, укључујући генитално сакаћење.

Ради бољег разумијевања ове материје сматрамо да је неопходно, прије свега, објаснити шта у анатомском (грађа) и физиолошком (функција) смислу представља гениталног сакаћења жена, гдје се јавља, који међународни документи га третирају, како је уређено у упоредном праву, па на крају доћи до домаћег законодавства.

1.1. Генитално сакаћење жена као етиолошка и феноменолошка појава

Женско обрезивање, као веома насилан и болан поступак уклањања дијелова тијела жене, раширено је у многим афричким (посебно подсахарским), као и у арапским и азијским државама. Изван круга ових земаља обрезивање се дефинише као женско генитално сакаћење и сматра се глобалним здравственим проблемом са комплексним правним и етичким схватањима. Свјетска здравствена организација (СЗО – енгл. WHO) дефинисала је женско генитално сакаћење као све поступке којим се дјелимично или потпуно одстрањују спољне женске гениталије или

⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/hr/STATEMENT_19_810, asp., 13. фебруар 2020.

⁶ *Ibid.*

на други начин повређују женски полни органи из разлога који нису медицински оправдани и индиковани.⁷ Поступак обрезивања најчешће се проводи на дјевојчицама од четири до осам година старости, а нешто рјеђе на старијим дјевојкама.

Према најновијим процјенама данас у свијету живи око 150 милиона обрезаних жена, са тенденцијом годишњег повећања за око 2 милиона. Прошле године УНИЦЕФ је објавио упоредне податаке о афричким и земљама Блиског истока, користећи резултате више од 70 националних истраживања, урађених у периоду од 20 година у 29 држава гдје је та пракса уобичајена. Према тим подацима, у осам земаља скоро све дјевојчице су обрезане. У Сомалији је учесталост ове праксе чак 98 одсто, Гвинеји 96, у Цибутију 93, а у Египту 91 проценат, у Еритреји и Малију је 89, а у Судану и Сијера Леонеу 88 одсто обрезаних. У неким земљама овај захват је ушао у здравствени систем. Тако у Египту највише процедура обаве професионалци који смањују вјероватноћу инфекције, бола и крварења, али истовремено чине ову процедуру легитимном упркос одлукама УН.⁸

Женско обрезивање се разликује од мушког по томе што представља тешко оштећење полних органа, док мушко то није. Већ смо рекли да се најчешће обрезују дјевојчице у доби између четири и осам година старости (дневно око 6.000). Свако обрезивање није исто јер постоји више врста женског обрезивања које се разликују по тежини захвата којим се задире у тијело обрезиване жене. Једна од „блажих“ врста јесте “блага сунна” (клиторидектомија) која се састоји у убадању, резању или потпуном уклањању кожице клиториса (лат. *clitoris*) и може укључивати одстрањивање цијелог клиториса. Друга врста је радикалнија (ексцизија) и састоји се од комплетног уклањања дијела или цијелог клиториса, малих стидних усмина (лат. *Labia minora*) и околних подручја и шивања преосталог ткива које оставља вагинални и мокраћни отвор отвореним. Трећи тип је инфибулација (тзв. фараонско обрезивање), најозбиљнији је јер укључује потпуно одстрањивање свих спољних гениталија, затим шивање цијелог подручја осим малог отвора који служи за мокрење и цурење менструалне крви. Послије овог захвата дјевојчице над којима је изведен морају више од мјесец дана бити завезаних ногу због зарастања,

⁷ Female Genital Mutation (FGM) – Terminology and the main types of FGM, World Health Organization, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>.

⁸ <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=1217098&print=yes, asp>, 14. фебруара 2020.

а процес поновног отварања и поновног шивања ране одвија се при сваком полном акту и рађању дјетета.⁹

Само обрезивање се најчешће врши у нехигијенским условима, импровизованим објектима, колибама, кровињарама, често и на голој земљи у прашини или камењу, а обављају га нестручна лица, попут старијих жена из племена, приручним нестерилним алатима (бријач, жилет, сломљено стакло, нож). Све то често доводи до озбиљних компликација у виду обилног крварења, тровања крви, инфекције разним вирусима (хепатитис, HIV), упале јајника и материце, компликација приликом порођаја, болова приликом менструације или полног односа и слично, а често и до смрти обрезиване особе.

Један од разлога обрезивања јесте гушење женске сексуалности, јер се одстрањују дијелови гениталија који приликом сношаја омогућавају да жена у њему ужива, да доживи сладострашће. Други разлог јесте његовање традиције пошто се вјерује да обрезивањем дјевојчице постају жене јер се клиторис („мушки дио“) отклања са њеног тијела, што повећава женску плодност и шансе за удају. Мада је у многим земљама обрезивање жена забрањено оно се, у мањем или већем обиму, одржало због јаког утицаја племенске традиције коју припадници племена морају да поштују.¹⁰

Поријекло ове праксе, која је најраширенија међу афричким муслиманима и нешто мање међу хришћанима, не може се утврдити. Сматра се да је она настала у старом Египту у 2. вијеку прије Христа одакле се са арапским трговцима робљем раширила Африком и дјелимично по Блиском истоку. Остаје непознато како је та пракса попримила религијске димензије. Хришћанско учење уопште не подржава ову праксу, па је тако у земљама гдје преовладава хришћанство, попут Гане, очигледно да је овај обичај везан за претхришћанску традицију и тешко налази религијско оправдање. У исламској традицији постоје одређене контроверзе везане за религијску утемељеност ове праксе. Мада се у неким школама у исламу налазе оправдања у споредним Мухамедовим учењима у којима се спомиње обрезивање жена и неки од клерика отворено подржавају ту праксу, генерални став међу исламским духовним вођама

⁹ К. Бабел, Е. Шехић, Женско генитално сакаћење – етички поглед, *Чему: часопис студента филозофије*, Vol. VIII No. 16/17, Филозофски факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2009, стр. 234.

¹⁰ <http://povijest.net/2018/?p=2869>, asp, 13. februar 2020.

је да су оправдања за сакаћење жена резултат погрешног схватања које нема никакве заснованости на исламском учењу због чега га одбацују.¹¹

1.2. Мушко обрезивање

Овдје смо споменули и мушко обрезивање које није предмет нашег истраживања али се на њега осврћемо ради поређења са женским обрезивањем и контроверзама које слиједе након њиховог поређења. Овдје мислимо на обрезивање дјеце које није мотивисано медицинским, већ вјерским и традиционалним разлозима (муслимани, Јевреји). Сматра се да је сваки трећи мушкарац у свијету обрезан, већином из вјерских или културних разлога. Без обзира што се на мушко обрезивање гледа више благонаклоно тешко га је у данашње вријеме оправдати, јер се врши на дјечи у доби када нису способна да доносе самосталне одлуке о свом тијелу, без обзира што се ради о вјерској традицији. Оно се још увијек у многим дијеловима свијета обавља у нехигијенским условима, слично као и женско, од стране нестручних лица (вјерских службеника), што представља већи проблем од самог чина обрезивања.

Европске земље су се почеле бавити и овом проблематиком и о томе се воде озбиљне расправе, а неке су већ донијеле законе којима на одређен начин уређују ову осјетљиву област. Тако Савезна Република Њемачка законом из 2012. године дозвољава да обрезивање обављају само обучени практичари. Према одлуци њемачког суда, обрезивање је „трајна и непоправљива промјена“ дјечјег тијела и ускраћује појединцу право да „донесе властиту одлуку о вјерској припадности“.¹² У правном нормирању обрезивања још је даље отишао Исланд који уводи потпуну забрану обрезивања мушке дјеце ако није оправдано медицинским разлозима. Нови закон наводи како обрезивање дјечака крши њихова права и није у складу с Конвенцијом Уједињених нација о правима дјетета, повлачећи паралелу с гениталним сакаћењем жена, које је у већини европских земаља забрањено. Закон признаје право родитеља да васпитавају дјецу у вјери, но „то право никада не смије да крши права дјетета. Дјечаци који желе бити обрезани из вјерских или културних разлога могу то да учине када достигну доб у којој разумију што такав поступак под-

¹¹ К. Бабел, Е. Шехић, *op.cit.*, str. 235.

¹² <https://www.libela.org/prozor-u-svijet/9331-island-predlaze-zabranu-obrezivanja-djecaka/>, asp, 13. фебруар 2020.

разумијева“, стоји у приједлогу закона. Закон прописује казну до шест година затвора за свакога ко обавља обрезивање које није извршено у медицинске сврхе. Сама најави доношења закона узнемирила је вјерске вође широм Европе, јер сматрају да ће отежати живот Јеврејима и муслиманима на Исланду. Сљедеће године након исландске најаве закона Савјет Европе донио је резолуцију којом се 47 држава чланица позива да регулише праксе у вези ритуалног обрезивања, да „укину неке традиционалне методе које не узимају у обзир најбољи интерес дјетета и медицинска достигнућа“.¹³

Све то је изазвало жестоке реакције јеврејских и муслиманских организација које у томе виде пријетњу своме опстанку у Европи. Према Milah UK, јеврејској кампањи која штити право на обрезивање, поступак обрезивања дјечака спроводе само високо обучени стручњаци, који се називају мохелим, а обично се обрезају дјечаци стари осам дана. Они сматрају да паралеле с гениталним сакаћењем жена нису оправдане јер дјелимично или потпуно уклањање женских гениталија може отежати или онемогућити безболан сношај и проузроковати озбиљне медицинске компликације, док тога код мушког обрезивања нема јер је оно мањи захват.¹⁴ Дакле, они своје поставке заснивају на обиму захвата у тијело обрезиваног, а не у различитости коријена и ефеката самог чина, што је доста неувјерљива аргументација. Очигледно је само да је санкционисањем женског обрезивања, чији су коријени такође у традицији и вјери, без обзира на све оно негативно што га прати и на што смо указали, дирнуто у једно осјетљиво питање које dobrим дијелом сукобљава цивилизације и религије.

1.3. Међународна борба против гениталног сакаћења жена

Рекли смо да се осим на афричком континенту велики број обрезивања дјевојчица и жена обави у државама Европске уније. Разлог за то је велики прилив миграната из афричких земаља који са собом доносе те обичаје. Државе чланице са највећим бројем женских азиланата жртава обрезивања су Шведска, Француска, Италија, Велика Британија, Белгија, Холандија и Њемачка. Британски званичници су изјавили како је укупан број генитално осакатених жена (*Female Genital Mutilation – FGM*) у тој

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

земљи „национални скандал“, упозоравајући да је 170.000 жена прошло ту процедуру а да је 65.000 девојчица под великим ризиком да им се то догоди. Због раширености појаве Велика Британија је обрезивање женских гениталија 2003. и 2005. године санкционисала посебним законима. Оштру политику према онима који практикују обрезивање девојчица има и Француска, у којој родитељи који дозволе да се њиховом дјетету изврши таква операција могу да буду осуђени на казну затвора од 10 до 30 година, а могу бити и протјерани из земље.¹⁵

Осим појединачних активности држава чланица Европске уније потражено је свеобухватније рјешење којим би се ово питање уредило на ширем нивоу. Услиједиле су озбиљне активности у оквиру Савјета Европе које су 11. маја 2011. године у Истанбулу финализоване усвајањем Конвенције Савјета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (такозвана Истанбулска конвенција), коју је Босна и Херцеговина ратификовала 2013. године.

1.4. Терет прошлости или цивилизацијска тековина

Све ове тежње водећих европских држава изгледају тако племени-то, оправдано и разумно ако се прихвате без размишљања о томе због којих разлога се оне за то залажу и да ли ће се самим санкционисањем овакве праксе она и искоријенити у земљама гдје је настала и гдје је доминантна. Ако имамо у виду да се инкриминисање тих поступака неће извршити у земљама гдје је обрезивања настало и гдје се у 90% случајева и данас врши, онда се питамо зашто су европске земље толико инсистирале на њеној посебној инкриминацији. Овдје мислимо на чињницу да кривично законодавство својим одредбама увијек покрива све непредвиђене ситуације, па тако и ову (обична и квалификована тешка тјелесна повреда). Околност да се обрезивање у Европи врши међу мигрантима који су ту традицију донијели из својих земаља и задржали је у новој средини више говори о државама прихвата, које нису мигранте успјеле увјерити у своје културне вриједности, него о самим мигрантима који чувају своју традицију. То нам говори да се они нису уклопили у нову средину нити прихватили њене вриједности, а питање је да ли ће до тога икада и доћи, јер се ради о људима које од европске цивилизације раздваја непремостив временски, културни и економски јаз. Очигледно

¹⁵ <https://www.vreme.com/cms/view.php?id=1217098&print=yes, asp>, 14. фебруар 2020.

је и да нова средина не прихвата њих и обичаје које доносе, већ тражи да се они прилагоде новој средини „претопе“, одричући се старих навика које су за нову средину често нецивизацијске (варварске), па видимо и криминогене. Још нисмо наишли на податак да је нека рођена европљанка у породици европљана генитално осакаћена, што би указивало на двосмјерни културни, па и негативан, утицај једне цивилизације на другу. Очигледно је да експеримент са глобализацијом не успијева у свим сегментима и на свим пољима, па тако и на нестанку, за европска схватања, варварских обичаја, због чега се посеже и за кривичноправном принудом. Сама кривичноправна принуда може дати одређене резултате на тлу Европе али сигурно неће утицати да се ова појава смањи или искоријени у Африци, тамо гдје је и настала.

Овдје скрећемо пажњу да је једна од најгласнијих заговорница доношења конвенције била Белгија, у којој и јесте сједиште институција Европске уније. Зато има озбиљних коментара да то представља белгијско и европско прање савјести за злочине почињене над црним афричким становништвом на територији Белгијског Конга. За вријеме владавине белгијског краља Леополда II (1865-1909.) немилосрдно је истребљено 10 милиона Конгоанаца, који су били изложени нељудским поступцима на плантажама и у рудницима које су држале белгијске и европске компаније. Ако нису довољно вриједно радили и испуњавали постављене задатке робовима су одсијецане шаке (сакаћене шаке) и други дијелови тијела. „Корпа пуна одсјечених руку, пред ногама европских поштанских (стационара) команданата, постала је симбол Независне Државе Конго... Војници су били плаћани сходно броју одсјечених руку које су донијели.“ – написао је Петер Форбатх, описујући голготе народа у Конгу. Као „трофеји за награде“, вредновани су само убијени мушкарци, а лако се могло десити да је одсјечена рука припадала некој жени, стога су понекад заповједници, како би спријечили „кривотворење доказа“, од војника тражили да, као доказ о убијеним домороцима сијеку пенисе (генитално сакаћење).¹⁶

Још 1958. у Белгији су црнце из Африке излагали у кавезима, гдје је постојао посљедњи „људски врт“ у коме су били показивани црни, афрички становници попут животиња у зоолошким вртovima. Тешко је повјеровати да су у центру данашње Европске уније, Бриселу где се про-

¹⁶ <https://www.dialogos.ba/2017/02/07/africki-holokaust-belgijski-kralj-leopold-ii-i-brutalno-istrebljenje-10-miliona-kongoanaca/>, asp, 19. februara 2020.

мовишу сва могућа људска права, прије само четрдесет година на силу довођени људи са афричког континента, и били излагани попут нечега невјероватног и невиђеног. Појавом масовних медија, такви вртови су били гашени, да не би слали лошу слику.¹⁷ “Иначе, интерес за етнографске изложбе с живим људима као излошцима почео је слабити 30-их година 20. стољећа, јер је публику почео фасцинирати филм. С Другим свјетским ратом потпуно су нестале. Да иронија буде потпуна, Хитлер их је први забранио. Посљедња је ипак одржана још 1958. у Белгији.”¹⁸

У вријеме ових дешавања народи бивше Југославије су одржавали пријатељске везе са афричким земљама, примали њихове студенте и државнике, домаћа предузећа изводила радове у Африци и слично. По свему смо те људе прихватили себи равнима, тако да смо и сада у односу на њих неоптерећени хипотеком прошлости. Зато сматрамо да због тога наш приступ овом према проблему који се намеће из Европске уније не може бити једнак.

2. ИСТАНБУЛСКА КОНВЕНЦИЈА

Конвенција Савјета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истамбулска конвенција) је ступила на снагу у августу 2014. године. Члан 38. Конвенције, који је насловљен као „гени-тално сакаћења жена“ (*Female genital mutilation*), представља правни основ истоименог кривичног дјела гениталног сакаћења жена из чл. 133 Кривичног законика Републике Српске. Цитираним чланом установљена је обавеза за чланице Конвенције да предузму неопходне законодавне, односно друге мјере да се таксативно набројани видови намјерног понашања инкриминишу. Ова „понашања“ представљају елементе бића кривичног дјела које ће свака држава чланица у домаћем законодавству прописати.

То су сљедећа понашања:

а) обрезивање, инфибулација или било какво друго сакаћење цијелих, односно било ког дијела женских малих и великих усмина или клиториса;

¹⁷ Људски ЗОО врт у Бриселу, срцу Европе: Како су Белгијанци пре само 60 година третирали црнце, <https://www.telegraf.rs/zanimljivosti/1643911-ljudski-zoo-vrt-u-briselu-srcu-evrope-kako-su-belgijanci-pre-samo-60-godina-tretirali-crnce-foto>, asp, 19. februara 2020.

¹⁸ <https://www.jutarnji.hr/vijesti/svijet/jos-1958.-u-belgiji-su-crnce-iz-afrike-izlagali-u-kavezima/1629921/>, asp, 19. februara 2020.

б) принуда и навођење жена да се подвргну некој од претходно наведених радњи; в) подстицање, принуда, односно навођење дјевојчица на неку од радњи наведених под тачком а).

Генитално сакаћење одређено је алтернативно, као обрезивање, инфибулација, али оно обухвата и било какво друго, неименовано и неодређено, сакаћење цијелих, али и само дијела малих и великих усмина или клиториса.

Ови појмови су одређени према категоризацији Свјетске здравствене организације (СЗО-WHO). Према СЗО генитално сакаћење жена обухвата све поступке који укључују делимично или потпуно уклањање спољних женских гениталија, или друге повреде женских полних органа из разлога. Свјетска здравствена организација разликује четири основне врсте гениталног сакаћења жена:

1) клиторидектомија (*clitoridectomy*) – састоји се у уклањању дијела или цијелог клиториса, а у рјеђим случајевима и кожног омота који окружује клиторис (*prepuce*);

2) обрезивање (*excision*) – састоји се у уклањању дијела или цијелог клиториса и малих усмина (*labia minora*), са или без обрезивања великих усмина (*labia majora*);

3) инфибулација (*infibulation*) – представља сужавање вагиналног отвора стварањем „покривајућег заптивача“ (*covering seal*), који се формира сјечењем или репозиционирањем мале усмине, или велике усмине, некада путем шивења, са или без уклањања клиториса;

4) остали случајеви – обухватају друге повређујуће поступке (*other harmful procedures*) према женским гениталијама, а који се не врше у медицинске сврхе (*nonmedical purposes*), као што је убадање (*pricking*), пробадање – пирсинг (*piercing*), урезивање (*incising*), одсијецање (*scraping*), пржење – каутеризација (*cauterizing*) гениталног подручја.¹⁹

Овдје треба нагласити да је чл. 78 Конвенције прописано да се не могу ставити никакве резерве у погледу било које њене одредбе осим стриктно наведених у ставовима 2 и 3 истог члана. Ове резерве се не односе на инкриминисање радњи гениталног сакаћења и елементе бића тог кривичног дјела одређеног Конвенцијом.

¹⁹ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>, asp, 20. фебруара 2020.

3. УПОРЕДНО ПРАВО

С обзиром да се због прилива миграната из крајева гдје се врши обрезивање жена са том појавом суочавају и европске земље, Сједињене Америчке Државе, Канада и Аустралија, у овом дијелу рада ћемо укратко представити законске одредбе неких европских држава о гениталном сакаћењу жена.

Савезна Република Њемачка у Кривичном закону (*Strafgesetzbuch – StGB*) прописује кривично дјело сакаћења женских гениталија (*Verstümmelung weiblicher Genitalien*) у групи кривичних дјела против тјелесног интегритета (*Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit*). У § 226а става 1 као кривично дјело прописано је сакаћење спољних гениталија женског лица, са запријеђеном казном затвора од најмање једне године, док је према ставу 2 истог параграфа, за лакше облике прописан затвор од шест месеци до пет година.

Република Аустрија генитално сакаћење прописује у глави Кривичног законика (*Strafgesetzbuch – StGB*) посвећеној кривичним дјелима против живота и тијела (*Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben*), тако што у § 90 уређује институт пристанка оштећеног (*Einwilligung des Verletzten*). Ставом 3 овог параграфа прописано је да се не може пристати на сакаћење или повреду гениталија за које је вјероватно да трајно доводе до оштећења сексуалних осјећаја.

Република Хрватска. У чл. 116 Казненог закона Хрватске²⁰, у групи кривичних дјела против живота и тијела, прописано је кривично дјело сакаћења женских полних органа. Основни облик кривичног дјела представља потпуно или дјелимично уклањање или трајна промијена спољног полног органа женског лица. Посебни облик је навођење или помогање женском лицу да се подвргне радњама основног облика дјела. Квалификовани облик постоји уколико је неки од претходних облика извршен из мржње, према дјетету или блиској особи.

Република Србија је у чл. 121а Кривичног законика²¹ из групе кривичних дјела против живота и тијела уредила кривично дјело „Сакаћење женског полног органа“. Сам назив је примјеренији нашем језику од назива који се користи у Конвенцији или неким другим законодавствима.

²⁰ Казнени закон, прочишћени текст закона, *Народне новине* бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19.

²¹ Кривични законик, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019).

Кривично дјело чини (став 1) ко осакати спољне дијелове женског полног органа, а сам закон не одређује у чеми се састоји радња сакаћења као што то чине нека друга законодавства или сама Конвенцији. За ово кривично дјело запријеђена је казна затвора од једне до осам година. Ако постоје нарочито олакшавајуће околности под којима је учињено дјело из става 1 овог члана, учинилац ће се казнити затвором од три мјесеца до три године. Ко женско лице наведе да се подвргне радњи из става 1 овог члана или јој у томе помогне, казниће се затвором од шест мјесеци до пет година. Ако је услијед дјела из става 1 овог члана наступила смрт женског лица, учинилац ће се казнити затвором од двије до дванаест година.

4. КРИВИЧНИ ЗАКОНИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Ракли смо да је Босна и Херцеговина ратификовала Истанбулску конвенцију, чиме је преузела обавезу да њене одредбе угради у домаће законодавство. Од времена ратификације Конвенције 07. августа 2013. године, све до доношења Кривичног законика Републике Српске 15.06.2017. године (ступио на снагу 18.07.2017. године) ни у једном од кривичних закона у БиХ није било прописано кривично дјело које би одговарало захтјеву из чл. 38 Конвенције. Дакле, Босна и Херцеговина пуних пет година ни на једном дијелу своје територије није испунила обавезе које је преузела безрезервном ратификацијом међународног споразума. С обзиром на подијељену законодавну надлежност поставља се питање који ниво власти је задужен за спровођење Конвенције, с обзиром да БиХ као држава обезбјеђује спровођење међународних уговора.

Сматрамо да надлежност за прописивање кривичног дјела зависи од тога како ће се и у којој групи кривичних дјела уредити кривично дјело гениталног сакаћења жена. О томе мора постојати консензус свих нивоа власти и према томе се одређује да ли је то материја Кривичног закона БиХ или ентитетских закона и закона Брчко дистрикта БиХ (БД-БиХ). Ово из разлога што само дјело не мора нужно бити сврстано у групу кривичних дјела против живота и тијела (што у већини законодавстава јесте) или неку другу групу коју уређују ентитети, већ може да буде и у групи постојећих кривичних дјела из КЗ БиХ (нпр. против човјечности и вриједности заштићених међународним правом слобода и права и слично) или новог групног заштитног објекта.

О сложености ове материје и њеној осјетљивости говори и чињеница да је Брчко дистрикт БиХ ово кривично дјело прописао тек 2024. године, а да Федерација БиХ (ФБиХ) у свом кривичном законодавству још увијек није прописала ово кривично дјело. С обзиром да је прилив миграната који доносе ове обичаје и њихов привремени или стални боравак већи на територији ФБиХ очекивано је било да се због те опасности ова материја прије уреди у њеном кривичном законодавству него у законодавству Републике Српске. Ово, наравно под условом ако се прихвати да је то надлежност ентитета. Без обзира како и ко уређивао ову материју она мора бити на једнак начин уређена за цијелу државу јер се не ради о кривичном дјелу које чини аутохтоно становништво већ се може очекивати да га почине лица која у БиХ долазе из земаља гдје је обрезивање жена традиција.

5. БРЧКО ДИСТРИКТ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Брчко дистрикт БиХ је тек 14. марта 2024. године Законом о измјенама и допунама Кривичног закона Брчко дистрикта БиХ у глави шеснаестој „Кривична дјела против живота и тијела“ чланом 170а прописао кривично дјело „Генитално сакаћење женских полних органа“.

Дјело се састоји у потпуном или дјелимичном одстрањивању, обрезивању или на други начин сакаћењу спољних полних органа или навођењу или помагању женског лица у томе. Објект заштите јесте полни тјелесни интеритет женског лица. Радња извршења је тројако алтернативно одређена као: а) одстрањивање, а радња се може предузети на два начина: потпуно или дјелимично; б) обрезивање, а радања се такође може в предузети на два начина: потпуно или дјелимично, и в) сакаћење на други начин.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај.

Дјело има и два тежа, квалификована облика испољавања.

Први тежи облик дјела постоји ако је радња извршења предузета: а) из посебне врсте побуде – из мржње, која мора да мотивише учиниоца на извршење дјела, али та побуде не мора бити и остварена у конкретном случају, б) према посебној врсти пасивног субјекта – дјетету или члану уже породице,

Други тежи облик дјела постоји ако је усљед предузете радње извршења из нехата наступила тежа посљедица у виду смрти женског лица.

6. КРИВИЧНИ ЗАКОНИК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Кривични законик Републике Српске је у чл. 133 прописао кривично дјело „Генитално сакаћење жена“ као кривично дјело из групе против живота и тијела. Законик је преузео назив кривичног дјела из превода Истанбулске конвенције иако смо мишљења да је био примјеренији назив сакаћење женског полног органа. Ово из разлога што се под појмом гениталије подразумевају спољни полни органи док појам „полни органи“ обухвата унутрашње и спољне репродуктивне органе и потпуније одређује заштитни објект.

С друге стране сакаћење као радња извршења се у самом закону нигдје не спомиње већ се наводе радње које представљају уклањање појединих дијелова тијела, тако да радња основног облика није одређена глаголом „осакатити“. Глагол сакатити има корјен у придјеву „сакат“, који представља туђицу у српском језику, а која потиче од арапске ријечи *saqat* (тур. сакат) која означава „оштећен у неком дијелу тијела, богаљаст, кљаст“ (Вујаклија, 1992, 793). Овако посматрамо сакатост означава оштећеност неког дијела тијела, док би радња осакаћивања представљала сваку ону радњу којом се узрокује то оштећење. Тиме долазимо до закључка да је радња овог кривичног дјела одређена посљедично, тако да осакаћивање представља сваку радњу којом се узрокује сакатост, односно оштећење спољних дијелова женског полног органа. Другачије речено, сакатост представља тјелесну повреду, а осакаћивање радњу којом се таква повреда узрокује.²²

Дјело се састоји у потпуном или дјелимичном уклањању или у трајној промјени спољних дијелова полног органа женског лица. Објект заштите јесте полни тјелесни интеритет женског лица. Радња извршења је двојако алтернативно одређена као:

а) уклањање – одстрањивање хирушким или другим начином спољних дијелова полног органа. Ова радња се може предузети на два начина: потпуно или дјелимично и б) промјена – трајна измјена спољних дијелова полног органа. Битно је да се ова радња предузима у односу на спољне дијелове полног органа као дијела тјелесног интегритета женског лица. Ово дјело је специфично по: а) дијелу тијела који се

²² Е. Ћоровић, Кривично дело сакаћења женског полног органа из члана 121а Кривичног законика Србије, Научне публикације Државног универзитета у Новом Пазару, Серија Б: Друштвене и хуманистичке науке, Април 2018, Волумен 1, Број 1, 4-13, www.np.ac.rs, asp, 25. februara 2020.

предузетом радњом повређује, односно нарушава и б) својству пасивног субјекта – то може бити само женско лице.

Извршилац дјела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај.

За ово је дјело прописана казна затвора од шест мјесеци до пет година.

Дјело има два лакша облика испољавања. То су: а) навођење у смислу подстрекавања женског лица да се „добровољно“ подвргне радњама гениталног сакаћења, без обзира да ли је до тога и дошло у конкретном случају, за што је прописана казна затвора до три године и б) ако је радња извршења основног дјела предузета под „нарочито“ олакшавајућим околностима, за што је прописана казна затвора до једне године.

Дјело има и два тежа, квалификована облика испољавања.

Први тежи облик дјела за који је прописана казна затвора од једне до осам година постоји ако је радња извршења предузета: а) из посебне врсте побуде – из мржње, која мора да мотивише учиниоца на извршење дјела, али та побуда не мора бити и остварена у конкретном случају, б) према посебној врсти пасивног субјекта – дјетету и в) тако да је проузроковала трајно оштећење здравља женског лица. Ова тежа посљедица, као резултат нехата учиниоца, мора бити у узрочно-посљедиочној вези са предузетом радњом извршења.

Други тежи облик дјела за који је прописана казна затвора од двије до дванаест година постоји ако је усљед предузете радње извршења из нехата наступила тежа посљедица у виду смрти женског лица.²³

6.1. Однос са другим кривичним дјелима

Суштина кривичног законодавства је његова свеобухватност и универзалност која подразумева примјењивост на већину, ако не и све, непредвиђене животне ситуације. Тако судска пракса одређује шта је покретна ствар која у вријеме доношења закона можда није ни постојала (нпр. телефонски импулси, интернет вријеме и слично), својство неког лица или ствари и слично, а да законодавац не мора прописивати нова кривична дјела ради заштите одређених вриједности. У супротном би кривични закони били вишетојне књиге са збуњујућим и често мртвим

²³ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, Коментар кривичног законика Републике Српске. ЈУ *Службени гласник Републике Српске*, Бања Лука, 2017, 287 – 288.

инкриминацијама које ничему не служе. Зато сматрамо да многе обавезе преузете из међународних уговора нужно не воде и промјени кривичног законодавства јер његове постојеће одредбе на задовољавајући начин штите вриједности чија се заштита у њима тражи. То мислимо када говоримо и о кривичном дјелу гениталног сакаћења жена.

У вези са овом инкриминацијом јављају се одређене теоретске недоумице (практичних још нема јер није било процесуираних починилаца) на које желимо укратко указати. Овдје прије свега мислимо на однос са кривичним дјелом тјелесне (лаке) повреде из чл. 131 и тешке тјелесне повреде из чл. 132 КЗ РС. Основни облик кривичног дјела гениталног сакаћења жена потпуно одговара облику тешке тјелесне повреде познатом у нашој кривичноправној науци и законодавству као особито тешка тјелесна повреда. Ова повреда би могла постојати по два основа: прво, јер је уништен или трајно и у знатној мери оштећен или ослабљен важан дио тијела или важан орган; друго; јер је дошло до унакажености.²⁴ Једина разлика је у томе што је запријеђена казна за основни облик овог дјела блажа него за особито тешку тјелесну повреду, што може правити одређени проблем али не значајан. Поред тога ту је и тешка тјелесна повреда квалификована смрћу са запријеђеном казном затвора од три до дванаест година затвора, што одговара гениталном сакаћењу квалификованом смрћу са запријеђеном казном затвора од двије до дванаест година затвора.

У хрватској кривичноправној науци доминира схватање да се о кривичном дјелу сакаћења женских полних органа ради „без обзира на то је ли дошло до тјелесне повреде или тешке тјелесне повреде, с тим да се ова разлика може узети у обзир код одмјеравања казне“²⁵. У ствари, полази се од схватања да истоврсна инкриминација представља *lex specialis* у односу на кривична дјела тјелесних повреда. Примјећујемо да је у хрватском праву ово кривично дјело, са становишта посљедице, скоро идентично одређено као и у нашем праву (потпуно или дјелимично уклањање или трајна промена спољњег полног органа). С друге стране обична тешка тјелесна повреда се састоји у тешком повређивању

²⁴ Ђ. Ђорђевић, Нове инкриминације и њихова усклађеност са осталим одредбама Кривичног законика Србије. У: С. Бејатовић (ур.), Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти. Београд – Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Интермекс, 129-139.

²⁵ К. Турковић, *et. al.* (2013). Коментар Казненог закона и други извори хрватског казненог законодавства. Загреб: Народне новине, стр. 171.

или тешком нарушавању здравља, што говори у прилог схватању да генитално сакаћење представља не само особито тешку, већ и „обичну“ тешку тјелесну повреду, а тежина повреда би могла бити од утицаја приликом одмјеравања казне.

Овдје нам остаје спорно питање шта је са оним радњама које се предузимају на спољним дијеловима женског полног органа и по својој природи представљају лаке тјелесне повреде. Тумачећи језички тада смисао норме дошли би до закључка да се лаке тјелесне повреде не би могле подвести под појам „сакаћења“ како га законодавац одређује. Међутим, не треба занемарити да СЗО под појмом гениталног сакаћења, подразумијева и „друге повређујуће поступке“ (*other harmful procedures*) према женским гениталијама, гдје се наводе различити поступци који ће у пракси вјероватно за посљедицу имати промјене које одговарају лаким тјелесним повредама. С правом се истиче да кривичним дијелом сакаћења женског полног органа није ријешен проблем одговарајућих промјена на спољним дијеловима женских гениталија које „могу бити резултат пирсинга или тетовирања“, а које би се могле подвести под радњу овог дјела, чиме се доводи у питање рацио ове инкриминације²⁶

С обзиром на све што смо рекли остаје нејасно чиме се руководио законодавац у Републици Српској да први у БиХ, без стварног разлога и потребе, код примјенивих постојећих одредаба кривичног законодавства, посегне за законским уређењем ове материје.

ЗАКЉУЧАК

Оштећење у неког дијела тијела, чињењем неког богаљем или кљастим, што језички одговара сакаћењу без обзира о ком дијелу тијела се ради, укључујући и гениталије, било је у нашем кривичном законодавству и до сада инкриминисано и “покривено“ кривичним дјелом тешке тјелесне повреде. Оно што СЗО проширује својом дефиницијом гениталног сакаћења додатно покрива и кривично дјело тјелесне (лаке) повреде. Зато сматрамо да је обавеза из Истанбулске конвенције, ако се односи на ентитете, била тиме и испоштована, због чега није било потребе за стварањем новог кривичног дјела у Законику. Осим тога реаго-

²⁶ Миладиновић Стефановић, Д. (2017). Истанбулска конвенција и кривичноправна заштита жена од насиља у Републици Србији. Зборник радова Правног факултета у Нишу, 76, 234.

вање на овакав начин, у ситуацији када на територији Републике Српске није забиљежен ни један случај овакве тјелесне повреде нити се може очекивати да се у догледно вријеме деси представља непотребно уношење неживотне норме у један озбиљан системски закон. Поготово је то исхитрено рјешење у ситуацији када други ентитет, није ову материју уредио нити се одредио да ли треба, ко и како ову материју да нормира као посебно кривично дјело.

БИБЛИОГРАФИЈА

1. К. Бабел, Е. Шехић. (2009). Женско генитално сакаћење – етички поглед, Чему: часопис студената филозофије, Vol. VIII No. 16/17, Филозофски факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб.
2. Д. Јовашевић, В. Икановић, (2012.). Кривично право Републике Српске – Општи део. Бања Лука: Факултет правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“ Бања Лука.
3. Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић (2017.). Кривично право Републике Српске – Општи део. Бања Лука: Факултет правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“ Бања Лука.
4. Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић (2017.). Кривично право Републике Српске – Општи део. Бања Лука: Факултет правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“ Бања Лука.
5. Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, (2017). Коментар кривичног законика Републике Српске. ЈУ Службени гласник Републике Српске Бања Лука,
6. К. Турковић, *et.al.*, (2013). Коментар Казненог закона и други извори хрватског казненог законодавства. Загреб: Народне новине.

Интернет

1. Б. Херцег Пакшић, Е. Јакуповић, Сакаћење женских сполних органа: Појавни облици, медицинска обиљежја и казненоправна регулација, Правни вјесник, год 32, бр. 2, 2015, стр. 212. <https://hrcak.srce.hr/file/217422>.

Prof. Veljko Ikanović Ph. D²⁷

FEMALE GENITAL MUTILATION

Summary: *Damage to some part of the body, by doing something crippling or tainted, which linguistically corresponds to mutilation regardless of which part of the body is involved, including the genitals, has been in our criminal legislation and so far criminalized and “covered” by the crime of grievous bodily harm. What WHO extends with its definition of genital mutilation also covers the crime of bodily (minor) injury. Therefore, we believe that the obligation under the Istanbul Convention, as far as the entities are concerned, has been respected, which is why there was no need to create a new offense in the Code. Moreover, reacting in this way, in a situation where no case of such bodily harm has been recorded in the territory of Republika Srpska, nor can it be expected that in the foreseeable future it would be unnecessary to introduce a non-standard in a serious systemic law. This is especially a hasty solution in a situation where another entity, district and BiH has not regulated this matter or determined whether it should, who and how should standardize this matter as a separate crime.*

Keywords: *crime, convention, law, genital mutilation.*

²⁷ Judge of the Supreme Court of Republic of Srpska

УДК 341.322.5:343.988

doi 10.7251/PR7125901J

Прегледни научни чланак

БРАНИЛАЦ У КОНСЕНЗУАЛНИМ КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА

Др Раденко Јанковић¹

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 теоријских, тако и практичних питања. Једно од њих је учествовање браниоца у њима. Оно по важећем законском рјешењу, осим када се ради о другим случајевима обавезне одбране, није обавезно. Поставља се питање да ли би неки од ових поступака требали да буду нови случајеви тзв. обавезне одбране. 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, као и да доведе до бољих законских рјешења.*

Кључне ријечи: *бранилац, споразум, признање кривице, казнени налог, 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, прихватиле су консензуалне кривичне поступке. Они су просто “преплавили” законодавства широм свијета.² Споразум о признању кривице (даље споразум), признање кривице пред судијом за претходно саслушање и поступак за издавање казненог налога су у Босни и Херцеговини (даље БиХ) први пут предвиђени Законом о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ (даље ЗКП БД БиХ) од 23. октобра 2000. године.³ Дана 24. јануара 2003. године донесен је Закон о кривичном поступку БиХ (даље ЗКП БиХ).⁴ Закон о кривичном поступку Републике Српске (даље ЗКП РС) ступио је на снагу 01. јула 2003. године,⁵ а Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине (даље ЗКП Ф БиХ) 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 У БиХ постоје још неки кривичнопроцесни институти са елементима консензуалности, који ипак нису прави посебни консензуални кривични поступци.⁹ Један од битних разлога за продор консензуалних кривичнопроцесних форми је појава браниоца. Иако су

² Војислав Ђурђић, „Рационализација кривичног поступка Србије“, *Правна ријеч бр. 12/2007*, 99. говори о „plea bargaining infection“; Милан Шкулић, „Споразум о признању кривице“, *Правни живот бр. 1/2009*, 287.

³ („Службени гласник БД БиХ“, бр. 7/00); Важећи („Службени гласник БД БиХ“, бр. 33/13, 27/14, 3/19 и 16/20).

⁴ („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 („Службени гласник РС“, бр. 53/12, 91/17, 66/18 и 15/21).

⁶ („Службене новине Ф БиХ“, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 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 – Опћи дио* (Е-издање), Сплит: Правни факултет 2013, 95.

⁹ Детаљније Раденко Јанковић, „Одузимање имовинске користи у консензуалним кривичним поступцима“, *Правна ријеч бр. 69/24*, 887.

правници почели да заступају окривљене у кривичном поступку у другој половини XVIII формална одбрана се учврстила тек у XIX вијеку. Дотадашњи неформални кривични поступак постајао је све формалнији, дужи, сложенији и скупљи.¹⁰ На тај начин одбрана је стекла „муницију” за договоре са органима поступка око погодности.¹¹ Исход кривичног поступка постао је неизвјестан, чак и када су докази били релативно јаки. Све је то утицало на то да признање кривице у кривичном поступку постане све привлачније.

2. Основне напомене о браниоцу у кривичном поступку

Право на помоћ браниоца у кривичном поступку, које се назива правом на формалну или стручну одбрану, једно је од најстаријих процесних права окривљеног. Већ у доба антике заступник окривљеног пред судом могао се послужити вјештим говорничким вјештинама да издејствује одлуку у корист свог клијента.¹² Право на стручну одбрану загарантовано је и чл. 6. ст. 3. тач. в) Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (даље ЕКЉП) по коме окривљени има право „да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтијевају”.¹³ Бранилац помаже окривљеном правним знањем и процесном вјештином у утврђивању чињеница, примјени најповољнијих прописа и кориштењу процесних права. Он омогућава равноправност окривљеног са јавним тужиоцем који је стручно образо-

¹⁰ John Langbein, „Understanding the Short History of Plea Bargaining“, *Law & Society Winter 1979*, 261-262. истиче да се до XVIII вијека поступак одвијао без адвоката и био је брз, због чега је споразум био непотребан. Аутор наводи да суђење никада није трајало дужи од једног дана и да су судије дневно завршавале и двадесет предмета; Albert Alschuler, „Plea Bargaining And Its History“, *Columbia Law Review Vol. 79. No 1*, 1979, 40. наводи да су суђења постајала све сложенија, што је утицало на појаву споразума; Mitchell Caldwell, „Coercive Plea Bargaining: The Unrecognized Scourge of the Justice System“, *Catholic University Law Review Vol. 61 Issue 1*, 2011, 78.

¹¹ Марјан Дамашка, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 1/2004*, 7.

¹² Хајрија Сијерчић-Чолић и др., Коментари закона о кривичном/казненом поступку у БиХ. Сарајево: Савјет Европе и Европска комисија 2005, 141.

¹³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; начелно га прокламују и други међународни документи нпр. чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

вано лице иза кога стоји државни апарат. На овај начин остварује се једно од основних права кривичног поступка, право на правичан поступак. Осумњичени, односно оптужени може имати браниоца у току читавог поступка. Право на избор браниоца полази од тога да ће га онај кога изабере најбоље заступати. Бранилац је самосталан субјект кривичног поступка, али црпи овлаштења из права осумњиченог, односно оптуженог који је странка у поступку. Он може све оно што може и осумњичени, односно оптужени, али не може ништа против његове воље. Постоје околности у којима осумњичени, односно оптужени мора имати браниоца. То су случајеви тзв. обавезне одбране (чл. 45. ЗКП БиХ, чл. 53. ЗКП РС, чл. 59. ЗКП ФБиХ и чл. 45. ЗКП БД БиХ). Уколико тада не постоји изабрани бранилац, поставиће га суд. Циљ обавезне одбране је хуманизација кривичног поступка, обезбјеђење једнакости грађана пред законом и правосудним институцијама и потребне стручности у ситуацијама које за осумњиченог, односно оптуженог носе повећан ризик. Ту постоји неоторива законска претпоставка да осумњичени, односно оптужени није у могућности да се сам успјешно брани због тежине дјела, специфичног положаја или одређених физичких или психичких недостатака. Случајеви обавезне одбране су: 1. приликом првог испитивања ако је осумњичени нијем или глув или ако је осумњичен за кривично дјело за које се може изрећи казна доживотног затвора, односно казна дуготрајног затвора; 2. приликом изјашњења о приједлогу за одређивање притвора;¹⁴ 3. у вријеме достављања оптужнице за кривично дјело за које се може изрећи казна од 10 година затвора или тежа; 4. ако је то због сложености предмета или менталног здравља осумњиченог, односно оптуженог у интересу правде. И у случајевима тзв. обавезне одбране осумњичени, односно оптужени може изабрати браниоца који има предност над постављеним због тога што он у браниоца мора имати пуно повјерење. Одбрана постављеног браниоца се не смије разликовати од одбране изабраног. Није довољно само да постоји бранилац, већ он мора активно вршити своје дужности и његова одбрана не смије бити површна. Рјешење у РС од 2016. године по коме се браниоцу по службеној дужности одређује награда која припада адвокатима за поједине услуге у износу од 50% од утврђене награде, не доприноси томе да се по квалитету одбрана по службеној дужности изједначи са одбраном изабраног

¹⁴ Ово рјешење је прихваћено измјенама и допунама кривично процесних закона у БиХ из 2009. године и боље је од претходног по коме је обавезна одбрана постојала од момента одређивања притвора.

браниоца.¹⁵ Изван случајева обавезне одбране кривичнопроцесни закони у БиХ предвиђају још један случај у коме суд поставља браниоца. Када се поступак води за кривично дјело за које се може изрећи казна затвора од 3 године или тежа или када то захтијевају интереси правичности без обзира на запријећену казну, осумњиченом, односно оптуженом се на његов захтјев поставља бранилац, ако према имовном стању не може сносити трошкове одбране (чл. 46. ЗКП БиХ, чл. 54. ЗКП РС, чл. 60. ЗКП ФБиХ и чл. 46. ЗКП БД БиХ).¹⁶ Ово право предвиђа и чл. 6. ст. 3. тач. ц) ЕКЉП.¹⁷ У нашој пракси недовољно пажње посвећује се поучавању осумњиченог о праву на постављање браниоца због слабог имовног стања.¹⁸

3. Критике консензуалних кривичних поступака везане за браниоца

Није спорно да је судјеловање браниоца у консензуалним кривичним поступцима изузетно корисно. Међутим, у стручној литератури као један од бројних приговора овим поступцима, посебно споразуму, наводи се и онај по коме се интереси браниоца не морају поклапати са интересима окривљеног. Бранилац може исходovati споразум који није у интересу окривљеног водећи рачуна само о својим интересима.¹⁹ Док јавни тужилац и оптужени увијек имају директни интерес за споразум, бранилац га не мора нужно имати.²⁰ Ови приговори исправно полазе од тога да бранилац најчешће има кључну улогу у преговорима и закљу-

¹⁵ Одлука Владе РС о одређивању висине награде и накнаде адвокатима ангажованим по службеној дужности у кривичном поступку („Службени гласник РС“, бр. 107/15) и Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Службени гласник РС“, бр. 68/05).

¹⁶ По ЗКП БД БиХ када се може изрећи било која казна затвора.

¹⁷ Хајрија Сијерчић-Чолић и др., Коментари закона о кривичном/казненом поступку у БиХ. Сарајево: Савјет Европе и Европска комисија 2005, 163. наводе став ЕСЉП по коме, када је у изгледу изрицање било које затворске казне, интереси правде увијек захтијевају обезбјеђивање бесплатне правне помоћи.

¹⁸ ОСЦЕ, Споразум о признању кривице: Примјена пред судовма БиХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права. Сарајево 2006, 15. истиче да то посебно важи за преговоре.

¹⁹ Albert Alschuler, „The Defense Attorney’s Role“, *The Yale Law Journal Vol. 84 Number 6*, 1975, 1312.

²⁰ Gabriel Hallevey, „The Defense Attorney as Mediator in Plea Bargains“, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal Vol. 9. Issue 3. Art 3*, 2009, 509.

чивању споразума. Међутим, оптужени, а не бранилац, живи са посљедицама прихватања споразума.²¹ Ограничени ресурси и недостатак потребног времена могу да доведу браниоца у позицију да направи грешку, због чега му споразум може бити посебно пријемчив.²² То је посебно изражено у адверсарном поступку гдје одбрана мора сама скупљати доказе, што неријетко захтијева значајне трошкове. Да би се они уштедјели браниоци нагињу споразуму са тужиоцем.²³ Посебно се приговара журби браниоца који често настоји да преговоре што брже оконча. Он може искључиво у циљу бржег и лакшег рјешавања предмета окривљеног подстицати на прихватање споразума.²⁴ У САД су чести приговори да браниоци врше јак притисак на окривљеног да призна кривицу.²⁵ И начин награђивања браниоца, поготово постављеног по службеној дужности, може много утицати на његов став. Он може да потиче браниоца да утиче на окривљеног да призна кривицу или супротно да инсистира на редовном кривичном поступку.²⁶ Сматра се да од угледа и вјештине браниоца више зависи закључивање доброг споразума за окривљеног него од прибављених доказа.²⁷ Споразуму се приговора и због тога што је окривљени искључен из преговора у којима главну улогу има бранилац.²⁸ Поједини аутори сматрају да посебан проблем настаје онда када

²¹ Walker Wilson, „Defense Attorney Bias and the Rush to the Plea“, *Kansas Law Review* vol. 65/2016, 306.

²² Ibid, 274.

²³ Иштван Фејеш, „Амерички модел нагодбе у кривичном поступку посебно неки њени негативни аспекти“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* бр. 4/2012, 296.

²⁴ Walker Wilson, „Defense Attorney Bias and the Rush to the Plea“, *Kansas Law Review* vol. 65/2016, 291. истиче да је брза нагодба „савршена олуја“.

²⁵ Malvina Halberstam, „Towards Neutral Principles in the Administration of Criminal Justice: A Critique of Supreme Court Decisions Sanctioning the Plea Bargaining Process“, *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 73. Issue 1. Article 1, 1982, 47. наводи да то показују многе студије у САД.

²⁶ Peter Tague, „Guilty Pleas and Barristers’ Incentives: Lessons from England“, *The Georgetown Journal of Legal Ethics* Vol. 20, 2007, 320. наводи да начин награђивања у Енглеској потиче браниоца да препоручи окривљеном суђење, а у САД да призна кривицу; Ralph Adam Fine, „Plea Bargaining: An Unnecessary Evil“, *Marquette Law Review* vol. 70. No 4, 1987, 624. сматра да браниоцу споразум може бити финансијски повољнији.

²⁷ Nancy, McDonough, „Plea Bargaining: A Necessary Evil“, *University of Arkansas at Little Rock Law Review* Vol. 2. Issue 2, 1979, 389.

²⁸ Peter Tague, „Guilty Pleas or Trials: Which Does the Barrister Prefer?“, *Melbourne University Law Review* Vol. 32, 2008, 242.

се споразум закључује уз помоћ браниоца по службеној дужности.²⁹ У САД се као посебан проблем истиче недовољна помоћ браниоца сиромашним окривљенима који добијају савјетника кога плаћа држава. Сматра се да је лоша одбрана сиромашног окривљеног у САД правило. Такав бранилац не истражује случај на одговарајући начин и спреман је да прихвати било какву понуду тужиоца. У таквом случају претпоставка о релативно једнакој преговарачкој снази је мањкава. Заштита окривљеног и његових права тада је недовољна јер бранилац није спреман, вољан ни припремљен за евентуално суђење. У таквим ситуацијама препоручује се активнија улога суда, који мора осигурати да се ни један окривљени не остави „на милост неспособног браниоца“.³⁰

4. Бранилац у консензуалним кривичним поступцима у упоредном праву

У већини законодавстава преговори и закључивање споразума су случај тзв. обавезне одбране. Споразум у Француској (*plaider coupable*) предвиђен је Законом познатим под називом *Loi Perben II*.³¹ Након што окривљени призна кривицу за кривично дјело које му се ставља на терет државни тужилац предлаже изрицање једне или више казни. Окривљени прихвата предложено казну или казне у присуству браниоца. У швајцарској варијанти споразума (*Abgekürztes Verfahren*) одбрана је обавезна по & 130. тач. е) *Strafprozessordnung*.³² У САД је тужиоцу забрањено да

²⁹ Милован Николић, „Утицај на исходе правосудних поступака кроз примену института одложеног кривичног гоњења и корелација са другим алтернативним начинима решавања кривичних поступка“. *Свеске за јавно право бр. 30/2017*, 54; Вања Бајовић, „Тамна страна споразума о признању кривичног дела“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 1/2019*, 241.

³⁰ Детаљније Peter Joy, & Rodney Uphoff, „Systemic Barriers to Effective Assistance of Counsel in Plea Bargaining“, *Iowa Law Review Vol. 99*, 2014, 2.128–2.130; John Blume, „Plea Bargaining and the Right to the Effective Assistance of Counsel: Where the Rubber Hits the Road in Capital Cases“, *Federal Sentencing Reporter Vol. 25. No 2*, 2012, 36–39.

³¹ Закон бр. 2004-204 од 9. марта 2004. године назван по министру правде Dominik Perbenу.

³² Peter Albrecht, *Der Sanktionsrabatt im abgekürzten Verfahren*, 2020, 130. истиче да је овдје обавезна одбрана усмјерена на заштиту оптуженог од преваре, посебно од преваре државног тужиоца. Доступно на <https://sui-generis.ch/article/view/sg.158/1629>, преузето 23. маја 2023. године.

преговара са окривљеним у одсуству браниоца.³³ Врховни суд САД је одавно заузео став да окривљени има право на браниоца у преговорима полазећи од тога да они за њега представљају озбиљан ризик од прекомјерне оптужбе тужиоца.³⁴ Обавезно учешће браниоца у преговорима предвиђа и чл. 406/d ст. 2. Kodi i procedurës penale (ЗКП Албаније).³⁵ По чл. 74. ст. 8. ЗКП Србије окривљени мора имати браниоца од „почетка преговора до доношења одлуке о споразуму“.³⁶ По ранијем рјешењу морао га је имати најкасније осам дана прије почетка рочишта на коме се одлучивало о споразуму. Бранилац раније није обавезан за сам поступак преговора са јавним тужиоцем. Сматра се да је садашње рјешење много боље јер је важније окривљеном да има браниоца за вријеме преговора и закључивања споразума, него за вријеме доношења одлуке суда о споразуму.³⁷ По чл. 66. ст. 1. тач. 10. ЗКП Хрватске за вријеме преговора о условима признања кривице, споразумијевања о казни и другим мјерама и потписивања изјаве за доношење пресуде на основу споразума окривљени мора имати браниоца.³⁸ По чл. 69. ст. 7. Законика о кривичном поступку Црне Горе окривљени мора имати браниоца од почетка преговора о условима признања кривице до доношења одлуке суда о жалби

³³ Снежана Бркић, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме. Нови Сад: Правни факултет, 2004, 438.

³⁴ Wesley, Oliver, „The Present and Future Regulation of Plea Bargaining: A Look at Missouri v. Frue and Lafler v. Cooper“, *Cato Supreme Court Review*, 2012, 257.

³⁵ Bojana Hajdini & Mirela Bogdani, Marrëveshja për e fajësisë dhe caktimin e dënimit – institut i ri juridiko – procedural në sistemin penal shqiptar u зборнику „Criminal Law Between Tradition and Challenges of Actuality“. Тирана: Правни факултет 2017, 264. истичу да је ово широко прихваћен стандард.

³⁶ („Службени гласник Републике Србије, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 и 62/21).

³⁷ Станко Бејатовић, Поједностављене форме поступања као битно обиљежје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС 2013, 21.; Миљко Радисављевић и Предраг Ћетковић, Искуства Тужилаштва за организовани криминал у примени института споразума о признању кривичног дела у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС, 2013, 160.; Веско Крстајић, „Споразум о признању кривичног дела“, *Билтен Врховног касационог суда Србије бр. 2/2012*, 60.

³⁸ 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, 36/24 и 72/25).

на пресуду.³⁹ По чл. 74. ст. 4. ЗКП Сјеверне Македоније окривљени мора имати браниоца у току преговора и закључивања споразума о признању кривице.⁴⁰ И по чл. 450.а ст. 2. ЗКП Словеније преговори су случај тзв. обавезне одбране.⁴¹ Сматра се да ово рјешење доприноси томе да оптужени буде „једнакоправна странка“ у поступку преговора.⁴² Преговори о условима признања кривице су случај тзв. обавезне одбране и у многим другим законодавствима, као нпр. у руском, грузијском, бугарском, белгијском.⁴³ С друге стране, постоје и законодавства у којима је споразум могућ без браниоца. У Пољској оптужени, ако нема браниоца, може ставити захтјев да му га суд постави по службеној дужности. Против рјешења којим се одбија захтјев за постављање браниоца дозвољена је жалба.⁴⁴ Иако им то закон налаже у пракси пољске судије ријетко поучавају оптуженог о праву да захтјева постављање браниоца по службеној дужности.⁴⁵ Осим у кривичнопроцесним законодавствима у БиХ и у неким другим за вријеме преговора и закључивања споразума окривљени не мора имати браниоца, као нпр. у индијском или малезијском.⁴⁶ Посту-

³⁹ („Службени лист Црне Горе“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15, 28/18 и 116/20).

⁴⁰ Законот за кривичната постапка Македоније („Службен весник на Република Македонија“, бр. 150/10, 100/12, 142/16, 193/16, 198/18 и 200/18).

⁴¹ Закон о kazenskem postopku Slovenije („Uradni list Republike Slovenije“, бр. 176/21, 96/22, 2/23, 89/23 и 53/24); Министарство правосуђа Републике Словеније, Mnenje Vlade Republike Slovenije k zahtevi Državnega sveta Republike Slovenije бр. 007-258/2010 од 26. октобра 2011. године, Љубљана 2011, 9. истиче да је овакво рјешење прихваћено имајући у виду да су многе европске државе предвидјеле обавезно учествовање браниоца у преговорима и закључивању споразума.

⁴² Andreja Tratnik Zagorac, „Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek“, *Zbornik znanstvenih razprav letnik LXXI/2011*, 220.

⁴³ Чл. 315. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (ЗКП Русије); чл. 210. Criminal Procedure Code of Georgia. Law (ЗКП Грузије); чл. 381. Наказателно-процесуален кодекс (ЗКП Бугарске); чл. 216. Code d'instruction criminelle (ЗКП Белгије).

⁴⁴ Piotr Sowinski, „Kształtowanie się instytucji dobrowolnego poddania się karze w trybie art. 338a i 387. K.P.K. kilka uwag na tle zmian z lat 1997-2016“, *Seria Prawnicza 103/2018*, 232. истиче да жалба негативно утиче на ефикасност поступка и да због тога судови скоро увијек удовољавају овом захтјеву.

⁴⁵ Michał Jankowski & Andrzej Wazny, „Instytucja dobrowolnego poddania się karze (art. 387 K.P.K.) i skazania bez rozprawy (art. 335 K.P.K.) w świetle praktyki rezultaty badań ogólnopolskich“, *Prawo w działaniu 3/2008*, 140. наводе да истраживање 274 предмета у којима је закључен споразум показује да 75% оптужених није користило могућност да захтјева постављање браниоца.

⁴⁶ Prativa Panda, „Plea Bargaining – an Overview“, *Paripex - Indian Journal of Research*

пак за издавање казног налога по правилу није случај у коме је одбрана обавезна. Она није обавезна чак ни у оним ријетким законодавствима која омогућавају да се у том поступку изрекне казна затвора, као што су нпр. србијанско или швајцарско.⁴⁷ Изузетно, издавање казног налога којим се изриче условна осуда у којој је утврђена казна затвора по & 407. ст. 3. њемачког Strafprozessordnung је случај обавезне одбране. По правилу ни признање кривице није случај тзв. обавезне одбране.

4. Бранилац код споразума

Осим јавног тужиоца и осумњиченог, односно оптуженог у преговорима о признању кривице (даље преговори) учествује и бранилац (чл. 39. ЗКП БиХ, чл. 47. ЗКП РС, чл. 53. ЗКП ФБиХ и чл. 39. ЗКП БД БиХ). У почетном периоду примјене споразума у БиХ поставило се питање да ли је бранилац обавезан субјект преговора, односно да ли су они још један посебан случај тзв. обавезне одбране. Поједини аутори су истицали да постоји дилема у вези са овим питањем и да нејасна правна ситуација указује на то да је неопходно заузимање правних ставова од највиших судова.⁴⁸ По једном схватању бранилац је обавезан у преговорима.⁴⁹ Сматрало се да је овдје одбрана обавезна без обзира на тежину кривичног дјела због заштите интереса и права осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку и да она треба да спријечи сваку могућу злоупотребу од јавног

vol. 5, Issue 2, 2016, 122. истиче да у Индији код споразума није ријешен проблем правног заступања сиромашних.

⁴⁷ По чл. 512. ЗКП Србије на „Рочишту за изрицање кривичне санкције“, које је најсличније поступку за издавање казног налога у БиХ, може се изрећи казна затвора до 2 године; У Швајцарској се казним налогом по & 352. Strafprozessordnung може изрећи казна затвора до 6 мјесеци; Martin Schubarth, Zurück zum Grossinquisitor? – Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, 1, доступно на http://www.martinschubarth.ch/files/FS_Riklin., преузето 09. марта 2015. године, истиче да бранилац ту „стоји по страни“, што је један од више разлога (издаје га без рочишта јавни тужилац, а не суд) због кога се може поставити питање да ли је швајцарски поступак за издавање казног налога у складу са ЕКЉП.

⁴⁸ Данило Николић, Споразум о признању кривице. Ниш: Студентски културни центар 2006, 21.

⁴⁹ Ово схватање су нпр. заступали Дамјан Кауриновић, „Признање кривице и споразум о признању кривице – Нова рјешења у Закону о кривичном поступку БиХ“, *Правни живот бр. 9/2003*, 589 и Весна Стојковић, „Сложеност кривичног процесног законодавства БиХ и њених ентитета и осврт на најважнија рјешења“, *Правна ријеч бр. 12/2007*, 337.

тужиоца с обзиром на то да је неспорно да је он у предности.⁵⁰ По овом схватању одбрана је обавезна због тога што се споразумом осумњичени, односно оптужени одриче најзначајнијих права у кривичном поступку која су предвиђена законом, уставом и међународним документима.⁵¹ Његове присталице сматрају да обавезно учешће браниоца у преговорима произлази из процесних посљедица за оптуженог које настају прихватањем споразума, а које се огледају у губитку права на суђење и права на изјављивање жалбе на изречену кривичну санкцију, у обавези на накнаду трошкова поступка и обавезама у вези са имовинскоправним захтјевом.⁵² Ово схватање полази од тога да само бранилац може детаљно и исправно упознати осумњиченог, односно оптуженог са тим какве процесне посљедице за њега наступају закључивањем споразума и да ли је и колико он за њега повољан. Поједини аутори су овај случај обавезне одбране подводили под обавезну одбрану због сложености предмета и интереса правде.⁵³ Они су сматрали да су преговори, без изузетка, случај када због сложености предмета и интереса правде осумњичени, односно оптужени мора имати браниоца. Истицало се и да језичко тумачење одредбе која прописује да преговарати могу „осумњичени, односно оптужени и његов бранилац” указује да је бранилац обавезан јер везник „и” наглашава њихово заједништво.⁵⁴ Поједини аутори истичу да је према пракси ЕСЉП неопходно присуство браниоца да би се пресуда могла заснивати на признању извршења кривичног дјела.⁵⁵ По другом схватању које је преовладало, које

⁵⁰ Вељко Турањанин, Споразум о признању кривичног дела (докторска дисертација). Крагујевац: Правни факултет 2016, 87. сматра да препуштање окривљеног јавном тужиоцу нарушава правило о једнакости оружја, али и пружа могућност не тако малих злоупотреба процесних овлаштења.

⁵¹ Вељко Кауриновић, Потврђивање оптужнице и пресуде без суђења у зборнику „Реформа кривичног законодавства у Републици Српској“. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, 2003, 210.

⁵² Младенка Говедарица, „Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске“, *Правна ријеч* бр. 15/2008, 182.

⁵³ Дамјан Кауриновић, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних устанаова – признање кривице, споразум о признању кривице и казни на налог у зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“ Неум: Удружење судија Федерације БиХ, 2004, 7.

⁵⁴ ОСЦЕ, Споразум о признању кривице: Примјена пред судовима БиХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права. Сарајево 2006, 29.

⁵⁵ Вељко Турањанин, Споразум о признању кривичног дела (докторска дисертација). Крагујевац: Правни факултет 2016, 86. наводи пресуду од 27. новембра 2008. године

произлази из правилног тумачења законских одредаба и које је општеприхваћено у пракси у БиХ, уколико се не ради о другим случајевима у којима је по закону обавезна одбрана, учешће браниоца у преговорима није обавезно.⁵⁶ У прилог овог схватања истиче се да одредбе кривичнопроцесних закона у БиХ које прописују случајеве обавезне одбране не предвиђају да се то односи и на преговоре, закључивање споразума и рочиште за разматрање споразума.⁵⁷

Без обзира на важеће законско рјешење, полазећи од чињенице да је у већини законодавстава код преговора и закључивања споразума бранилац обавезан, са правом се може поставити питање да ли је у овим ситуацијама бранилац потребан. На ово питање мора се потврдно одговорити. Преговори и закључивање споразума, који значи признање кривичног дјела и сагласност о кривичној санкцији или мјери, као и другим његовим елементима сложене су радње које производе значајне правне посљедице. За њихово предузимање и схватање њихових посљедица начелно је неопходна помоћ браниоца. Прихватањем споразума оптужени се одриче једног од најзначајнијих права у кривичном поступку, права на суђење. Бранилац омогућава да се најбоље заштите његови интереси и права у овом поступку, а спречава могуће злоупотребе од стране јавног тужиоца. То оптужени сам није у могућности јер је у односу на њега јавни тужилац у предности. Најбољи начин да се изједначе позиције странака јесте да оптужени има помоћ браниоца. Занимљиво рјешење налазимо у чешком законодавству у коме окривљени за вријеме преговора и закључивања споразума мора имати браниоца, али га не мора имати касније на рочишту на коме суд разматра споразум.⁵⁸ Ово рјешење јасно показује када је у ствари оптуженом у овом поступку бранилац најпотребнији. Преговори и закључивање споразума без браниоца могу отворити питање правичности кривичног поступка. Завршетком кривич-

у предмету *Salduz v. Turkey* бр. 369391/02.

⁵⁶ Пресуда Врховног суда РС бр. Кж-122/05 од 4. октобра 2005. године.; ОСЦЕ, „Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичним поступцима који се примјењују у Босни и Херцеговини“, *Право и правда бр. 1/2005*, 109. наводи да је ово схватање прихватила и већина учесника ЛИГ-ова.

⁵⁷ ОСЦЕ, Споразум о признању кривице: Примјена пред судовима БиХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права. Сарајево 2006, 14.

⁵⁸ Filip Ščerba, „The Concept of Plea Bargaining under the Czech Criminal Law and the Criminal Law of other Countries within the Region of Central Europe“, *International and Comparative Law Review Vol. 13, No 1*, 2013, 17.

ног поступка на основу споразума за оптуженог настају битне правне посљедице, нпр. обавеза на накнаду трошкова поступка, посљедице у вези са имовинскоправним захтјевом, одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом, увођење у казнену евиденцију, правне посљедице које произлазе из изречене казне. Најбоље је да га са свим могућим посљедицама у конкретном случају упозна бранилац. Само он га може детаљно и исправно упознати са свим посљедицама закључивања споразума и правилно процијенити да ли је у његовом интересу да закључи споразум, а ако јесте – на које све услове треба да пристане. Бранилац омогућава стручну процјену доказа којима располаже јавни тужилац и оцјену да ли су они у стању да доведу до осуде. Али не само то. Он обезбјеђује и успјешне преговоре у циљу изрицања што блаже кривичне санкције, али и добијања неких других погодности које иначе оптужени не би добио у редовном кривичном поступку. Улога браниоца у преговорима прилично је сложена, нарочито онда када оптужени тврди да је невин, а постоје докази који указују на супротно. Тада се бранилац налази у великој дилеми да ли да заборави на повољну понуду тужиоца за закључивање споразума или да утиче на оптуженог да призна кривицу.⁵⁹ Због тога се говори о браниоцу као посреднику између јавног тужиоца и оптуженог у преговорима и закључивању споразума.⁶⁰ Поједини аутори истичу да су браниоци, а не судије, гаранти поштеност споразума.⁶¹ У нашој пракси преговори се често одвијају без браниоца. Сматра се да је то проблем који би се могао наћи и пред ЕСЈП.⁶² И поред тога у пракси наилазимо и на схватање да бранилац у преговорима и закључивању споразума није потребан и да осумњичени, односно оптужени не трпи никакву посебну штету због недостатка стручне помоћи.⁶³

⁵⁹ Bryan Ward, „A Plea Best Not Taken: Why Criminal Defendants Should Avoid the Alford Plea“, *Missouri Law Review* Vol. 68. Iss. 4, 2003, 942. сматра да таква ситуација за браниоца није ни мало угодна.

⁶⁰ Gabriel Hallevy, „The Defense Attorney as Mediator in Plea Bargains“, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* Vol. 9. Issue 3. Art 3, 2009, 495.

⁶¹ Stephanos Bibas, „Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms“, *Harvard Law Review* Vol. 126, 2012, 150.

⁶² Правосудна мрежа БиХ и др., Пројекат: Цивилно друштво у процесу реформе БХ правосуђа – „Ефикасност и непристрасност правосуђа и одговорност носилаца правосудних функција“, Бања Лука 2016, 6.

⁶³ ОСЦЕ, Споразум о признању кривице: Примјена пред судовима БиХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права. Сарајево 2006, 15. наводи да су посматрачи који су пратили судске поступке у којима је закључен споразум

Ово схватање није одрживо.

У многим случајевима овај поступак у коме је оптужени без браниоца има велике недостатке, па се поставља питање како тај проблем треба ријешити. И међународни документи истичу потребу за браниоцем у скраћеним поступцима који се завршавају на основу признања кривице, нпр. Резолуција са XV Међународног конгреса за кривично право. Поједини међународни документи предлажу обавезно учешће браниоца у поступцима у којима се оптужени одрекао права на суђење.⁶⁴ Улога браниоца се састоји у томе да спријечи да органи кривичног поступка, макар и нехотице, изврше притисак на окривљеног да пристане на такве поступке.⁶⁵ Поједини аутори предлажу да се проблем ријешити тако што ће јавни тужилац захтијевати од осумњиченог, односно од оптуженог да обавезно ангажује браниоца када се ради о кривичном дјелу за које је прописана казна затвора преко 5 година.⁶⁶ Чини се да ово није рјешење проблема јер је јавни тужилац за осумњиченог, односно оптуженог супротна странка. У пракси у БиХ проблем се покушавао ријешити и тако што је јавни тужилац преузимао бригу о оптуженом и пружао му заштиту. Такво рјешење овог проблема свакако није исправно. Јавни тужилац је супротна странка и оптужени се не може поуздати у његову заштиту.⁶⁷ Постоје и приједлози који немају основ у законским одредбама, а нису ни у складу са природом споразума. Предлаже се да, ако осумњичени, односно оптужени одбије да ангажује браниоца, јавни тужилац обезбиједи присуство трећег лица преговорима ради одржавања контакта на дистанци“.⁶⁸ Кривичнопроцесни закони у БиХ не

уочили да то сматрају многи јавни тужиоци, али и судије.

⁶⁴ Резолуција Савјета Европе бр. 2245 (2018) Договарање у кривичном поступку: потреба за увођењем минималних стандарда за системе одрицања од суђења.

⁶⁵ Petra Zaoralova, Vybrane problemy aplikace dohody o prohledani viny a prijeti trestu v rizeni proti pravnickym osobam v ceskem pravnim radu u zborniku „Milniku prava v stredoeuropском priestore“. Братислава: Правни факултет 2016, 552.

⁶⁶ Данило Николић, Споразум о признању кривице. Ниш: Студентски културни центар 2006, 21.

⁶⁷ ОСЦЕ, Споразум о признању кривице: Примјена пред судовима БиХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права. Сарајево 2006, 15. наводи да су посматрачи који су пратили судске поступке у којима је закључен споразум примијетили да је у неким случајевима јавни тужилац настојао да заштити оптуженог са закључком да адверсарни систем захтијева другачији приступ овом проблему

⁶⁸ Мирослав Баљак, „Преговарање и закључивање споразума о признању кривице у Босни и Херцеговини“, *FBIM Transactions Vol. 8 No 1*, 2020, 14.

познају као субјекта кривичног поступка треће лице. Осим тога, овдје би свједок преговора сазнао чињенице које не би смио да зна. У овој ситуацији штета за оптуженог посебно може настати ако се преговори не заврше успјешно, као и када суд одбаци споразум. Схватање да би за преговоре суд требало обавезно да поставља браниоца због сложености предмета и интереса правде као законом предвиђеног случаја обавезне одбране указује како се дјелимично проблем може ријешити примјеном постојећих законских одредаба. Преговори сами по себи нису случај обавезне одбране, али је она обавезна у оним случајевима, изван осталих случајева тзв. обавезне одбране, када је учешће браниоца у њима због сложености предмета или менталног здравља осумњиченог, односно оптуженог у интересу правде. Међутим, овдје постоји велики проблем због тога што суд не зна да су преговори у току или да треба да услиједе. Осумњичени, односно оптужени у том случају мора да стави захтјев суду за постављање браниоца по службеној дужности. Проблем је у томе што за ово право осумњичени често и не зна. Преостаје само да такав захтјев стави јавни тужилац, али је он супротна странка и може из свог угла процијенити да бранилац није неопходан. Исто тако, могуће је да такав захтјев он не стави, прибојавајући се да постављени бранилац не онемогући или отежа преговоре. Посебно се истиче неопходност браниоца због њихове сложености у преговорима који се завршавају споразумом у коме се налази клаузула о сарадњи.⁶⁹

У нашој стручној литератури постоје приједлози по којима треба размислити о потреби увођења тзв. обавезне одбране приликом преговора и закључивања споразума.⁷⁰ Не спорећи добре стране овог рјешење, треба истаћи да оно може имати и лоше стране. У неким случајевима, када су у питању лакша кривична дјела чије извршење није спорно, за која је очигледно да неће бити предложена казна затвора, обавезна одбрана може имати и штетне посљедице за оптуженог. Стручна одбрана је за многе осумњичене, односно оптужене скупа. У БиХ многи кривични поступци заврше се без браниоца, па чак и они који се завршавају на главном претресу, који је готово немогуће без њега и замислити. Ако већ постоји могућност да се главни претрес, који је неупоредиво комплико-

⁶⁹ Данило Николић, Споразум о признању кривице. Ниш: Студентски културни центар 2006, 132.

⁷⁰ Војислав Димитријевић, „Улога суда приликом закључивања споразума о признању кривице“, *Право и правда бр. 1/2013*, 232.

ванији за оптуженог, након кога за њега могу настати исто тако тешке, ако не и теже посљедице, води без браниоца свакако се може поставити питање да ли је оправдано да у свим преговорима он буде обавезан. Ако се не ради о постављању браниоца због слабог имовног стања у случају тзв. сиромашког права у свим осталим случајевима оптужени који буде осуђен сноси трошкове браниоца постављеног по службеној дужности.⁷¹ Трошкови постављеног браниоца могу теже погодити оптуженог од мање новчане казне или условне осуде. Занимљива пракса постоји у Словенији, гдје оптужени неупоредиво чешће признају кривицу без споразума, него споразумом. Један од битних разлога за то је што приликом признања кривице без споразума оптужени не мора имати браниоца, док је он код споразума обавезан.⁷² Поједини аутори сматрају да су та неформална договарања у ходницима, не само недопустива, већ и незаконита.⁷³ Признање кривице без споразума је бар у дијелу тих случајева било мотивисано жељом оптужених да избјегну трошкове браниоца. Уколико би кривичнопроцесни закони у БиХ предвидјели да је у преговорима бранилац обавезан можда би се, бар у неким предметима, оптужени умјесто споразума одлучили да због мањих трошкова поступка признају кривицу без споразума, што је за њих свакако неповољнија и ризичнија варијанта.

⁷¹ Сретко Јанковић, Трошкови кривичног поступка. Београд: Службени гласник 2005, 52.; нпр. пресудом Окружног суда у Бањој Луци бр. 11 0 К 010379 13 К од 16. октобра 2013. године донесеном на основу споразума одређено је да је оптужени дужан да накнади награду и нужне издатке браниоца постављеног по службеној дужности.

⁷² Andreja Tratnik Zagorac, „(Ne)izkušnje s pogajanjí o priznanju krivde“, *Pravosodni bilten* 3/2014, 52. истиче да се у том случају између државног тужиоца и оптуженог одвијају „неформални договори“.

⁷³ Andeja Sedej Grčar, „Sprejem in zavrnitev sporazumov o priznanju krivde – analiza sodne prakse“, *Odvetnik št. 80/2017*, 44.

Табела број 1.

Учешће оптужених у преговорима, закључивању споразума и признању кривице мимо споразума у Словенији⁷⁴

Година	Број лица која су преговарала	Број лица која су закључила споразум	Број лица која су признала кривицу мимо споразума
2013.	221	186	3.244
2014.	335	248	3.703
2015.	275	221	2.838
2016.	406	365	2.446
2017.	359	333	2.237
2018.	446	398	2.412
2019.	402	363	2.240
2020.	275	255	1.550
укупно	2.444	2.369	20.670

Посебан проблем у БиХ постоји код кривичних дјела за која је прописана казна затвора до 10 година, код којих је одбрана обавезна тек након достављања оптужнице. По важећем законском рјешењу код ових кривичних дјела могуће је да се споразум закључи у истрази без браниоца. Проблем тада настаје због тога што је на рочишту за разматрање споразума присуство браниоца обавезно. Бранилац се са споразумом упознаје након што он закључен. Може се десити да се на рочишту бранилац негативно изјасни о споразуму и да предложи оптуженом да од њега одустане. Таква ситуација је за браниоца деликатна јер преузима ризик да након главног претреса буде изречена тежа кривична санкција од предложене. Могуће је да оптужени због разних разлога не прихвати став браниоца по коме је за њега споразум неповољан, али исто тако, да се сложи са браниоцем, али да не жели да се излаже додатном ризику или да једноставно не жели да одустане од закљученог споразума. Због свега овога треба забранити преговоре и закључивање споразума у истрази са осумњиченим који нема браниоца за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 10 година. У пракси постоји више примјера оваквих споразума.⁷⁵ Постоје и они у којима је чак била предложена каз-

⁷⁴ Skupno poročilo o delu državnih tožilstev za leto 2013. do 2020.

⁷⁵ Види табелу бр. 2. по којој је од 2011. до 2019. године у ОЈТ у Бањој Луци закључено 8 таквих споразума.

на затвора.⁷⁶ Аутор је извршио обимно истраживање закључених споразума у ОЈТ у Бањој Луци од 2011. до 2019. године са циљем да, између осталог, анализира обим учешћа браниоца у преговорима и закључивању споразума, као и врсте кривичних санкција предложених споразумима који су закључени без браниоца.

Табела број 2.

Учешће браниоца у закључивању споразума у ОЈТ у Бањој Луци

Година	Број лица која су закључила споразум	Лица која су закључила споразум без браниоца, а нису га имала ни при разматрању споразума	Лица која су закључила споразум без браниоца, а имала су га при разматрању споразума	Лица која се закључила споразум уз помоћ браниоца у случајевима обавезне одбране	Лица која су закључила споразум уз помоћ браниоца када одбрана није била обавезна
2011.	98	29 – 29,59%	0 – 0,00%	40 – 40,82%	29 – 29,59%
2012.	123	43 – 34,97%	0 – 0,00%	39 – 31,70%	41 – 33,33%
2013.	92	28 – 30,43%	1 – 1,09%	25 – 27,17%	38 – 41,31%
2014.	108	31 – 28,70%	0 – 0,00%	28 – 25,93%	49 – 45,37%
2015.	109	33 – 30,28%	2 – 1,84%	37 – 33,944%	37 – 33,944%
2016.	126	39 – 30,95%	1 – 0,79%	24 – 19,05%	62 – 49,21%
2017.	136	28 – 20,59%	3 – 2,21%	40 – 29,41%	65 – 47,79%
2018.	151	21 – 13,91%	1 – 0,66%	57 – 37,75%	72 – 47,68%
2019.	133	15 – 11,28%	0 – 0,00%	41 – 30,83%	77 – 57,89%
укупно	1.076	267 – 24,82%	8 – 0,74%	331 – 30,76%	470 – 43,68%

⁷⁶ Нпр. споразум закључен у ОЈТ у Бањој Луци 02. новембра 2017. године бр. Т13 0 КТ 0035758 17 којим је предложена казна затвора од 6 мјесеци; споразум закључен у ОЈТ у Бањој Луци 25. априла 2016. године бр. Т13 0 КТ 0030717 16 којим је предложена казна затвора од 6 мјесеци, кога је оптужени закључио док се налазио на издржавању казне затвора, при чему ни на рочишту на коме је споразум прихваћен није имао браниоца, иако га је због прописане казне морао имати.

Табела број 3.

Кривичне санкције у споразумима закљученим без браниоца у ОЈТ у Бањој Луци

Година	Број лица која су закључила споразум	Споразуми са предложеном казном затвора	Споразуми са предложеном и новчаном казном и условном осудом	Споразуми са предложеном условном осудом	Споразуми са предложеном новчаном казном	Споразуми са предложеном судском опоменом
2011.	29	4 – 13,80%	10 – 34,48%	9 – 31,02%	4 – 13,80%	2 – 6,90%
2012.	43	7 – 16,28%	1 – 2,32%	12 – 27,91%	19 – 44,19%	4 – 9,30%
2013.	29	7 – 24,14	1 – 3,45%	3 – 10,34%	18 – 62,07%	0 – 0,00%
2014.	31	6 – 19,35%	0 – 0,00%	15 – 48,39%	10 – 32,26%	0 – 0,00%
2015.	35	7 – 20%	2 – 5,71%	10 – 28,57%	16 – 45,72%	0 – 0,00%
2016.	40	5 – 12,50%	0 – 0,00%	12 – 30,00%	23 – 57,50%	0 – 0,00%
2017.	31	4 – 12,90%	0 – 0,00%	9 – 29,03%	18 – 58,07%	0 – 0,00%
2018.	22	1 – 4,55%	0 – 0,00%	8 – 36,36%	13 – 59,09%	0 – 0,00%
2019.	15	2 – 13,33%	1 – 6,67%	3 – 20,00%	9 – 60,00%	0 – 0,00%
укупно	275	43 – 15,64%	15 – 5,46%	81 – 29,45%	130 – 47,27%	6 – 2,18%

5. Бранилац у поступку за издавање казненог налога

И у поступку за издавање казненог налога оптужени признаје кривицу и изриче му се кривична санкција и мјера коју је предложио јавни тужилац за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 5 година.⁷⁷ У овом поступку у БиХ могу се изрећи: 1. новчана казна; 2. условна осуда; 3. мјера безбједности забрана вршења одређених позива, дјелатности или дужности; 4. мјера безбједности забрана управљања моторним возилом; 5. мјера безбједности одузимање предмета; и 6. мјера одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом. У њему се

⁷⁷ Казнени налог се може издати за око 80% кривичних дјела предвиђених у кривичним законима у БиХ.

не може изрећи казна затвора. Такво рјешење је углавном заступљено и у другим законодавствима. У поступку за издавање казненог налога у БиХ бранилац није обавезан. И у упоредном праву прихватање казненог налога по правилу није случај у коме је одбрана обавезна. За разлику од споразума у нашој стручној литератури није било приједлога да и поступак за издавање казненог налога буде случај тзв. обавезне одбране. Битно је истаћи да се и споразум може закључити за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 5 година и да се њиме не мора предложити казна затвора. У том случају правни положај оптуженог који закључује споразум суштински се не разликује од правног положаја оптуженог који прихвата издавање казненог налога. Рјешење по коме би у том случају код споразума, али не и код казненог налога, била обавезна одбрана не би било досљедно. Ауторово истраживање споразума закључених у ОЈТ у Бањој Луци од 2011. до 2019. године показало је да је скоро 50% споразума закључено за кривична дјела за која је прописана новчана казна или казна затвора до 5 година, односно за она за која се може издати казнени налог.⁷⁸ Осим тога, само у 15,64% споразума предложена је казна затвора, док је у 84,36% споразума предложена кривична санкција која се може изрећи и казним налогом. У БиХ оптужени релативно ријетко прихватају захтјев за издавање казненог налога у присуству браниоца, што важи и за друга законодавства.

⁷⁸ Од 1.076 споразума 281 или 26,12% закључено је за кривична дјела за која је прописана новчана казна или казна затвора до 3 године, 254 споразума или 23,61% за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 5 година, 407 споразума или 37,82% за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 10 година, 120 или 11,15% за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 15 година и 14 или 1,30% за кривична дјела за која је прописана казна затвора тежа од 15 година.

Табела број 4.

Присуство браниоца приликом прихватања захтјева за издавање казненог налога стављених у оптужницама ОЈТ у Бањалуци

Година	Број лица која су прихватила захтјев	Број лица која су имала браниоца приликом прихватања захтјева	Проценат лица која су имала браниоца приликом прихватања захтјева
2011. година	584	21	3,60%
2012. година	703	13	1,85%
2013. година	408	19	4,65%
2014. година	488	18	3,69%
2015. година	528	29	5,42%
2016. година	182	6	3,30%
укупно	2.893	106	3,66%

6. Бранилац код признања кривице пред судијом за претходно саслушање

Оптужени се у БиХ о кривици изјашњава на посебном рочишту код судије за претходно саслушање. Може се изјаснити да је крив или да није крив. Уколико се изјасни да је крив предмет се прослијеђује другом судији или вијећу који ће провјерити изјаву о признању кривице. Ако се изјава прихвати заказаће се претрес на коме се оптужени оглашава кривим. Изјашњење о кривици примјењује се на сва кривична дјела и само по себи није случај тзв. обавезне одбране. Уколико се ради о кривичном дјелу за које се не може изрећи казна затвора од 10 година, а не ради се о неком другом случају обавезне одбране, оптужени може признати кривицу без браниоца. Тада бранилац није обавезан ни на рочишту за разматрање изјаве о признању кривице. Раније се, мада ријетко, наилазило на схватање по коме је и изјашњење о кривици пред судијом за претходно саслушање случај тзв. обавезне одбране, иако није имало основ у закону.⁷⁹ Иако нема званичних података није спорно да оптужени

⁷⁹ Нпр. ово схватање је заступала Младенка Говедарица, „Доношење пресуде без

у БиХ ријетко признају кривицу пред судијом за претходно саслушање у присуству браниоца. Ако оптужени жели да призна кривицу бранилац ће га по правилу савјетовати да преговора. Инсистирање да преговори и закључивање споразума буду нови случај тзв. обавезне одбране, а да то не буде признање кривице пред судијом за претходно саслушање је још недоследније, него што је то случај са казним налогом. Признање кривице пред судијом за претходно саслушање и прихватање такве изјаве без браниоца, уколико се не ради о неком од посебних случајева тзв. обавезне одбране, могуће је за сва кривична дјела за која је прописана казна затвора до 8 година. Према истраживању више од половине споразума закључених у ОЈТ у Бањој Луци од 2011. до 2019. године закључено је за кривична дјела за која је прописана казна затвора до 8 година или блага. У овој ситуацији оптужени се налази у још тежем правном положају од онога у ком се налази код споразума. Код споразума он зна под којим условима признаје кривицу, за разлику од признања кривице пред судијом за претходно саслушање које је безусловно.

7. ЗАКЉУЧЦИ

Ауторово истраживање у ОЈТ Бања Лука показало је да оптужени ријетко прихватају казни налог у присуству браниоца. То важи и за признање кривице пред судијом за претходно саслушање. С друге стране, око $\frac{3}{4}$ споразума се закључи у присуству браниоца. Изостанак браниоца у консензуалним кривичним поступцима може да проузрокује лоше последице за оптуженог. Да би могао да донесе исправну и за њега најбољу одлуку да ли ће или неће признати кривицу и под којим условима, потребан му је бранилац. У многим случајевима оптужени није у могућности да сам без браниоца правилно процијени шта је за њега најбоље. Оптужени треба да оцијени доказе које је прибавио јавни тужилац, да ли постоји кривично дјело за које се терети, да ли је кривично одговоран (крив), да ли је исправна правна квалификација кривичног дјела, да ли је предложена кривична санкција повољна, изгледе на успјех у редовном кривичном поступку до кога ће доћи ако не призна кривицу, као и друге околности за чију оцјену је неопходно стручно знање. Није спорно да рјешење по коме се кривични поступак заснован на признању кривице може завршити само ако оптужени има браниоца има многе

суђења у кривичном поступку Републике Српске“, *Правна ријеч бр. 15/2008*, 182.

добре стране. За разлику од кривичнопроцесних законодавстава у БиХ, преговори и закључивање споразума су случај тзв. обавезне одбране у већини законодавстава. Сматра се да је то један широко прихваћен стандард. Та чињеница сама по себи намеће потребу да се отвори питање да ли треба ове ситуације и у БиХ предвидјети као нови посебан случај тзв. обавезне одбране. При томе се не смије занемарити чињеница, на коју указују бројни аутори, да се често интереси оптуженог и браниоца не поклапају, али ни чињеница да је стручна одбрана скупа, поготово ако су у питању релативно сиромашне државе као што је наша. И у неким другим, по правилу сиромашнијим државама, преговори и закључивање споразума нису случај тзв. обавезне одбране. Трошкове браниоца постављеног по службеној дужности увијек мора неко да сноси. То је по правилу осуђени, а ако их он не може платити или ако не дође до осуде они падају на терет буџета. Да ово није ни мало једноставан проблем указује нам словеначка пракса у којој се често признање кривице у споразуму замјењује, за оптуженог ризичнијим, безусловним признањем које је резултат неформалних договора. Таквом праксом се настоје избјећи трошкови браниоца, који је обавезан код словеначког споразума, али се производе за оптуженог друге лоше посљедице. Законом треба изричито забранити закључивање споразума без браниоца у истрази за кривична дјела за које се може изрећи казна од 10 година затвора, пошто је у том случају одбрана обавезна на рочишту за разматрање споразума. Иако се питање потребе за браниоцем најчешће расправља код споразума, на сличан начин се може поставити и код осталих консензуалних кривичних поступака. Рјешење по коме би преговори и закључивање споразума били случај тзв. обавезне одбране, а да то исто не буду издавање казненог налога, а поготово признање кривице пред судијом за претходно саслушање, не би било досљедно.

ЛИТЕРАТУРА И ПРОПИСИ

1. Albrecht, Peter, Der Sanktionsrabatt im abgekürzten Verfahren, 2020, доступно на <https://sui-generis.ch/article/view/sg.158/1629>, преузето 23. маја 2023. године.
2. Alschuler, Albert, „The Defense Attorney’s Role“, The Yale Law Journal Vol. 84 Number 6, 1975.
3. Alschuler, Albert, „Plea Bargaining And Its History“, Columbia Law Review Vol. 79. No 1, 1979.

4. Бајовић, Вања, „Тамна страна споразума о признању кривичног дела“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 1/2019.
5. Баљак, Мирослав, „Преговарање и закључивање споразума о признању кривице у Босни и Херцеговини“, *FBIM Transactions* Vol. 8 No 1, 2020.
6. Бејатовић, Станко, Поједностављене форме поступања као битно обиљежје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС 2013.
7. Blume, John, „Plea Bargaining and the Right to the Effective Assistance of Counsel: Where the Rubber Hits the Road in Capital Cases“, *Federal Sentencing Reporter* Vol. 25. No 2, 2012.
8. Бркић, Снежана, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме. Нови Сад: Правни факултет, 2004.
9. Stephanos Bibas, „Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms“, *Harvard Law Review* Vol. 126, 2012.
10. Ward, Bryan, „Plea Best Not Taken: Why Criminal Defendants Should Avoid the Alford Plea“, *Missouri Law Review* Vol. 68. Iss. 4, 2003.
11. Wilson, Walker, „Defense Attorney Bias and the Rush to the Plea“, *Kansas Law Review* vol. 65/2016.
12. Говедарица, Младенка, „Доношење пресуде без суђења у кривичном поступку Републике Српске“, *Правна ријеч* бр. 15/2008.
13. Дамашка, Марјан, „О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 2/1997.
14. Дамашка, Марјан, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2004.
15. Димитријевић, Војислав, „Улога суда приликом закључивања споразума о признању кривице“, *Право и правда* бр. 1/2013.
16. Ђурђић, Војислав, „Рационализација кривичног поступка Србије“, *Правна ријеч* бр. 12/2007.
17. Zaoralova, Petra, Vybrane problemy aplikace dohody o prohlášení viny a přijetí trestu v řízení proti právnickým osobám v českém právním řádu u zborníku „Milníky práva v stredoeuropskom priestore“. Братислава: Правни факултет 2016.

18. Јанковић, Раденко, „Одузимање имовинске користи у консензуалним кривичним поступцима“, Правна ријеч бр. 69/24.
19. Јанковић, Сретко, Трошкови кривичног поступка. Београд: Службени гласник, 2005.
20. Jankowski, Michal, & Wazny, Andrzej, „Instytucja dobrowolnego poddania sie karze (art. 387 K.P.K.) i skazania bez rozprawy (art. 335 K.P.K.) w swietle praktyki rezultaty badan ogolnopolskich“, Prawo w dzialaniu 3/2008.
21. Joy, Peter, & Uphoff, Rodney, „Systemic Barriers to Effective Assistance of Counsel in Plea Bargaining“, Iowa Law Review Vol. 99, 2014.
22. Кауриновић, Дамјан, Потврђивање оптужнице и пресуде без суђења у зборнику „Реформа кривичног законодавства у Републици Српској“. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова 2003.
23. Кауриновић, Дамјан, „Признање кривице и споразум о признању кривице – Нова рјешења у Закону о кривичном поступку БиХ“, Правни живот бр. 9/2003.
24. Кауриновић, Дамјан, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању кривице и казнени налог у зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“ Неум: Удружење судија Федерације БиХ.
25. Крстајић, Веско, „Споразум о признању кривичног дела“, Билтен Врховног касационог суда Србије бр. 2/2012.
26. Langbein, John, „Understanding the Short History of Plea Bargaining“, Law & Society Winter 1979.
27. Министарство правосуђа Републике Словеније, Mnenje Vlade Republike Slovenije k zahtevi Državnega sveta Republike Slovenije број 007-258/2010 од 26. октобра 2011. године, Љубљана 2011.
28. McDonough, Nancy, „Plea Bargaining: A Necessary Evil“, University of Arkansas at Little Rock Law Review Vol. 2. Issue 2, 1979.
29. Николић, Данило, Споразум о признању кривице. Ниш: Студентски културни центар 2006.
30. Николић, Милован, „Утицај на исходе правосудних поступака кроз примену института одложеног кривичног гоњења и корелација са другим алтернативним начинима решавања кривичних поступка“, Свеске за јавно право бр. 30/2017.

31. Oliver, Wesley, „The Present and Future Regulation of Plea Bargaining: A Look at Missouri v. Frue and Lafler v. Cooper“, Cato Supreme Court Review 2012.
32. ОСЦЕ, „Приказ предложених измјена и допуна закона о кривичним поступцима који се примјењују у Босни и Херцеговини“, Право и правда бр. 1/2005.
33. ОСЦЕ, Споразум о признању кривице: Примјена пред судовма БиХ и усклађеност са међународним стандардима за заштиту људских права (друго издање). Сарајево 2006.
34. Panda, Prativa, „Plea Bargaining – an Overview“, Paripex - Indian Journal of Research vol. 5, Issue 2, 2016.
35. Правосудна мрежа БиХ, Хелсиншки одбор за људска права и Форум грађана Тузле, Пројекат: Цивилно друштво у процесу реформе БХ правосуђа – „Ефикасност и непристрасност правосуђа и одговорност носилаца правосудних функција“, Нацрт препорука, Бања Лука 2016.
36. Радисављевић, Миљко и Ћетковић, Предраг, Искуства Тужилаштва за организовани криминал у примени института споразума о признању кривичног дела у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС 2013.
37. Sedej Grčar, Andreja, „Sprejem in zavrnitev sporazumov o priznanju krivde – analiza sodne prakse“, Odvetnik št. 80/2017.
38. Сијерчић-Чолић, Хајрија, Хациомерагић, Малик, Јурчевић, Маринко, Кауриновић, Дамјан и Симовић, Миодраг, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у БиХ. Сарајево: Савјет Европе и Европска комисија 2005.
39. Sowinski, Piotr, „Kształtowanie się instytucji dobrowolnego poddania się karze w trybie art. 338a i 387. K.P.K. kilka uwag na tle zmian z lat 1997-2016“, Seria Prawnicza 103/2018.
40. Стојковић, Весна, „Сложеност кривичног процесног законодавства БиХ и њених ентитета и осврт на најважнија рјешења“, Правна ријеч бр. 12/2007.
41. Tague, Peter, „Guilty Pleas and Barristers’ Incentives: Lessons from England“, The Georgetown Journal of Legal Ethics Vol. 20, 2007.
42. Tague, Peter, „Guilty Pleas or Trials: Which Does the Barrister Prefer?“, Melbourne University Law Review Vol. 32, 2008.

43. Томашевић, Горан, Казнено процесно право – Опћи дио (измијењено и допуњено Е-издање), Сплит: Правни факултет 2013.
44. Tratnik Zagorac, Andreja, „Nekateri pomisleki ob uvajanju pogajanj o priznanju krivde v slovenski kazenski postopek“, Zbornik znanstvenih razprav letnik LXXI/2011.
45. Tratnik Zagorac, Andreja, „(Ne)izkušnje s pogajanj o priznanju krivde“, Pravosodni bilten 3/2014.
46. Турањанин, Вељко, Споразум о признању кривичног дела (докторска дисертација). Крагујевац: Правни факултет 2016.
47. Фејеш, Иштван, „Амерички модел нагодбе у кривичном поступку посебно неки њени негативни аспекти“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду број 4/2012.
48. Fine, Adam, „Plea Bargaining: An Unnecessary Evil“, Marquette Law Review vol. 70. No 4, 1987.
49. Hajdini, Bojana, & Bogdani, Mirela, Marrëveshja për e fajësisë dhe caktimin e dënimit – institut i ri juridiko – procedural në sistemin penal shqiptar у зборнику „Criminal Law Between Tradition and Challenges of Actuality“. Тирана: Правни факултет 2017.
50. Halberstam, Malvina, „Towards Neutral Principles in the Administration of Criminal Justice: A Critique of Supreme Court Decisions Sanctioning the Plea Bargaining Process“, Journal of Criminal Law and Criminology Vol. 73. Issue 1. Article 1, 1982.
51. Hallevy, Gabriel, „The Defense Attorney as Mediator in Plea Bargains“, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal Vol. 9. Issue 3. Art 3, 2009.
52. Caldwell, Mithcell, „Coercive Plea Bargaining: The Unrecognized Scourge of the Justice System“, Catholic University Law Review Vol. 61 Issue 1, 2011.
53. Шкулић, Милан, „Споразум о признању кривице“, Правни живот бр.1/2009.
54. Ščerba, Filip, „The Concept of Plea Bargaining under the Czech Criminal Law and the Criminal Law of other Countries within the Region of Central Europe“, International and Comparative Law Review Vol. 13, No 1, 2013.
55. Schubarth, Martin, Zurück zum Grossinquisitor? – Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, доступно на http://www.martinschubarth.ch/files/FS_Riklin., преузето дана 09. 03. 2015. године.

56. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
57. Законик о кривичном поступку Србије („Службени гласник Републике Србије, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 и 62/21).
58. Законик о кривичном поступку Црне Горе („Службени лист Црне Горе“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15, 28/18 и 116/20).
59. 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, 36/24 и 72/25).
60. Zakon o kazenskem postopku Slovenije („Uradni list Republike Slovenije“, бр. 176/21, 96/22, 2/23, 89/23 и 53/24).
61. Законот за кривичната постапка Македоније („Службен весник на Република Македонија“, бр. 150/10, 100/12, 142/16, 193/16, 198/18 и 200/18).
62. 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).
63. Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ („Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, бр. 7/00).
64. Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ („Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, бр. 33/13, 27/14, 3/19 и 16/20).
65. Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 50/03).
66. Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 53/12, 91/17, 66/18 и 15/21).
67. 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).
68. Loi Perben II (закон бр. 2004-204 од 09. марта 2004. године).
69. Kodi i procedurës penale (ЗКП Албаније).
70. Међународни пакт о грађанским и политичким правима („Службени лист СФР Југославије“, бр. 7/71 – Међународни уговори).
71. Наказателно-процесуален кодекс (ЗКП Бугарске).

72. Одлука о одређивању висине награде и накнаде адвокатима ангажованим по службеној дужности у кривичном поступку („Службени гласник РС“, бр. 107/15).
73. Резолуција Савјета Европе бр. 2245 (2018) Договарање у кривичном поступку: потреба за увођењем минималних стандарда за системе одрицања од суђења.
74. Skupno poročilo o delu državnih tožilstev za leto 2013. do 2020. (Извјештаји Врховног државног тужилаштва Словеније).
75. Strafprozessordnung (ЗКП Швајцарске).
76. Strafprozessordnung (ЗКП Њемачке).
77. Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Службени гласник РС“, бр. 68/05).
78. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (ЗКП Русије).
79. Code d’instruction criminelle (ЗКП Белгије).
1. 78.Criminal Procedure Code of Georgia. Law No. 1772 od October 9, 2009. (ЗКП Грузије).

Dr Radenko Jankovic⁸⁰

DEFENSE COUNSEL IN CONSENSITIVE CRIMINAL PROCEEDINGS

***Abstract:** Criminal proceedings that end with the acceptance of a plea agreement, the acceptance of a plea given to a judge for a preliminary hearing, and the issuance of a sentencing order are new special consensual procedures in the criminal procedure laws of Bosnia and Herzegovina. Although they are widely used in practice, there are still a number of controversial issues, both theoretical and practical. One of them is the participation of defense counsel in them. According to the current legal solution, except for other cases of mandatory defense, it is not mandatory. The question arises whether some of these procedures should be new cases of the so-called mandatory defense.*

⁸⁰ Republic Public Prosecutor in the Republic Public Prosecutor’s Office of the Republic of Srpska.

To address these and other issues, the author has conducted two extensive studies of plea agreements and requests for a sentencing order. Consideration of this issue should contribute to a better understanding of these procedures, enable their more proper application, and lead to better legal solutions.

Keywords: *defense attorney, agreement, plea agreement, sentencing order, consensual criminal proceedings.*

UDK 633.522:340.134(497.6)(100)

doi 10.7251/PR7125931S

Pregledni naučni članak

OMOGUĆAVANJE UŽIVANJA OPOJNIH DROGA U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE I MEĐUNARODNI STANDARDI

Prof. dr Marina M. Simović¹
Prof. dr Vladimir M. Simović²

Apstrakt: *Na nivou međunarodne zajednice uspostavljen je sistem univerzalnih standarda kojima se na jednoobrazan način postavljaju temelji za nacionalna krivična zakonodavstva za primjenu, kako preventivnih tako i krivičnopravnih mjera u obliku kazni i drugih krivičnih sankcija sa ciljem sprječavanja i suzbijanja kriminaliteta u vezi sa opojnim drogama (narko - kriminalitet). Pored krivičnoprocesnih sredstava, u okviru primjene radnji dokazivanja i posebnih istražnih radnji, odnosno uspostavljene međunarodnopravne pomoći u suzbijanju nezakonite proizvodnje, prerade ili prometa opojnih droga posebno u međunarodnim razmjerama, zaštita zdravlja ljudi od negativnih, štetnih posljedica do kojih dolazi usljed neovlašćene upotrebe opojnih droga - ostvaruje se propisivanjem krivične odgovornosti, odnosno kažnjavanja za još jedno krivično djelo. Ovo se krivično djelo najčešće naziva "Omogućavanje uživanja opojnih droga". Radi se o inkriminaciji gdje su podstrekavanje i pomaganje drugom licu da započne ili nastavi sa uživanjem opojnih droga dobile karakter i sadržinu posebnog, samostalnog krivičnog*

¹ Redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron" u Banjoj Luci i sekretar Ombudsmana za djecu Republike Srpske, e-mail: marina.simovic@gmail.com; <https://orcid.org/0009-0008-3330-4023>.

² Tužilac Tužilaštva BiH i redovni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Slobomir P Univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: vlado_s@blic.net; <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

djela. U radu se izlažu sadržina, zakonski opis, karakteristike, odnosno oblici ispoljavanja ovog krivičnog djela u pravu Bosne i Hercegovine na temelju uspostavljenih međunarodnih standarda.

Ključne riječi: *međunarodni standardi, opojne droge, uživanje, krivično djelo, kazna.*

1. UVOD

Na temelju univerzalnih međunarodnih standarda, donijetih u okviru Organizacije Ujedinjenih nacija, sva savremena krivična zakonodavstva propisuju sistem krivične odgovornosti, odnosno kažnjivosti za različite oblike/vidove ispoljavanja zloupotrebe opojnih droga, posebno u sferi neovlašćene (nezakonite) proizvodnje, prerade ili prodaje, odnosno stavljanja u promet (prirodnih ili vještačkih) opojnih droga, psihoaktivnih supstanci ili prekursora.³ Između ostalih, na sličan način krivično zakonodavstvo sa primjenom u Bosni i Hercegovini propisuju više krivičnih djela ove vrste, sa većim/manjim razlikama, zavisno od zakona koji ih propisuju.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine⁴ (KZ BiH) u glavi sedamnaestoj pod nazivom “Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom” predviđa međunarodno krivično djelo “Neovlašteni promet opojnim drogama” (član 195). Radi se o inkriminaciji gdje se kažnjive djelatnosti preduzimaju u međunarodnim razmjerama, u odnosu na opojnu drogu. Kao opojna droga (član 1. tačka 33) smatra se “medicinski lijek ili opasna supstanca s adiktivnim i psihotropnim svojstvima ili supstanca koja

³ Vidi Victor B. Stolberg, “The use of coca: prehistory, history, and ethnography”, *Ethn Subst Abuse*, 2011, 10(2): 126-46; Jimy-Jose Pintoa *et al.*, “Characterization of digestive disorders of patients with chronic Chagas disease in Cochabamba, Bolivia”, *Heliyon*, 2019 Feb 7, 5(2), 1-12; Enrico Facco, Gastone Zanette, “The Odyssey of Dental Anxiety: From Prehistory to the Present. A Narrative Review”, *Front Psychol*, 2017 Jul 11, 8:1155; Jaqueline Garcia-Yi, “Heterogeneous motivations for coca growing: the case of an indigenous Aymara community in Peru”, *Int J Drug Policy*, 2014 Nov; 25(6), 1113-1123; Steven B. Karch, “The history of cocaine toxicity”, *Human Pathology*, 1989, 20(11), 1037-1039; Timothy Plowman, “The identity of amazonian and trujillo Coca”, *Botanical Museum Leaflets, Harvard University*, 1979, 27(1-2), 45-68.

⁴ Službeni glasnik BiH br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 i 47/2023.

se lako može pretvoriti u takvu supstancu, ako podliježe kontroli prema međunarodnoj konvenciji koju je Bosna i Hercegovina ratifikovala ili supstanca koja je proglašena opojnom drogom od nadležne institucije Bosne i Hercegovine ili nadležne institucije entiteta”.⁵

Krivični zakon Federacije BiH⁶ (KZ FBiH) u glavi dvadesetprvoj pod nazivom “Krivična djela protiv zdravlja ljudi” predviđa dva krivična djela zloupotrebe opojnih droga. To su: a) neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 238) i b) posjedovanje i omogućavanje uživanja opojnih droga (član 239). Oba krivična djela imaju za objekt zaštite zdravlje ljudi (što proizilazi za njihove zakonske sistematike prema grupnom zaštitnom objektu), dok se kao objekt napada javlja opojna droga. Opojna droga (član 2. tačka 35) predstavlja “medicinski lijek ili opasnu supstancu s adiktivnim i psihotropnim svojstvima ili supstancu koja se lako može pretvoriti u takvu supstancu ako podliježe nadzoru prema međunarodnoj konvenciji koju je Bosna i Hercegovina potvrdila ili supstanca koja je proglašena opojnom drogom od nadležne institucije Bosne i Hercegovine ili nadležne institucije entiteta”. Neka inostrana zakonodavstva (Kazneni zakon Hrvatske⁷) za objekt napada upotrebljavaju samo riječ “droga” (umjesto opojne droge), odnosno ”tvari koje su propisom proglašene za droge”.

Na istovjetan način Krivični zakon Brčko distrikta BiH⁸ (KZ BDBiH) u glavi dvadesetprvoj pod istim zakonskim nazivom “Krivična djela protiv zdravlja” propisuje dva krivična djela ove vrste. To su: a) neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 232) i b) omogućavanje uživanja opojnih droga (član 233). Oba se krivična djela preduzimaju: a) na određeni način - neovlašćen (protivpravan) način i b) u odnosu na određeni objekat napada – opojnu drogu. To je (član 2. tačka 34) “medicinski lijek ili opasna supstanca s adiktivnim i psihotropnim svojstvima ili supstanca koja se lako može pretvoriti u takvu supstancu ako podliježe kontroli prema međunarodnoj konvenciji koju je Bosna i Hercegovina ratifikovala ili supstanca

⁵ Vidi Susan P. Robbins, Jolyn Mikow, Tobacco, alcohol and other drug use among minority youth: Implications for the design and implementation of prevention programs. Philadelphia, University of Pennsylvania, Center for the Study of Youth Policy, septembre 2000.

⁶ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 75/2017 i 31/2023.

⁷ Narodne novine Republike Hrvatske br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022, 114/2023 i 36/2024.

⁸ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine br. 19/2020, 3/2024 i 14/2024.

koju je nadležna institucija Bosne i Hercegovine, Brčko distrikta ili nadležna institucija entiteta proglasila opojnom drogom”.

Poslednji zakonski tekst sa primjenom u Bosni i Hercegovini - Krivični zakonik Republike Srpske⁹ (KZ RS) u glavi sedamnaestoj, takođe pod nazivom “Krivična djela protiv zdravlja ljudi”, sadrži dvije inkriminacije čije se protivpravne djelatnosti preduzimaju u odnosu na opojne droge. To su: a) neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga (član 207) i b) omogućavanje uživanja opojnih droga (član 208), s tim što je ovo jedini zakon koji ne definiše pojam “opojne droge” (u glavi jedanaest “Značenje izraza u ovom zakoniku”, u odredbi člana 123).

Svi zakoni (osim KZ BiH), na temelju relevantnih univerzalnih međunarodnih standarda, na više/manje istovjetan način poznaju specifičnu inkriminaciju u okviru “narko-kriminaliteta” pod nazivom “omogućavanje uživanja opojnih droga”. Ovo je krivično djelo svojevremeno poznao Krivični zakon SFRJ¹⁰ (1976) sa identičnim naslovom. Radi se o specifičnoj inkriminaciji gdje su kažnjive djelatnosti podstrekavanja (navođenja) ili pomaganja (olakšavanja) drugom licu da dođe u kontakt (u posjed, državinu) s opojnom drogom u cilju njene upotrebe. S obzirom na to da se u pravnoj teoriji naziv krivičnog djela “uživanje” opravdano kritikuje, ukazujući da riječ “uživanje” predstavlja dozvoljenu, čak poželjnu aktivnost, a ne kažnjivo, zabranjeno, proskribovano ponašanje - neka komparativna zakonodavstva za ovu inkriminaciju koriste drugi termin kao što je “omogućavanje trošenja droga” (član 191. KZ Hrvatske).

2. OMOGUĆAVANJE UPOTREBE (UŽIVANJA) OPOJNIH DROGA I MEĐUNARODNI STANDARDI

Jedinstvena konvencija o opojnim drogama¹¹ (1961) predstavlja prvi univerzalni međunarodni dokumenat OUN koji uspostavlja temelj jedinstvene međunarodne akcije na suzbijanju ili sprječavanju zloupotrebe opojnih droga. Ona polazi od brige za fizičko i moralno zdravlje čovječanstva, uviđajući, pri tome, da je medicinska upotreba opojnih droga neophodna za ublažavanje bolova, te da određene mjere moraju biti preduzete kako bi se obezbijedilo da

⁹ Službeni glasnik Republike Srpske br. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021, 73/2023, 9/2024, 105/2024, 14/2025, 19/2025 i 31/2025.

¹⁰ Službeni list SFRJ br. 44/1976, 36/1977, 56/77, 34/1984, 37/1984, 74/1987, 57/1989, 3/1990, 45/1990 i 54/1990.

¹¹ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori br. 2/1964 i 3/1978.

opojne droge budu raspoložive u tu svrhu. U Konvenciji se dalje zaključuje da je toksikomanija nesreća za pojedinca koja predstavlja privrednu i socijalnu opasnost za čovječanstvo. Stoga se smatra da (radi njihove efikasnosti) mjere koje se preduzimaju protiv zloupotrebe opojnih droga treba da budu koordinirane i opšte, te da opšta akcija takve vrste zahtijeva međunarodnu saradnju - rukovođenu istim načelima i usmjerenu zajedničkim ciljevima¹².

U vezi sa analiziranim krivičnim djelom omogućavanje uživanja opojnih droga, Jedinствена konvencija o opojnim drogama utiče na dva nivoa. Prvo se određuju pojam i vrste opojnih droga (član 1). Opojna droga označava svaku supstancu iz tabele I i II, bilo da je prirodna ili sintetička, pri čemu su ove tabele sastavni dio Konvencije sadržani u prilogu, dok preparat označava vrstu ili tečnu mješavinu koja sadrži neku opojnu drogu. Opojne droge čine: kanabis, biljka kanabis, kanabisova smola, "cocaier"¹³, lišće od koke, medicinski opijum, opijum, opijumski mak i makova slama. Konvencija takođe određuje i značenje pojedinih djelatnosti koje se preduzimaju u odnosu na opojne droge, koje su dozvoljene (ako se preduzimaju na način, pod uslovima i u postupku od strane za to određenih organa), odnosno nedozvoljene radnje (zabranjene, štetne i protivpravne, pa time i proskribovane i kažnjive, kada se preduzimaju protivno odredbama Konvencije).

Drugi univerzalni međunarodni dokumenat iz ove oblasti predstavlja Konvencija o psihotropnim supstancama¹⁴ (1971). Za razliku od prethodnog dokumenta, ova konvencija (član 1) definiše osnovne pojmove i institute koji su u vezi sa¹⁵: 1) "psihotropnim supstancama", a to su supstance, bilo prirodne ili sintetičke ili svaki prirodni proizvod iz tabele I, II, III ili IV, u dodatku Konvencije ili 2) "preparatima" koje označava: a) rastvor ili mješavinu, bez obzira na njeno fizičko stanje, koja sadrži jednu ili više psihotropnih supstanci i b) jednu ili više psihotropnih supstanci u određenim dozama. Konvencija (član 7) dalje zabranjuje svako korišćenje svih supstanci, osim u naučne svrhe ili u veoma ograničene medicinske svrhe od strane propisno ovlašćenih lica

¹² Vidi Veljko Delibašić, *Suzbijanje zloupotrebe opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, Beograd: Službeni glasnik, 2014, str. 78-97.

¹³ Vidi Etty Indriati, Jane E. Buikstra, *Coca chewing in prehistoric coastal Peru: dental evidence*, *Am J Phys Anthropol*, 2001 Mar., 114 (3), pages 242-257; Plowman, L. Rivier, "Cocaine and Cinnamoylcocaine Content of *Erythroxylum* Species", *Annals of Botany*, Volume 51, Issue 5, May 1983, pages 641-659; Amy Sue Biondich, Jeremy David Joslin, *Coca: High Altitude Remedy of the Ancient Incas*, *Wilderness Environ Med.*, 2015, Dec, 26(4), pages 567-571.

¹⁴ Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori broj 40/1973.

¹⁵ Vidi Miodrag Simović *et al.*, *Zloupotreba opojnih droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine*, Laktaši: Grafomark, 2022, str. 87-91.

zaposlenih u medicinskim ili naučnim ustanovama koje neposredno potpadaju pod nadležnost svojih vlada ili su ih one izričito ovlastile.¹⁶

Poslednji međunarodni dokumenat OUN pod naslovom “Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci¹⁷ (1988) donijet je sa ciljem (član 2) da unaprijedi saradnju među stranama potpisnicama tako da mogu efikasnije da se bore protiv raznih aspekata nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci koji ima međunarodnu dimenziju. U dijelu pod nazivom “Prekršaji i sankcije” Konvencije [član 3. stav a)] predviđa se, između opisa više krivičnih djela čija se inkriminacija preporučuje nacionalnim krivičnim zakonodavstvima pojedinih država, specifično krivično djelo koje se sastoji u namjernom (umišljajnom) preduzimanju djelatnosti kao što su: a) javno podsticanje ili navođenje drugih, na bilo koji način, da učine bilo koje krivično djelo ili da nezakonito koriste opojne droge ili psihotropne supstance i b) učestvovanje, udruživanje ili zavjera, radi izvršenja, pokušaja da se učini i pomogne, podstiče, olakša i savjetuje o izvršenju bilo kog od krivičnih djela u vezi sa opojnim drogama ili psihotropnim supstancama.

Na taj način su ove radnje podstrekavanja, pomaganja ili pripremanja predviđene kao kažnjiva djela čak i ako se one odnose na namjerno posjedovanje, kupovinu ili gajenje opojnih droga ili psihotropnih supstanci za ličnu potrošnju.¹⁸ Pri tome se zaključak o znanju, namjeri ili svrsi potrebnog, kao elemenat navedenih prekršaja, može izvesti iz objektivnih činjeničnih okolnosti. Za navedena krivična djela Konvencija preporučuje pojedinim državama da propišu kazne u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom kao što su: kazna zatvora ili drugi vidovi lišavanja slobode, novčane kazne i zapljena (konfiskacija) imovine.¹⁹ Pored toga, uz osudu ili kaznu, može se predvidjeti da se prekršilac podvrgne mjerama kao što su liječenje, edukacija, njega poslije liječenja, rehabilitacija ili socijalna reintegracija, a ako se radi o narkomanu - tada se primjenjuju mjere liječenja i njege poslije liječenja.

¹⁶ Vidi Christine Amrhein, Drogensucht und Drogenmissbrauch. Wenn das “Experimentieren” mit Drogen außer Kontrolle gerät und in die Abhängigkeit führt, Therapie De, 2019.

¹⁷ Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori broj 14/1990.

¹⁸ Vidi Анна Алексеевна Корсантия, И.Б. Максименко, “Основные причины детерминации преступности в Российской Федерации”, Право и безопасность, Номер 2 (31), Июль 2009; Анатолий Иванович Алексеев, Криминология. Курс лекций, Лекция 32. Наркотизм: его связь с преступностью и предупреждение, „Щит-М“, 1999, с. 340.

¹⁹ Vidi Mashal Khan, Troubles liés à l'usage de substances (Dépendance), MD, NewYork - Presbyterian Hospital, 2022

3. POJAM OMOGUĆAVANJA UŽIVANJA OPOJNIH DROGA KAO KRIVIČNOG DJELA

Krivično djelo pod nazivom “Posjedovanje i omogućavanje uživanja opojnih droga” (član 239. KZ FBiH) se sastoji u navođenju drugoga na uživanje opojne droge ili u davanju drugome opojnu drogu da je uživa on ili drugo lice ili u stavljanju na raspolaganje prostorije drugome radi uživanja opojne droge ili u omogućavanju drugome na drugi način uživanja opojne droge. Za ovo je djelo u osnovnom obliku ispoljavanja propisana kazna zatvora od tri mjeseci do pet godina.

Istu sadržinu ima krivično djelo pod nešto drugačijim nazivom “Omogućavanje uživanja opojnih droga” u KZ BD BiH (član 233), odnosno u KZ RS (član 208). Dok se u pravu Brčko distrikta BiH za ovo djelo propisuje kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina, u Republici Srpskoj je predviđeno strožije kažnjavanje – zatvorom u trajanju od jedne do osam godina. Ovim se krivičnim djelom, u svim navedenim propisima, inkriminiše saučesništvo u vidu podstrekavanja, odnosno pomaganja drugom licu, na uživanje opojne droge, kao samostalno krivično djelo.

Istovetan naziv i sadržinu ovog krivičnog djela, sa kaznom zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina, propisuju Krivični zakonik Crne Gore²⁰ (član 301) i Krivični zakonik Srbije²¹ (član 247). Istu mjeru kazne zatvora, uz istovetnu sadržinu ovog krivičnog djela, propisuje Kazneni zakon Hrvatske (član 191.), ali pod drugačijim nazivom, koji je mnogo adekvatniji i pravilniji, kao “Omogućavanje trošenja droga”. S druge strane, Krivični zakonik Sjeverne Makedonije²² (član 216) pod nazivom “Omogućavanje upotrebe opojnih droga” predviđa istu sadržinu ovog krivičnog djela sa strožijom propisanom kaznom zatvora u trajanju od jedne do pet godina, uz preciziranje objekta napada djela kao: opojne droge, psihotropne supstance i prekursore. Još strožiju kaznu zatvora u trajanju od šest mjeseci do osam godina, za ovo

²⁰ Službeni list 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.

²¹ Službeni glasnik Republike Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 i 94/2024.

²² Služben vesnik na Republika Makedonija br. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 226/2015, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 i 188/2023.

krivično djelo predviđa Kazenski zakonik Slovenije²³ (član 187) pod nazivom “Omogućavanje upotrebe nedozvoljenih droga ili nedozvoljenih supstanci u sportu”, pri čemu se proširuje obim objekta napada djela na: nedozvoljene droge ili nedozvoljene supstance u sportu.

4. OSNOVNI OBLIK KRIVIČNOG DJELA OMOGUĆAVANJA UŽIVANJA OPOJNIH DROGA

Iz navedenih pojmovnih određenja krivičnog zakonodavstva sa primjenom u Bosni i Hercegovini i zakonodavstva u državama u okruženju proizilazi da ova inkriminacija, u osnovnom obliku pojavnog ispoljavanja, zapravo inkriminiše dva posebna oblika saučesništva kao samostalno krivično djelo²⁴. To, dakle, znači da samim trenutkom preduzimanja bilo koje od navedenih djelatnosti u okviru: a) podstrekavanja, podsticanja ili b) pomaganja drugom licu koje su upravljene na njegovu upotrebu, “uživanje”, unos opojne droge u organizam - postoji svršeno krivično djelo, bez obzira na to da li je podstrekuto ili pomognuto lice zaista u konkretnom slučaju upotrijebilo opojnu drogu.

Radnje podstrekavanja i pomaganja predstavljaju, inače, radnje saučesništva koje su ovdje, zbog visoko ispoljene društvene opasnosti i težine, dobile karakter samostalnog krivičnog djela. Imajući u vidu da uživanje opojne droge ne predstavlja krivično djelo, sve djelatnosti podstrekavanja, odnosno pomaganja u širenju toksikomanije ne bi moglo da se kažnjava po odredbama o saučesništvu (s obzirom na ograničenu – limitiranu akcesronost po kojoj odgovara saučesnik), pa bi ovakva lica izbjegla krivičnu odgovornost i kažnjivost za svoje ponašanje.

U pravnoj teoriji²⁵ se smatra da je ovo komplementarno krivično djelo sa djelom neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga. U osnovi ove inkriminacije se nalazi težnja da se kažnjava što veći broj različitih djelatnosti u vezi sa zloupotrebom opojnih droga, posebno one koje se odnose na širenje ove vrste toksikomanije.

Bez obzira na različite zakonske nazive ove inkriminacije, osnovni oblik djela se preduzima sa istovjetno određenim djelatnostima koje ulaze u opis pojma radnje izvršenja. Istina, postoje manje razlike među analiziranim

²³ Uradni list Republike Slovenije br. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 50/2012, 6/2016, 54/2015, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022, 16/2023 i 107/2024.

²⁴ Miroslav Đorđević, Đorđe Đorđević, Krivično pravo, Beograd: Projuris, 2021, str. 180-181.

²⁵ Zoran Stojanović, Obrad Perić, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Službeni glasnik, 2000, str. 84.

inkriminacijama u pogledu određivanja objekta napada, prema kome se ove djelatnosti ostvaruju. Dakle, radnju izvršenja ovog krivičnog djela čine alternativno propisane djelatnosti²⁶:

a) *navođenje u vidu podstrekavanja drugog lica na uživanje opojne droge*, bilo da započne ili da nastavi sa uživanjem opojne droge²⁷. Ovdje se radi o podstrekavanju, preduzimanju psiholoških djelatnosti uticanja na volju drugog lica. To se može učiniti nagovaranjem, molbom, prijetnjom, nuđenjem opklade, davanjem savjeta, izrugivanjem, ubjeđivanjem, dočaravanjem osjećaja euforije za vrijeme opijenosti, dovođenje u zabludu o ljekovitom svojstvu droge.

Radnja podstrekavanja²⁸, podsticanja se ispoljava u smislu psiholoških djelatnosti koje se preduzimaju prema drugom licu u cilju da ono done-se novu ili učvrsti postojeću odluku da započne ili da nastavi sa uživanjem opojne droge. Djelo je u ovom obliku svršeno samim momentom navođenja drugoga, bez obzira na to da li je ono zaista u konkretnom slučaju donijelo novu ili učvrstilo postojeću kolebljivu odluku, odnosno potom uživalo opojnu drogu²⁹;

b) *davanje drugom opojne droge* koje se sastoji u različitim djelatnostima omogućavanja, olakšavanja, stvaranja uslova ili pretpostavki drugom licu da uopšte dođe u priliku da pribavi u posjed, u državinu (pritežanje) opojnih droga sa ciljem da je uživa, upotrijebi (unese u organizam) on ili neko drugo, bilo koje lice. Ono se može učiniti poklanjanjem ili ustupanjem opojne droge drugom da je koristi besplatno ili za neku drugu uslugu (proba, zajam, posluga).

Davanjem drugom opojne droge da je uživa³⁰ - u praksi se ostvaruje predaja, tradicija, neposredno ili posredno, direktno ili indirektno, ustupanje drugom licu opojne droge. To je svaka djelatost (koja se preduzima često iz narkomanske solidarnosti) kojom se drugom licu omogućuje da dođe u posjed, u državinu opojne droge, što znači da ona mora biti data, odnosno

²⁶ Vidi Dragan Jovašević, Dušica Miladinović Stefanović, Krivično pravo, Posebni deo, Niš: Pravni fakultet, 2023, str. 286-289.

²⁷ Ljiljana Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega djela, Ljubljana: GV Založba, 2007, str. 389-390.

²⁸ Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, Veljko Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo, Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, 2017, str. 122-123.

²⁹ Ksenija Turković et al, Komentar Kazenog zakona, Zagreb: Narodne novine, 2013, str. 259.

³⁰ Vidi Olivije Zimonja, "Krivičnopravni i kriminalistički značaj krivičnog djela omogućavanje uživanja opojnih droga", Bezbjednost, policija, građani, Banja Luka, broj 3-4/2016, str. 177-196.

preuzeta od drugog, kako bi je ono ili neko drugo lice (nezavisno od njegovog odnosa sa učiniocem djela) uživalo, bez obzira na to da li je do ovog uživanja u konkretnom slučaju zaista i došlo;

c) *stavljanje na raspolaganje prostorije*³¹ – omogućavanje, ustupanje drugom da besplatno ili uz naknadu, jednokratno ili u dužem vremenskom periodu, u prisustvu učinioca djela ili bez tog prisustva uživa opojne droge, što mora biti poznato učiniocu djela. Ovdje se radi o djelatnosti dozvoljavanja, pomaganja, olakšavanja da drugo lice uopšte dođe u mogućnost da na određenom prostoru, u određeno vrijeme, na određeni način, uživa, koristi opojne droge, što učiniocu djela mora biti poznato. To se može učiniti jednokratno ili iznajmljivanjem određenog prostora za duže ili kraće, uz naknadu ili bez naknade.

Učinitelj djela može da bude prisutan u tim prostorijama. Cilj je stavljanja na raspolaganje prostorija drugom licu da ono na tom mestu uživa opojne droge. Ove prostorije mogu da budu u vlasništvu učinioca djela, ali to nije neophodno. Bitno je da na njima ima državinsku vlast, pritežanje³² U smislu ovog krivičnog djela, pod prostorijom se podrazumijevaju stan, dio stana, posebna soba, terasa, balkon, tavan, potkrovlje, podrum, mansarda³³, šupa, vikendica, kabina (na čamcima ili brodovima), čobanska kuća u planini, na livadi, salašu, kao i svaki drugi ograđeni, odnosno zatvoreni prostor koji nije pristupačan drugim licima bez uklanjanja prepreka³⁴. Neka inostrana zakonodavstva umjesto riječi "prostorija" kod ovog oblika djela upotrebljavaju riječ "prostor" (Hrvatska) kako bi na taj način obuhvatila i prostor motornog vozila (ukoliko se on stavi drugom licu na raspolaganje radi neposrednog unosa droge u organizam);

d) *omogućavanje drugom licu na bilo koji drugi način uživanja opojne droge*. To je svaka djelatnost pridonosenja, pomaganja ili olakšavanja drugom licu na bilo koji način da uzme (započne ili da nastavi sa uzimanjem) opojnu drogu: stražarenje za vrijeme dok drugi uzimaju opojnu drogu, pozaj-

³¹ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Amila Ferhatović, Krivično pravo 2, Sarajevo: Pravni fakultet, 2016, str. 369.

³² Zoran Stojanović, Nataša Delić, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Pravni fakultet, 2013, str. 205-206.

³³ Mansarda je prostor u potkrovlju koji je stambeni dio za život u natkrivenom dijelu stana ili kuće, ali iskorišćen kao takav u smislu tzv. „holandskog krova“. Pojam mansarda je potekao od francuskog „pronalazača“ ovakve prostorije Fransoa Mansarda.

³⁴ Vidi Siniša Đukić, "Zloupotreba opojnih droga sa osvrtom na bezbjednost učenika", Defendologija, Banja Luka, broj 21-22/2008, str. 113-120.

mljivane pribora za uzimanje opojne droge, dovođenje u vezu nekog lica sa drugim uživaocima opojne droge i sl.

U pravnoj teoriji³⁵ se pri razmatranju oblika ispoljavanja radnji izvršenja ovog krivičnog djela podvrgava kritici (sa aspekta njene kriminalno-političke opravdanosti propisivanja radnje) “stavljanje na raspolaganje prostorija radi uživanja opojnih droga”. Naime, ovdje se sa osnovom postavlja pitanje da li njeno inkriminisanje uistinu vodi sprječavanju uživanja opojnih droga, odnosno da li se na ovaj način zapravo još teže i više ugrožava zdravlje ljudi, posebno zdravlje samih uživalaca opojne droge. Iz kriminalističke, odnosno sudske prakse je od ranije već poznato da se opojne droge najčešće uživaju upravo u prostorijama koje su često nehygijenske, skrivene (podrumi, garaže, tavani i sl), te da u njima nema uslova da se pruži brza i adekvatna medicinska pomoć u slučaju da prijete smrt uživaocima opojnih droga.

Zato se u pravnoj teoriji predlaže da se ovakvo zakonsko rješenje tumači krajnje restriktivno³⁶. Naime, u ovom obliku krivično djelo postoji samo u slučaju kada su prostorije stavljene na raspolaganje isključivo radi uživanja opojne droge. Pored toga, u pravnoj teoriji, ali i u sudskoj praksi se sa osnovom ističe da je ovo rješenje sporno kada se radi o “javnom” lokalu, odnosno o prostorijama čije je korišćenje dozvoljeno individualno neodređenom broju lica (restoran, kafana, kafić, bioskopska sala). Naime, u ovim slučajevima bi ova svijest o uživanju drugog lica opojne droge u prostoriji gdje mu je to omogućeno - morala biti obuhvaćena umišljajem učinioca (dakle, sviješću, ali i voljom) što je nerijetko teško dokazati.

Posljedica ovog krivičnog djela, kao uopšte kod svih krivičnih djela zloupotrebe opojnih droga, manifestuje se kao ugrožavanje zaštićenog dobra u vidu apstraktne, opšte opasnost za zdravlje (pa i život) ljudi. To znači da je ova posljedica nastupila samim momentom preduzimanja radnje izvršenja bez obzira na to da li je neko lice na osnovu toga zaista uživalo opojnu drogu.

Učinilac djela može biti svako lice, dok je u pogledu krivice potreban umišljaj učinioca (koji obuhvata svijest o svojstvu opojne droge). Pored propisane kazne zatvora, učiniocu ovog djela se obavezno izriče mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta – opojne droge zbog njegove “opšteopasne” prirode.

³⁵ Vidi Zoran Stojanović, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd: Službeni list, 2002, str. 289-291.

³⁶ Miloš Babić, Ivanka Marković, Krivično pravo, Posebni dio, Banja Luka: Pravni fakultet, 2007, str. 172-173.

4. OSTALI (TEŽI I LAKŠI) OBLICI KRIVIČNOG DJELA OMOGUĆAVANJA UŽIVANJA OPOJNIH DROGA

4.1. Teži oblici djela

Krivično djelo “Posjedovanje i omogućavanje uživanja opojnih droga” (član 239. KZ FBiH), odnosno “Omogućavanje uživanja opojnih droga” (član 233. KZ BD BiH ili član 208. KZ RS), pored osnovnog oblika pojavnog ispoljavanja, sadrži još: a) teži, kvalifikovani i b) lakši, privilegovani oblik ispoljavanja³⁷. I druga regionalna zakonodavstva, na specifičan način, shodno svojim potrebama i ciljevima politike suzbijanja kriminaliteta uopšte, a posebno narko-kriminaliteta - takođe predviđaju više posebnih, specijalnih oblika ovog krivičnog djela.

Teži, kvalifikovani oblik krivičnog djela, za koji je propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina (član 239. stav 2. KZ FBiH i član 233. stav 2. KZ BD BiH) se javlja u više vidova ispoljavanja zavisno od vrste, prirode ili karaktera kvalifikatorne okolnosti koja se može javiti kao:

1) svojstvo pasivnog subjekta (žrtve)³⁸:

a) dijete (lice uzrasta do četrnaest godina), odnosno maloljetnik (lice uzrasta od navršene četrnaeste do nenavršene osamnaeste godine života u vrijeme izvršenja djela) - KZ BD BiH. U ovim slučajevima umišljaj učinioca mora da obuhvati njegovu svijest o uzrastu, starosti pasivnog subjekta ili

b) prema više lica. Više lica (član 2. tačka 17. KZ FBiH i član 2. tačka 18. KZ BD BiH) označava “najmanje dva lica”. Međutim, u pravnoj teoriji još uvijek ima razmimoilaženja u pogledu pitanja koliko lica čini više lica, pa se razlikuju shvatanja da su to dva lica ili čak pet lica. Bez značaja je u ovom slučaju da li je navođenje ili davanje opojne droge, odnosno stavljanje na raspolaganje prostorija činjeno pojedinačno u dužem ili kraćem vremenskom periodu (sukcesivno) ili grupno u odnosu na sva lica odjednom ili

2) obim, intenzitet prouzrokovane posljedice u vidu prouzrokovane “naročito teške” posljedice.

Kazna je zatvor od jedne do deset godina. Kada postoje “naročito teške posljedice” djela (pretpostavlja se posljedice po zdravlje ljudi), predstavlja

³⁷ Bora Čejović, Vidoje Miladinović, Krivično pravo, Posebni deo, Niš: SKC, 1995, str. 147.

³⁸ Vidi Borislav Petrović, Amila Ferhatović, Dragan Jovašević, Krivično pravo, Posebni dio, Sarajevo: Pravni fakultet, 2024, str. 122-125.

faktičko pitanje koje sud rješava u svakom konkretnom slučaju na bazi izvedenih ličnih, odnosno materijalnih izvora dokaza³⁹. Te teške posljedice su: ako je život nekog lica doveden u opasnost, ako je nastupila smrt ili smoubistvo, duševno rastrojstvo ili napad na život ili tijelo drugog u stanju opijenosti. U svakom slučaju, mora da postoji uzročno-posljedična veza između preduzete radnje podstrekavanja ili pomaganja na uživanje opojne droge, potom do uživanja opojne droge u konkretnom slučaju, te nastupanje teških posljedica u odnosu na koje učinilac postupa sa nehatom.

“Omogućavanje uživanja opojnih droga” (član 208. stav 2. KZ RS) se u težem obliku ispoljavanja, za koji je propisana znatno teža kazna u trajanju od dvije do dvanaest godina, javlja u sljedećim slučajevima⁴⁰:

a) ako je radnja izvršenja podstrekavanja ili pomaganja učinjena prema posebnoj vrsti pasivnog subjekta kao kvalifikatornoj okolnosti (licu sa određenim ličnim svojstvom, koje svojstvo učiniocu djela mora biti poznato, dakle, obuhvaćeno njegovim umišljajem, upravo u vremenu preduzimanja radnje izvršenja). To su učinjenje djela prema: 1) djetetu – to je lice uzrasta do navršanih četrnaest godina i 2) duševno poremećenom licu – licu koje ima određeni oblik, vid ili stepen duševne poremećenosti ili duševne zaostalosti (nerazvijenosti), gdje postoji narušenost normalnog, nesmetanog i pravilnog odvijanja psihičkih procesa svijesti, volje, osjećanja, razuma;

b) ako je radnja izvršenja preduzeta prema više lica (član 123. tačka 8. - najmanje dva lica). Dakle, u ovom slučaju učinilac preduzima jednu ili više (bilo istih ili različitih) djelatnosti podstrekavanja, odnosno pomaganja, na istom ili različitim mjestima, u isto ili različito vrijeme prema dva ili više lica koja su učiniocu poznata, odnosno prema kojima učinilac posjeduje znanje da im se time omogućava ili olakšava uživanje upotrebe opojne droge,

c) ako je radnja izvršenja preduzeta na određenom mjestu (koje predstavlja kvalifikatornu okolnost) - u školi ili drugim vaspitno-obrazovnim, sportskim, kulturnim ustanovama ili mjestima koja služe za obrazovanje, vaspitanje, sportsku ili neku drugu društvenu aktivnost djece ili u njihovoj neposrednoj blizini. Ovakvo zakonsko rješenje kvalifikatornih okolnosti poznaju mnoga druga uporedna zakonodavstva (Srbije, Hrvatske, Slovenije i Francuske). Ovdje je, dakle, mjesto preduzimanja radnje izvršenja vezano za

³⁹ Đorđe Đorđević, Dragana Kolarić, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet, 2020, str.160-161.

⁴⁰ Vidi Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, Veljko Ikanović, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka: Službeni glasnik, 2021, str.461-463.

okupljanje ili boravak mladih ljudi, odnosno njegova blizina javlja kao povišen stepen težine i društvene opasnosti;

d) ako je radnju izvršenja preduzelo lice sa određenim svojstvom (*delicta propria*) - službeno lice, zdravstveni radnik, socijalni radnik, nastavnik, vaspitač ili trener na određeni način - iskorištavajući svoj položaj. Ovdje se svojstvo učinioca djela i način preduzimanja radnje izvršenja – iskorišćavanje položaja ovog lica, smatraju kvalifikatornim okolnostima. Za postojanje krivičnog djela u ovom obliku potrebno je da učinilac u vrijeme izvršenja djela posjeduje ovo “lično” svojstvo, te da je svjestan da svojom radnjom doprinosi na bilo koji način uživanju opojne droge od strane drugih, u prvom redu mladih ljudi.

Najteži oblik krivičnog djela omogućavanja uživanja opojnih droga predstavlja krivično djelo kvalifikovano težom posljedicom, sa propisanom kaznom zatvora u trajanju od tri do petnaest godina (stav 3.). Naime, ovo djelo postoji ako je usljed preduzete radnje izvršenja u bilo kom obliku ispoljavanja (podstrekavanja ili pomaganja) prouzrokuje smrt lica kojem je učinilac omogućio opojne droge. Ovo krivično djelo karakterišu sljedeći elementi⁴¹:

a) radnjom izvršenja osnovnog djela je, pored osnovne posljedice u vidu apstraktne opasnosti za zdravlje, prouzrokovana teža posljedica u vidu povrede,

b) teža posljedica se nalazi u uzročno-posljedičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja osnovnog oblika djela,

c) teža posljedica mora biti obuhvaćena bar nehatom (nepažnjom) učinioca i

d) teža posljedica se javlja u vidu nastupanja smrti lica koje je uživalo opojnu drogu poslije preduzete radnje izvršenja u vidu podstrekavanja, odnosno pomaganja. Dakle, drugo lice u odnosu na koga je učinilac preduzeo radnju izvršenja, treba da zaista u konkretnoj situaciji uživa, upotrijebi, unese opojnu drogu u svoj organizam, usljed čega nastupa njegova smrt.

Kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog djela “Omogućavanje uživanja opojnih droga” su se u uporednom krivičnom zakonodavstvu, posebno u zakonodavstvu država u okruženju Bosne i Hercegovine, javljale na različite načine:

1) Crna Gora (član 301. KZ): ako je djelo učinjeno⁴²: a) prema maloljetnom licu, duševno bolesnom licu, licu koje je privremeno duševno pore-

⁴¹ Dragan Jovašević, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Dosije, 2017, str. 217-218.

⁴² Vidi Ljubiša Lazarević, Branko Vučković, Vesna Vučković, Komentar Krivičnog zakonika, Cetinje: Obod, 2004, str. 730-732.

mećeno, licu koje je teže duševno zaostalo ili licu koje se liječi od zavisnosti od opojnih droga, b) prema više lica, c) u vaspitnoj ili obrazovnoj ustanovi ili u njenoj neposrednoj blizini ili ustanovi za izvršenje krivičnih sankcija ili u javnom lokalu ili na javnoj priredbi i d) od strane službenog lica, ljekara, socijalnog radnika, sveštenika, nastavnika ili vaspitača iskorišćavanjem svog položaja (za koje je propisana kazna zatvora u trajanju od dvije do deset godina),

2) Hrvatska (član 191. KZ): ako je djelo učinjeno⁴³: a) prema djetetu ili osobi s težim duševnim smetnjama, b) u školi ili na drugom mjestu koje služi obrazovanju, odgoju, sportskoj ili društvenoj aktivnosti djece ili u njegovoj neposrednoj blizini ili u kaznenoj ustanovi, c) prema više osoba i d) ako je djelo počinila službena osoba, zdravstveni radnik, socijalni radnik, nastavnik, odgojitelj ili trener iskorištavajući svoj položaj (sa propisanom kaznom zatvora u trajanju od jedne do deset godina) i e) ako je učinjenim djelom prozrokovana smrt osobe kojoj je data droga (sa propisanom kaznom u trajanju od tri do petnaest godina),

3) Srbija (član 247. KZ): ako je djelo učinjeno⁴⁴: a) prema maloljetnom licu, duševno bolesnom licu, licu koje je privremeno duševno poremećeno, licu koje je teže duševno zaostalo ili licu koje se liječi od zavisnosti od opojnih droga, b) prema više lica, c) u ustanovi obrazovanja i vaspitanja ili u njenoj neposrednoj blizini ili ustanovi za izvršenje krivičnih sankcija ili u javnom lokalu ili na javnoj priredbi i d) ako djelo učini službeno lice, ljekar, socijalni radnik, sveštenik ili lice zaposleno u ustanovi obrazovanja i vaspitanja, iskorišćavanjem svog položaja (sa propisanom kaznom u trajanju od dvije do deset godina) i e) ako je usljed izvršenja djela nastupila smrt nekog lica (sa propisanom kaznom zatvora u trajanju od tri do petnaest godina),

4) Slovenija (član 187. KZ): ako je djelo učinjeno: a) prema više lica, b) prema maloljetniku, mentalno oboljelom licu, licu sa privremenim mentalnim poremećajem, teškom mentalnom retardacijom ili licu koje je u procesu povlačenja iz zavisnosti ili rehabilitaciji, c) u obrazovnim ustanovama ili u ustanovama za obuku ili u njihovoj neposrednoj blizini, u zatvorima, u vojnim jedinicama, na javnim mjestima ili na javnim događajima i d) ako je djelo učinio javni službenik, sveštenik, ljekar, socijalni radnik, nastavnik ili

⁴³ Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb: Narodne novine, 2007, str. 466-467.

⁴⁴ Vidi Nataša Delić, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Pravni fakultet, 2021, str. 282-284.

vaspitač i iskorišćava svoj položaj (sa propisanom kaznom u trajanju od jedne do dvanaest godina) i

5) Sjeverna Makedonija (član 216. KZ) ako je djelo učinjeno: a) prema maloljetniku, b) prema više lica i c) ako su prouzrokovane naročito teške posljedice (propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina).

4.2. Lakši oblici djela

Pored prava Bosne i Hercegovine, pojedina analizirana krivična zakonodavstva predviđaju i jedan lakši, privilegovani oblik ispoljavanja krivičnog djela “Omogućavanje uživanja opojnih droga”, za koji je propisano blaže kažnjavanje.

U pravu Bosne i Hercegovine, lakši, privilegovani oblik ispoljavanja ovog krivičnog djela (član 233. stav 3. KZ BD BiH), za koji je propisana kazna zatvora do jedne godine, sastoji se u neovlaštenom posjedovanju opojne droge. Za razliku od nekih inostranih krivičnih zakonodavstava (npr. Srbije) koja za postojanje ovog djela zahtijevaju “ličnu upotrebu, konzumiranje, uživanje opojne droge”, KZ FBiH definiše ovo krivično djelo kao “djelo posjedovanja”. Radnja izvršenja ovog lakšeg oblika djela je određena kao posjedovanje. To je neposredna ili posredna državinska, faktička (fizička) vlast, držanje supstance ili preparata⁴⁵: a) za koje učinilac zna da predstavljaju opojne droge i b) na neovlašćeni, protivpravni način, dakle, protivno indikovanim medicinskim ili farmaceutskim razlozima. Bez značaja je za postojanje ovog djela način na koji je učinilac došao u posjed opojne droge, ali i bez obzira na cilj njihovog posjedovanja.

Konačno, lakši, privilegovani oblik krivičnog djela iz člana 208. KZ RS (stav 5) postoji ako je učinilac osnovnog djela nadležnim državnim organima (policiji, tužilaštvu ili sudu) otkrio krivično djelo (tzv. “stvarno kajanje”)⁴⁶. Dovoljno je za ovu privilegovanu kvalifikaciju djela da je učinilac imao saznanje o izvršenom krivičnom djelu omogućavanja uživanja opojnih droga, odnosno o njegovom učinocu, zatim da je objektivno bio u mogućnosti da to djelo prijavi, te da je ovo krivično djelo zaista otkrio, bilo prijavljivanjem (putem usmene, pismene, potpisane, anonimne ili psudonimne prijave), bilo na drugi način, nadležnim državnim organima. U ovom slučaju učinilac djela

⁴⁵ Đorđe Đorđević, Ivana Bodrožić, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet, 2024, str. 226-227.

⁴⁶ Vidi Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, Veljko Ikanović, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka: Službeni glasnik, 2021, str. 461-463.

se može potpuno osloboditi od propisane kazne u zakonu, što predstavlja fakultativnu mogućnost suda.

Slično ovom rješenju, privilegovani oblik krivičnog djela "Omogućavanje trošenja droga" (član 191. stav 5. KZ Hrvatske), za koji se učinilac može potpuno osloboditi od zakonom propisane kazne, postoji u slučaju ako poslije preduzete radnje navođenja ili pomaganja drugom licu na upotrebu opojnih droga potom "dobrovoljno bitno" doprinese otkrivanju učinjenog krivičnog djela od strane nadležnih državnih organa⁴⁷.

Za ovu izuzetnu privilegiju je potrebno ispunjenje sljedećih uslova⁴⁸: a) da je učinilac preduzeo zakonom propisane djelatnosti u okviru radnje izvršenja osnovnog djela, b) da je poslije izvršenja djela učinilac doprinio otkrivanju učinjenog djela, na bilo koji način (prijavljivanjem djela ili učinio, priznavanjem djela ili otkrivanjem saučesnika, c) da je ovaj doprinos otkrivanju krivičnog djela bio bitan, dakle, značajan, u većoj mjeri ili u većem obimu, značaju i d) da je učinilac sam, dobrovoljno, svojevolutno (bez obzira na motive) donio odluku da svojim aktivnim činjenjem doprinese otkrivanju ili razjašnjenju krivičnog djela.

5. ZAKLJUČAK

Na temelju univerzalnih međunarodnih standarda brojna savremena krivična zakonodavstva, pa tako i zakonodavstvo Bosne i Hercegovine, propisuju više krivičnih djela zloupotrebe opojnih droga kojima se inkriminišu različite djelatnosti neovlašćene (protivzakonite) proizvodnje, prerade, prodaje ili stavljanja u promet opojnih droga (i sličnih prirodnih ili vještačkih supstanci) u međunarodnim ili nacionalnim razmjerama. Međutim, u okviru tzv. "narko-kriminaliteta" se po specifičnoj sadržini ili karakteristikama izdvaja krivično djelo kod koga nisu kažnjive navedene djelatnosti u vezi sa zloupotrebom opojnih droga. Naprotiv, radi se o protivpravnim djelatnostima kojima se jednom ili više lica omogućava da dođu u situaciju, u priliku da upotrijebe, uzmu, troše ili uživaju opojne droge. Radi se o inkriminaciji koja nosi naziv "Omogućavanje uživanja (upotrebe, trošenja) opojnih droga", kako u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, tako i u uporednom, analiziranom krivičnom zakonodavstvu.

⁴⁷ Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb: Narodne novine, 2007, str. 466-467.

⁴⁸ Vidi Ksenija Turković *et al.*, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb: Narodne novine, 2013, str. 258-260.

Danas brojna savremena zakonodavstva ne inkriminišu kao krivično djelo “samo” uživanje, upotrebu, korišćenje opojnih droga, već eventualno kao prekršaj protiv zdravlja ljudi. I pored toga, nije prepušteno da ostanu bez adekvatne reakcije društva - države da se djelatnosti kojima se drugo lice nagovara (podstiče, podstrekava) ili mu se pomaže (omogućava, olakšava) da upotrebi opojne droge. Zato se ovakve djelatnosti, koje inače savremeno krivično pravo poznaje kao oblike saučesništva (kolektivnog oblika učešća više lica u izvršenju krivičnog djela), predviđaju putem ove inkriminacije kao samostalno krivično djelo, jer se njihov saučesnički doprinos ne sastoji u doprinošenju drugom licu u izvršenju krivičnog djela (jer upotreba opojnih droga uopšte nije krivično djelo). Zavisno od svojstva učinioca ili žrtve, okolnosti izvršenja djela, odnosno prouzrokovanih posljedica, ovo se djelo, pored osnovnog oblika, može javiti u drugim težim ili lakšim oblicima ispoljavanja.

LITERATURA

1. Алексеев Анатолий Иванович, Криминология. Курс лекций, Лекция 32. Наркотизм: его связь с преступностью и предупреждение, „Щит-М“, 1999, 340.
2. Amrhein Christine, Drogensucht und Drogenmissbrauch. Wenn das “Experimentieren” mit Drogen außer Kontrolle gerät und in die Abhängigkeit führt. Therapie. De, [https:// www. therapie. de/psyche info index diagnose](https://www.therapie.de/psyche/info/index/diagnose) ...
3. Babić Miloš, Marković Ivanka, Krivično pravo, Posebni dio, Banja Luka: Pravni fakultet, 2007.
4. Biondich Amy Sue, Joslin Jeremy David, “Coca: High Altitude Remedy of the Ancient Incas”, *Wilderness Environ Med.*, 2015 Dec; 26(4), 567-71, doi: 10.1155/2016/4048764. Epub 2016 Apr 7.
5. Čejović Bora, Miladinović Vidoje, Krivično pravo, Posebni deo, Niš:SKC, 1995.
6. Delibašić Veljko, Suzbijanje zloupotrebe opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava, Beograd: Službeni glasnik, 2014.
7. Delić Nataša, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Pravni fakultet, 2021.
8. Đorđević Đorđe, Kolarić Dragana, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet, 2020.
9. Đorđević Đorđe, Bodrožić Ivana, Krivično pravo, Posebni deo, Beograd:Kriminalističko-policijski univerzitet, 2024.

10. Đorđević Miroslav, Đorđević Đorđe, *Krivično pravo*, Beograd: Projuris, 2021.
11. Đukić Siniša, "Zloupotreba opojnih droga sa osvrtom na bezbjednost učenika", *Defendologija*, Banja Luka, broj 21-22/2008, 113-120.
12. Facco Enrico, Zanette Gastone, "The Odyssey of Dental Anxiety: From Prehistory to the Present. A Narrative Review", *Front Psychol*, 2017 Jul 11, 8:1155. *doi: 10.3389/fpsyg.2017.01155*.
13. Garcia-Yi Jaqueline, "Heterogeneous motivations for coca growing: the case of an indigenous Aymara community in Peru", *Int J Drug Policy*, 2014 Nov; 25(6), 1113-1123. *doi: 10.1016/j.drug po.2014.05.011*.
14. Indriati Etty, Buikstra Jane E., "Coca chewing in prehistoric coastal Peru: dental evidence", *Am J Phys Anthropol*, 2001 Mar; 114 (3), 242-57. *doi: 10.1002/1096-8644(200103)114:3<242::AID-AJPA1023>3.0.CO;2-J*.
15. Корсантия Анна Алексеевна, Максименко И.Б., Основные причины детерминации преступности в Российской Федерации, Журнал "Право и безопасность", Номер 2 (31), Июль 2009.
16. Jovašević Dragan, Mitrović Ljubinko, Ikanović Veljko, *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*, Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, 2017.
17. Jovašević Dragan, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Dosije, 2017.
18. Jovašević Dragan, Mitrović Ljubinko, Ikanović Veljko, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka: Službeni glasnik, 2021.
19. Jovašević Dragan, Miladinović Stefanović Dušica, *Krivično pravo, Posebni deo*, Niš: Pravni fakultet, 2023.
20. Karch Steven B., "The history of cocaine toxicity", *Human Pathology*. 1989, 20(11), 1037–1039. *doi: 10.1016/0046-8177(89)90220-7*.
21. Khan Mashal, *Troubles liés à l'usage des substances (Dépendance)*, MD, New York - Presbyterian Hospital, 2022.
22. Lazarević Ljubiša, Vučković Branko, Vučković Vesna, *Komentar Krivičnog zakonika*, Cetinje: Obod, 2004.
23. Pavišić Berislav, Grozdanić Velinka, Veić Petar, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb: Narodne novine, 2007.
24. Petrović Borislav, Jovašević Dragan, Ferhatović Amila, *Krivično pravo 2*, Sarajevo: Pravni fakultet, 2016.
25. Petrović Borislav, Ferhatović Amila, Jovašević Dragan, *Krivično pravo, Posebni dio*, Sarajevo: Pravni fakultet, 2024.

26. Pintoa, Jimmy-Jose *et al*, “Characterization of digestive disorders of patients with chronic Chagas disease in Cochabamba, Bolivia”, *Heliyon*, 2019 Feb 7, 5(2), doi: 10.1016/j.heliyon.2019.e01206.
27. Plowman Timothy, “The identity of amazonian and trujillo Coca”, *Botanical Museum Leaflets*, Harvard University. 1979, 27(1-2), 45–68.
28. Robbins Susan P., Mikow Jolyn, Tobacco, alcohol and other drug use among minority youth: Implications for the design and implementation of prevention programs. Philadelphia, University of Pennsylvania, Center for the Study of Youth Policy, septembre 2000.
29. Selinšek Ljiljana, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dje-la, Ljubljana:GV Založba, 2007.
30. Rivier, Plowman, L., “Cocaine and Cinnamoylcocaine Content of Erythroxylum Species”, *Annals of Botany*, Volume 51, Issue 5, May 1983, 641–659.
31. Simović Miodrag, Simović M. Vladimir, “Međunarodno krivično pravo kao okvir pravosudne saradnje u krivičnim stvarima”, u: *Krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja terorizmu i drugim krivičnim djelima nasilničkog karaktera: zbornik radova*, Teslić, 22. i 23. april 2016. godine, 31–61.
32. Simović Miodrag, Šikman Mile, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Banja Luka: Pravni fakultet, 2017.
33. Simović Miodrag, Šikman Mile, „Krivičnoprocesne radnje u suzbijanju teških oblika kriminaliteta”, Beograd, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, god. 56, broj 1, 2018, 9–31.
34. Simović Miodrag, Simović M. Vladimir, *Krivično pravo Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine: posebni dio*, Laktaši: Grafomark, 2021.
35. Simović Miodrag *et al.*, *Zloupotreba opojnih droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine*, Laktaši: Grafomark, 2022.
36. Simović Miodrag, Blagojević Milan, Simović M. Vladimir, *Međunarodno krivično pravo*, 3. izmijenjeno i dopunjeno, izd., Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2023.
37. Stojanović Zoran, Perić Obrad, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Službeni glasnik, 2000.
38. Stojanović Zoran, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd: Službeni list, 2002.
39. Stojanović Zoran, Delić Nataša, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd: Pravni fakultet, 2013.

40. Stolberg B. Victor, "The use of coca: prehistory, history, and ethnography", *Ethn Subst Abuse*, 2011, 10(2), 126-46. doi: 10.1080/15332640.2011.573310.
41. Turković Ksenija et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb: Narodne novine, 2013.
42. Zimonja Olivije, "Krivičnopravni i kriminalistički značaj krivičnog djela omogućavanje uživanja opojnih droga", *Bezbjednost, policija, građani*, Banja Luka, broj 3-4, 2016, 177-196.

Marina M. Simović⁴⁹
Vladimir M. Simović⁵⁰

ENABLING THE ENJOYMENT OF NARCOTIC DRUGS UNDER THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND INTERNATIONAL STANDARDS

***Abstract:** At the level of the international community, a system of universal standards, which uniformly lay the foundations for national criminal legislations for the application of both preventive and criminal justice measures in the form of punishments and other criminal sanctions with the aim of preventing and suppressing crime related to narcotic drugs (narco-crime), has been established. In addition to criminal procedural means, within the framework of the application of evidentiary actions and special investigative actions, i.e. established international legal assistance in suppressing the illegal production, processing or trafficking of narcotic drugs, especially on an international scale, the protection of people's health from the negative, harmful consequences that occur as a result of the unauthorized use of narcotic drugs is achieved by prescribing criminal responsibility, i.e. punishment for one more criminal offense. This criminal offense is most often called "facili-*

⁴⁹ full professor, Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University "Apeiron" in Banja Luka Secretary of the Ombudsman for Children of the Republic of Srpska, e-mail: marina.simovic@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0008-3330-4023>

⁵⁰ prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Security and Protection Independent Slobomir P University in Banja Luka, e-mail: vlado_s@blic.net; <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

tating the enjoyment of narcotic drugs". It is an incrimination where inciting and helping another person to start or continue the enjoyment of narcotic drugs has acquired the character and the content of a separate, independent criminal offense. The paper presents the content, legal description, characteristics, or forms of manifestation of this criminal offense in the law of Bosnia and Herzegovina based on established international standards.

Key words: *international standards, narcotic drugs, enjoyment, criminal offense, punishment.*

UDK 343.431:343.543/.546

doi 10.7251/PR7125953S

Pregledni naučni članak

TRGOVINA LJUDSKIM BIĆIMA KAO OBLIK MODERNOG ROPSTVA

Prof. dr Mile Šikman¹

Apstrakt: *Trgovina ljudskim bićima je fenomen koji je prisutan od najranijeg istorijskog perioda ljudske civilizacije. Nad ljudima se zasnivao ropски odnos, žrtve su ostajale bez bilo kakvih prava, pri čemu se postajale vlasništvo drugog čovjeka ili grupe ljudi radi njihove eksploatacije. Još je iz Hamurabijevog zakonika (oko 1800. godine p.n.e.) bilo očigledno da ropstvo postoji i da je široko rasprostranjeno, što je kasnije nastavljeno kroz antički period, pa sve do kraja srednjeg vijeka. Takav odnos bio je utemeljen na pravnoj ili ekonomskoj zavisnosti i pokornosti, što znači da je bio društveno prihvatljiv oblik organizacije i djelovanja. Iako je proces ukidanja ropstva započeo od XVI vijeka pa do XVIII kada je ono ukinuto u najvećem broju zemlja, a od XX vijeka i formalno zabranjeno međunarodnim pravnim dokumentima, i dalje je prisutno uglavnom kroz trgovinu ljudskim bićima. U posljednjoj deceniji evidentirano je višestruko povećanje slučajeva trgovine ljudskim bićima na globalnom nivou. Najveći broj žrtava, preko 60% jesu žene i djevojčice, uglavnom radi seksualne i radne eksploatacije. Upravo na vedno je predmet ovog rada, čiji je cilj da se prikaže uporedna analiza trgovine ljudskim bićima na globalnom nivou, zatim kod nas, te ukaže na pravni okvir i neophodne izmjene kako bi se unaprijedilo suprotstavljanje ovoj izrazito negativnoj pojavi.*

Ključne riječi: *trgovina ljudskim bićima, ropstvo, krivično djelo, međunarodno krivično pravo, krivično pravo.*

¹ Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, mile.sikman@pf.unibl.org

UVOD

Trgovina ljudskim bićima, muškarcima, ženama i djecom svih uzrasta iz svih krajeva svijeta je globalni fenomen, koji je široko rasprostranjen². „Ljudi se tretiraju kao roba koja se prodaje i kupuje, koja se podvrgava prinudnom radu, često za vrlo malo ili nimalo novca, najčešće u industriji pornografije i prostitucije, ali i u druge svrhe (na primjer, poljoprivrednom sektoru, neregistrovanim radionicama i drugo) (para. 85 i para. 161). Ona podrazumijeva stalno praćenje i kontrolu svih aktivnosti žrtve, čije se kretanje često ograničava (para. 85 i para. 101). Trgovina ljudima podrazumijeva upotrebu sile i prijetnje prema žrtvama, koje žive i rade u lošim uslovima” navedeno je u presudi Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Rancel protiv Kipra i Rusije*³. U istom predmetu, pomenuti Sud zauzeo je stav da trgovina ljudima predstavlja aprijetnju ljudskom dostojanstvu i osnovnim slobodama žrtava i ne može se smatrati usklađenom sa demokratskim društvom, odnosno vrijednostima koje su naglašene u Konvenciji. To je savremeni oblik ropstva koji uključuje ilegalnu trgovinu ljudskim bićima u svrhu nekog oblika prinudne eksploatacije kojim se krše garantovana prava i slobode ljudi⁴. Dakle, cilj je eksploatacija ljudskih bića, koja može biti radna, seksualna ili emocionalna, a sve sa svrhom sticanja profita. Jedan od oblika trgovine ljudskim bićima manifestuje se i kroz trgovinu ljudskim organima. Kao takva, trgovina ljudskim bićima dešava se unutar granica država, ali veoma često tokom migracija ili pak u stranoj državi. U tom smislu, a prema procjeni prijetnje organizovanog i teškog kriminaliteta u Evropskoj uniji iz 2021. godine (EU SOCTA) trgovina ljudskim bićima je glavna aktivnost teškog i organizovanog kriminaliteta, te će ostati prijetnja u doglednoj budućnosti. Jedna od novina ove kriminalne aktivnosti jeste da se regrutovanje žrtava i oglašavanje usluga skoro u potpunosti preselilo u onlajn domen.⁵

² Vidi opširnije: Šikman, M. (2025). *Nasilje nad ženama – kriminološki i krivičnopravni aspekti i mjere zaštite*. Banja Luka: Centar modernih znanja, str. 197.

³ Vidi opširnije: Judgment of the ECHR of 10 October 2010, *Rantsev v Cyprus and Russia*, No 25965/04. Dostupno putem interneta: <https://hudoc.echr.coe.int> > app > conversion > pdf, pristupljeno 28. 2. 2022.

⁴ Ibidem.

⁵ European Union. (2021). *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2021*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Dostupno putem interneta: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/socta2021_1.pdf, pristupljeno 12. 9. 2024.

Prema podacima iz Globalnog izvještaja Ujedinjenih nacija o trgovini ljudskim bićima⁶ ova kriminalna djelatnost se u posljednjih 20 godina u konitnutetu povećava. Tako je primjera radi 2003. godine stopa žrtava trgovine ljudskim bićima iznosila nešto iznda 0.2 žrtvena 100.000 stanovnika, dok se 2022. godine taj broj povećao na 1.4 žrtvena 100.000 stanovnika⁷. Supsafarska Afrika, Sjeverna Amerika i zapadnoevropske zemlje zabilježile su značajan porast u otkrivanju žrtava u poređenju sa 2019. godinom, dok su zemlje Južne Amerike, Istočna Evropa i Centralna Azija, Istočne Azije i Zapadne Afrike zabilježile povećanje otkrivanja tokom 2020. godine, ali i dalje manje u poređenju sa prije pandemijskim periodom. S druge strane, zemlje Centralne Amerike i Kariba evidentirale su smanjenje u poređenju sa 2020. godinom⁸. Procjenjuje se da se godišnje 27 miliona ljudi širom svijeta eksploatišu za prinudni rad, seksualno iskorištavanje ili druge vrste zloupotreba kao što je trgovina ljudskim organima⁹. Prema podacima o žrtvama trgovine ljudskim bićima, najveći broj jesu žene i djevojčice i to 61%, dok su djeca žrtve u 38% slučajeva. Cilj njihove eksploatacije jeste uglavnom seksualno iskorištavanje. Žrtve trgovine ljudskim bićima koje su bile radno eksploatisane čine udio od skoro 42% slučajeva, pri čemu su muškarci u velikom obimu bili žrtve ove vrste trgovine ljudskim bićima¹⁰. Slični trendovi evidentiraju se i na nivou zemalja članica Evropske unije. Tako je tokom posljednjih 5 godina došlo do značajnog povećanja broja registrovanih žrtava trgovine ljudima radi prinudnog rada ili pružanja usluga. Skoro dvije trećine (63%) registrovanih žrtava trgovine ljudima bile su žene ili djevojčice u 2023. godini. Među registrovanim žrtvama čiji je oblik eksploatacije prijavljen, seksualna eksploatacija je bila dominantni oblik eksploatacije u 2023. godini, sa 43,8%, iako se udio seksualne eksploatacije postepeno smanjivao tokom perioda 2008-2023. Uporedo s tim, došlo je do značajnog povećanja broja registrovanih žrtava trgovine ljudima radi prinudnog rada ili pružanja usluga¹¹.

⁶ United Nations. (2024). *Global Report on Trafficking in Persons 2024*. Dostupno putem interneta: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_BOOK.pdf, pristupljeno 25.04.2025.

⁷ United Nations. (2024). *op.cit.*, p. 11

⁸ Ibidem.

⁹ Department of State US. (2024). *Trafficking in Persons Report 2024*. Dostupno putem interneta: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2025/02/TIP-Report-2024_Introduction_V10_508-accessible_2.13.2025.pdf, pristupljeno 16.5.2025.

¹⁰ United Nations. (2024). *op.cit.*, p. 20.

¹¹ Eurostat. (March, 2025). *Trafficking in human beings statistics*. Dostupno putem interneta:

Posljedice trgovine ljudskim bićima radi seksualne eksploatacije su ozbiljne i uključuju fizičke, psihičke i šire društvene posljedice¹². Žrtve seksualne trgovine posebno su podložne polno prenosivim infekcijama kao što su gonoreja, sifilis, infekcije urinarnog trakta, kao i fizičke povrede (vaginalno/analno kidanje, traumurektuma i/ili poteškoće sa mokrenjem, potresi mozga i trauma glave) kao rezultat komercijalnog seksualnog rada. Žrtve seksualne trgovine često su fizički zlostavljane i mučene.¹³ Naime, analiza sudskih predmeta pokazuje da su žene žrtve trgovine ljudskim bićima radi seksualne eksploatacije podvrgnute fizičkom ili ekstremnom nasilju od strane izvršilaca ovih krivičnih djela, dok su djevojčice podvrgnute fizičkim ili ekstremnim nasiljem po stopi skoro dva puta većoj nego kod odraslih¹⁴. Žrtve seksualne trgovine mogu se suočiti sa umjerenom do teškom psihičkom traumom od svakodnevnog mentalnog, emocionalnog i psihičkog zlostavljanja i torture. Posttraumatski stresni poremećaj, akutna anksioznost i depresija su uobičajeni psihološki problemi žrtava trgovine ljudskim bićimara disekualne eksploatacije.¹⁵ Isto tako, žene i djevojčice su fizički zlostavljane i od strane konzumenata seksualnih usluga tokom prostitucije¹⁶, čime se pojačava njihova viktimiziranost. Dokazi ukazuju na to da žrtve imaju veću prevalenciju nepismenosti, beskućništva, siromaštva i društvene izolacije. Žene žrtve trgovine ljudima koje su seksualno iskorištavane obično imaju manje resursa, ograničene mogućnosti i povećanu ranjivost na nasilje i zlostavljanje od žena

https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Trafficking_in_human_beings_statistics, pristupljeno 4.5.2025.

¹² Greenbaum, J. (2020). A Public health approach to global child sex trafficking. *Annual Review of Public Health* 41, 481–497. doi: 10.1146/annurev-publhealth-040119-094335.

¹³ Deshpande, N.A., Nour, N.M. (2013). Sex trafficking of women and girls. *Reviews in Obstetrics & Gynecology*, 6(1), e22-27. doi: 10.3909/riog0214, pp. 22–27.

¹⁴ United Nations. (2024). *op.cit.*, p. 12

¹⁵ McClain, N. M., Garrity, S.E. (2011). Sex trafficking and the exploitation of adolescents. *Journal of Obstetric, Gynecologic & Neonatal Nursing* 40, 243–252. doi: 10.1111/j.1552-6909.2011.01221.x. Citirano u: Deshpande, N.A., Nour, N.M. (2013). *op. cit.*, p. 25.

¹⁶ Najčešći počinitelj nasilja na dženama u prostituciji je klijent koji plaća za seksualni odnos (67% ispitanica koje se bave prostitucijom prijavile su nasilje od strane poznatih klijenata, 7% njih navelo je nasilje od strane redovnih klijenata i 5% od strane podvođača ili šefova). Navedeno prema: Bjørndahl, U. (2012). *Dangerous Liaisons: A report on the violence women in prostitution in Oslo are exposed to*. p. 14. Dostupno putem interneta: <https://humboldt1982.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/12/dangerous-liaisons.pdf>, pristupljeno 16. 9. 2024.

koje nisu žrtve trgovine ljudima.¹⁷ Pored toga, ali ne manje važno, troškovi za društvo uključuju degradaciju ljudskih i ženskih prava, loše javno zdravlje, poremećene zajednice i smanjeni društveni razvoj¹⁸.

Trgovina ljudskim bićima, prinudna prostitucija i prinudni rad

O pojmu trgovine ljudskim bićima u literaturi postoji različiti stavovi i mišljenja. Tako, shvatanja trgovine ljudima variraju od toga da se trgovina ljudima uglavnom vezuje za trgovanje ženama radi vršenja prostitucije, do shvatanja trgovine ljudima kao modernog oblika ropstva. Međutim, kako navode pojedini autori "trgovanje ljudskim bićima" ne može se samo ograničiti prema fenomenu prostitucije ili biti unilateralno određeno kao moderan oblik ropstva. "Uzak prilaz trgovini ljudima koji uključuje prinudno regrutovanje za prinudnu prostituciju, ne obuhvata one značajne oblike trgovine ljudima u kojima žrtve prinudno rade na kućnim poslovima, poljoprivrednim i tekstilnim poslovima, koriste se za trgovinu ljudskim organima, i sl. Ova koncepcija naglašava seksualnu eksploataciju žena, ali ne uzima u obzir mnogo širi kontekst ilegalnih migracija radne snage, i to ne samo žena, već i muškaraca"¹⁹. Dakle, trgovina ljudskim bićima pogađa sve, žene, muškarce, djevojčice i dječake. Ipak, muškarci i žene nisu u istoj mjeri izloženi istim rizicima od trgovine ljudima. Njihova ranjivost zavisi od različitih faktora koji se međusobno ukrštaju, poput starosti, nacionalnosti, etničke pripadnosti i društveno-ekonomskog statusa.

Prema članu 3a Protokola UN o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima, naročito ženama i djecom²⁰ „eksploatacija minimalno uključuje korišćenje drugih lica u prostituciji ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudan rad ili usluge, ropstvo ili postupke slične ropstvu, položaj ropske zavisnosti ili uklanjanje organa"²¹. Važno je napomenuti da seksual-

¹⁷ Miller, E., Decker, M.R., Silverman, J.G., Raj, A. (2007). Migration, sexual exploitation, and women's health: a case report from a community health center. *Violence Against Women*. 13, 486-497 Citirano u: Deshpande, N.A., Nour, N.M. (2013). *op. cit.*, p. 25.

¹⁸ Deshpande, N.A., Nour, N.M. (2013). *op. cit.*, p. 26.

¹⁹ Chuang, J. (1998). Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts. *Harvard Human Rights Journal* 11, 65-107, p. 66.

²⁰ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime.

²¹ Kao takva, trebalo bi da postoji univerzalna definicija seksualnog iskorištavanja, kako na domaćem tako i na međunarodnom nivou. Trenutno postoji širok spektar definicija koje se koriste u različitim jurisdikcijama, što može dovesti do nedostatka jasnoće i uticajina

no iskorištavanje i prostitucija nisu sinonimi i da je prostitucija jednostavno jedna vrsta aktivnosti koje obavljaju žrtve trgovine ljudima²². Obično se žene žrtve trgovine ljudskim bićima regrutuju koristeći lažna obećanja dobro plaćenih poslova u inostranstvu, da pobjegnu od nesigurnosti uslova života, finansijske nestabilnosti i socijalnih i porodičnih neprilika. Eksploatatori sve više nastoje da iskorištavaju svoje žrtve u kontekstu navodno dobrovoljnih poslovnih sporazuma. Kao dio ovih aranžmana, žrtve pristaju baviti se prostitucijom i predati dio svojih prihoda u zamjenu za zaštitu i podršku. Ova vrsta eksploatacije je posebno uobičajena u jurisdikcijama u kojima je seksualni rad legalizovana djelatnost. Dominantan način regrutacije žrtava je onlajn putem, pri čemu trgovci ljudima često koriste internet i društvene mreže (npr. veb-lokacija za upoznavanje) za namamljivanje maloljetnih žrtava, gdje i druge žrtve mogu biti posebno ranjive i dostupne²³. Naime, digitalni alati su povećali domet, obim i brzinu trgovine ljudima. Počinioci koriste aplikacije za upoznavanje i onlajn oglase za regrutovanje žrtava. Koriste onlajn platforme za prodaju ilegalnog pornografskog sadržaja. Koriste šifrovane poruke i digitalne medije kako bi izbjegli otkrivanje²⁴.

Prinudna prostitucija je aktivnost koja je direktno povezana sa trgovinom ljudskim bićima radi seksualne eksploatacije. U ovom kontekstu prihvatamo shvatanje prostitucije kao sistema nasilja koji žene i djevojčice svodi na robu. „To je sistem od nejednakosti i diskriminacija na osnovu pola i drugih ukrštanih osnova, što utiče na sposobnost žene da postigne ravnopravnost. U ovom sistemu učestvuju tri grupe aktera: pojedinci – obično muškarci i dječaci – koji kupuju seksualne odnose; pojedinci – obično žene i djevojčice – koje se kupuju da bi zadovoljile ove seksualne radnje; i trećalica koja organizuju ili profitiraju ili imaju koristi od prostitucije ove druge grupe”²⁵. Termin „sistem prostitucije” odražava nalaz Specijalne izvjestiteljke UN da je prostitucija suštinski povezana sa različitim oblicima nasilje nad ženama i djevojčicama i sam po sebi predstavlja oblik nasilja²⁶. Naime, trgovci ljudi-

otkrivanje i krivično gonjenje. S tim u vezi, seksualno iskorištavanje treba definisati kao poseban konstrukt koji se razlikuje od trgovine ljudskim bićima uopšteno. Allan, C., Winters, G.M., Jeglic, E.L. (2023). Current Trends in Sex Trafficking Research. *Current Psychiatry Reports* 25(5), 175–182. doi: 10.1007/s11920-023-01419-7.

²² Deshpande, N.A., Nour, N.M. (2013). *op.cit.*, p. e22-27.

²³ Euroopan Union. (2021). *op.cit.*, pp. 70–71.

²⁴ Department of State US. (2024). *op.cit.*, p. 10.

²⁵ United Nations. (2024). *op.cit.*, p. 4.

²⁶ Ibidem.

ma savladajuvolju žrtve kroz prisilu, upotrebu sile, iskorištavanje ugroženog statusa, itd., čime princip „pristanka” na seksualni odnos postaje beznačajan. Tako je i premanavedenom Protokolu „pristanak” žrtve na iskorištavanje nevažan upravo zbog gore pomenutih djela i sredstava kojima se služe trgovci ljudima. Na ovaj način, korisnik plaća za seksualnu uslugu sa osobom koja, prema međunarodnom pravu, nije dobrovoljno pristala na transakciju²⁷. Fizički oblici nasilja – uglavnom od strane kupaca seksualnih usluga – uključuju seksualno zlostavljanje, silovanje i grupno silovanje, teška premlaćivanja, uključujući za odbijanje žrtve, nedostatak entuzijazma ili distanciranja. Kidnapovanje, otmica i prinudni nestanak je takođe čest. Prostitucija takođe dovodi do ubistava žena, serijskih ubistava i prijetnje smrću. Žrtve su takođe izložene fizičkom zlostavljanju, sadizmu i mazohizmu putem seksualnog čina kupaca. Trudne žene nisu pošteđene. Prostituisane žene i djevojke se često drže u ropstvu ili sličnim uslovima ropstvu, gdje su žene i djevojke seksualno porobljene ili odvedene od strane naoružanih grupa ljudi²⁸.

Pored navedenog, žene i djevojčice su bile i žrtve tzv. prinudnog kriminaliteta i drugih štetnih praksi, što se takođe dovodi u vezu sa trgovinom ljudskim bićima. Prinudni kriminalitet često je povezan s krađom, sitnim kriminalom, džeparenjem, krađom u trgovinama i prodajom droge. Prinudno prosjačenje bilo je drugi glavni oblik iskorištavanja, kao i u slučajevima trgovine ženama i djevojčicama radi prinudnih i lažnih brakova²⁹, koji su uglavnom uključivali ranjive migrantice i etničke manjine kao što su Romkinje. Pored navedenog, žrtvama tog oblika iskorištavanja često se trguje i radi seksualnog iskorištavanja, izrabljivanja radne snage i prinudnog prosjačenja³⁰. Nadalje, oblici trgovine ženama i djevojčicama u slučajevima trgovine ljudskim bićima ogledali su se i u svrhu nezakonitog surogat majčinstva i prinudne trudno-

²⁷ OSCE. (2021a). *Smanjenje potražnje koja potiče trgovinu ljudima u svrhu seksualnog iskorištavanja*. str. 19. Dostupno putem interneta: <https://www.osce.org/files/f/documents/c/c/515036.pdf>, pristupljeno 16. 9. 2024.

²⁸ United Nations. (2024). *op. cit.*, p. 4.

²⁹ Osim toga, Evropski institut za ravnopravnost polova izvijestio je da su žene i djevojke koje su žrtve prisilnog braka često skrivene u privatnim kućama i u sektoru prostitucije, što otežava njihovo otkrivanje i identifikaciju. Citirano u: European Commission. (2022). Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (Fourth Report)*, COM/2022/736 final. Dostupno putem interneta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0736>, pristupljeno 12. 9. 2024.

³⁰ European Commission. (2022). *op. cit.*

će, pri čemu su žene vrbovane da predaju svoju novorođenčad uz obećanu naknadu ili su učestvovala u programima nezakonitog zamjenskog majčinstva³¹. Pored toga, pojedine štetne kulturne prakse mogu biti podsticajni faktori koji dovode do situacija trgovine ljudskim bićima. Kao primjer mogu se navesti prinudni brakovi, koji obično pogađaju mlade žene i djevojčice u pojedinim državama (npr. Indija, Avganistan)³². Na koncu, iako su muškarci češće žrtve trgovine ljudskim bićima u svrhu trgovine organima, žene su takođe meta trgovine radi odstranjivanja organa iz određenih razloga, poput uklanjanja specifičnih tkiva i ćelija³³. Postoje i slučajevi ženskih žrtava trgovine ljudima radi odstranjivanja organa koji nisu povezani sa potrebom za preživljavanjem, ali su posljedica duboko ukorijenjenih kulturnih faktora³⁴.

Trgovina ljudskim bićima u Bosni i Hercegovini

U BiH trgovina ljudima se povećala od sredine do kraja devedesetih godina, kada se vjeruje da su hiljade žena, većinom iz istočne Evrope, postale žrtve organizovanog kriminaliteta³⁵. U posljednje dvije decenije, međutim, situacija se promijenila. Danas su tipične žrtve trgovine ljudima državljani BiH, često mlađi od 18 godina, i podvrgnuti seksualnoj i radnoj eksploataciji, prisilnom prosjačenju ili prisilnom kriminalitetu³⁶. Prema podacima Ministarstva bezbjednosti BiH, žrtve trgovine ljudskim bićima u BiH su najčešće žene i djeca, te koje često ima karakteristike organizovanog i prekograničnog kriminaliteta³⁷. BiH je zemlja porijekla, tranzita i odredišta za trgovinu ljudima

³¹ Ibidem.

³² OSCE. (2021b). *Primjena rodno osjetljivih pristupa u borbi protiv trgovine ljudima*. Dostupno putem interneta: <https://www.osce.org/files/f/documents/8/6/510299.pdf>, pristupljeno 16. 9. 2024.

³³ OSCE. (2020). *Highlights of the Expert Meeting On Combating Trafficking in Human Beings for the Removal of Organs*. Dostupno putem interneta: <https://www.osce.org/cthb/473661>, pristupljeno 16. 9. 2024.

³⁴ OSCE. (2021b). *op. cit.*, str. 25.

³⁵ Prisustvo međunarodnih oružanih snaga u BiH (preko 30.000 pripadnika) i više od 250 međunarodnih organizacija i NVO-a, u periodu od 1995. do 2000. godina, na početku su stvorili značajnu potražnju za seksualnim uslugama neposredno nakon završetka rata, i pretvorile BiH u odredište za žene žrtve trgovine ljudskim bićima. Šikman, M. (2011). *Organizovani kriminalitet*. Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova, str. 159.

³⁶ OSCE. (n. d). *Borba protiv trgovine ljudima*. Dostupno putem interneta: https://www.osce.org/files/f/documents/2/3/468453_0.pdf, pristupljeno 16. 9. 2024.

³⁷ Najčešći oblici eksploatacije žrtava trgovine ljudima su prisilno prosjačenje i seksualna eksploatacija, većinom ženama i djecom, državljanima Bosne i Hercegovine. Ministarstvo

u svrhu prinudnog prosjačenja, činjenja krivičnih djela, prostitucije i drugih oblika seksualne eksploatacije, radne eksploatacije, služenja u domaćinstvu i prinudnih brakova³⁸.

S obzirom na lakoću i učestalost uvođenja žrtava trgovine ljudima u komercijalno tržište prostitucije te opšteg nedostatka želje ili nemogućnosti onih koji plaćaju za usluge da izbjegnu žrtve trgovine ljudima, potražnja za seksualnim uslugama je finansijska motivacija za obavljanje trgovine ljudima u svrhu seksualnog iskorištavanja, te zato predstavlja njen glavni uzrok.³⁹ Trgovci ljudima seksualno iskorištavaju žene i djevojčice iz BiH unutar zemlje u privatnim stanovima i motelima. Romska djeca se iskorištavaju za prinudno prosjačenje, izvršenje krivičnih djela, pružanje seksualnih usluga i služenje u domaćinstvu u prisilno sklopljenim brakovima. Prema Izvještaju o trgovini ljudima u BiH tokom 2023. godine, trgovci ljudima su iskorištavali strane žrtve iz Hrvatske, sa Filipina, iz Slovenije i Urugvaja. U prethodnim godinama su žrtve iz Avganistana, Kube, Gambije, Libije, Pakistana, Srbije, Šri Lanke i susjednih zemalja na Balkanu iskorištavane u BiH. Punoljetne i maloljetne ženske osobe iz drugih evropskih zemalja su ranjive na trgovinu ljudima u svrhu seksualnog iskorištavanja unutar zemlje. Trgovci iskorištavaju žrtve iz BiH u seksualne svrhe i za prinudni rad u sektoru građevinarstva i drugim sektorima u drugim zemljama širom Evrope. Migranti i izbjeglice iz Avganistana, Irana, Iraka, Maroka, Pakistana, Sirije i susjednih zemalja koji prolaze kroz BiH ili su zaglavljeni u BiH ili su krijumčareni kroz BiH, ranjivi su na trgovinu ljudima, što se posebno odnosi na žene i djecu bez pratnje⁴⁰.

Ipak, podaci o prijavljenim, optuženim i osuđenim licima za krivična djela trgovine ljudskim bićima ne odražavaju gore navedene trendove. Možemo uočiti da je tek prijavljeno po neko krivično djelo, da je broj optuženih lica još i manji, kao i broj osuđenih lica. Tako je najveći broj prijavljenih krivičnih djela bilo prema KZ FBiH i to krivičnog djela Trgovina ljudima (čl. 210a), dok je najmanje prijava bilo za krivično djelo Organizovana međuna-

bezbjednosti BiH. (2024a). *Strategija suprotstavljanja trgovini ljudima u Bosni i Hercegovini, 2024–2027*. Dostupno putem interneta: <https://elearningapi-thb.msb.gov.ba/api/Documents/download/72>, pristupljeno 16. 9. 2024.

³⁸ Ibidem.

³⁹ OSCE. (2021a). *op. cit.*, str. 19.

⁴⁰ Ministarstvo bezbjednosti BiH. (2024b). *Izvještaj o trgovini ljudima za 2024. godinu*, str. 7. Dostupno putem interneta: <https://elearningapi-thb.msb.gov.ba/api/Documents/download/72>, pristupljeno 16. 9. 2024.

rodna trgovina ljudima (čl. 186a) i Međunarodno navođenje na prostituciju (čl. 187) propisanih KZ BiH.

Tabela 1: Podaci o krivičnim djelima trgovine ljudima u BiH za period 2020 – 2024. godina

		Prijavljena krivična djela	Podignute optužnice	Osuđujuća presuda		
				Kazna zatvora	Novčana kazna	Uslovan osuda
Podaci za 2024. godinu						
KZ BD BiH	Trgovina ljudima (čl. 207a)	2	2			
KZ BiH	Međunarodna trgovina ljudima (čl. 186)	3	1	1		
	Organizovana međunarodna trgovina ljudima (čl. 186a)					
	Međunarodno navođenje na prostituciju (čl. 187)					
KZ FBiH	Navođenje na prostituciju (čl. 210)	4				
	Trgovina ljudima (čl. 210a)	10	1			
	Organizovana trgovina ljudima (čl. 210b)			2		
KZ RS	Trgovina ljudima (čl. 145)					
	Trgovina djecom (čl. 146)					
	Navođenje na prostituciju (čl. 169)					
Podaci za 2023. godinu						
KZ BD BiH	Trgovina ljudima (čl. 207a)	1		1		

KZ BiH	Međunarodna trgovina ljudima (čl. 186)	2	1			
	Organizovana međunarodna trgovina ljudima (čl. 186a)	1				
	Međunarodno navođenje na prostituciju (čl. 187)	1				
KZ FBiH	Navođenje na prostituciju (čl. 210)					
	Trgovina ljudima (čl. 210a)	13		2		
	Organizovana trgovina ljudima (čl. 210b)			2		
KZ RS	Trgovina ljudima (čl. 145)					
	Trgovina djecom (čl. 146)	1				
	Navođenje na prostituciju (čl. 169)	1				
Podaci za 2022. godinu						
KZ BD BiH	Trgovina ljudima (čl. 207a)		1	1		
KZ BiH	Međunarodna trgovina ljudima (čl. 186)					
	Organizovana međunarodna trgovina ljudima (čl. 186a)	1				
	Međunarodno navođenje na prostituciju (čl. 187)					
KZ FBiH	Navođenje na prostituciju (čl. 210)	2	1	4		
	Trgovina ljudima (čl. 210a)	9	4	2		

	Organizovana trgovina ljudima (čl. 210b)			1		
KZ RS	Trgovina ljudima (čl. 145)	1				
	Trgovina djecom (čl. 146)					
	Navođenje na prostituciju (čl. 169)	2				
Podaci za 2021. godinu						
KZ BD BiH	Trgovina ljudima (čl. 207a)	2	3			
KZ BiH	Međunarodna trgovina ljudima (čl. 186)	2				
	Organizovana međunarodna trgovina ljudima (čl. 186a)					
	Međunarodno navođenje na prostituciju (čl. 187)					
KZ FBiH	Navođenje na prostituciju (čl. 210)			1		
	Trgovina ljudima (čl. 210a)					
	Organizovana trgovina ljudima (čl. 210b)					
KZ RS	Trgovina ljudima (čl. 145)					
	Trgovina djecom (čl. 146)					
	Navođenje na prostituciju (čl. 169)	1				
Podaci za 2020. godinu						
KZ BD BiH	Trgovina ljudima (čl. 207a)	2				
KZ BiH	Međunarodna trgovina ljudima (čl. 186)	1				

	Organizovana međunarodna trgovina ljudima (čl. 186a)					
	Međunarodno navođenje na prostituciju (čl. 187)	2	1			
KZ FBiH	Navođenje na prostituciju (čl. 210)	2	2	2		1
	Trgovina ljudima (čl. 210a)	3	2	1		
	Organizovana trgovina ljudima (čl. 210b)					
KZ RS	Trgovina ljudima (čl. 145)					
	Trgovina djecom (čl. 146)	4	1			
	Navođenje na prostituciju (čl. 169)					

Izvor: Visoki sudski i tužilački savjet BiH, struktura kriminaliteta⁴¹, obrada autora.

Ključno pitanje jeste zbog čega je nizak udio prijavljenih, optuženih i osuđenih lica za krivična djela trgovine ljudskim bićima i krivična djela u vezi sa prostitucijom. Navedno je još upitnije, ako se uzme u obzir da je ovaj pojam u fokusu ne samo krivičnogpravnog materije, već i javnih politika duži niz godina. Prema nalazu ekspertske grupe Savjeta Evrope za borbu protiv trgovine ljudima (GRETA) prezentovanom u Izvještaju o trećem krugu evaluacije, ovo zahtijeva jačanje odgovora krivičnog pravosuđa kako bi se osigurale efikasne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije⁴².

⁴¹ Visoki sudski i tužilački savjet BiH. (n.d.). *Struktura kriminaliteta*. Dostupno putem interneta: <https://vstv.pravosudje.ba/vstvfo/B/141/kategorije-vijesti/1198/1363/114475>, pristupljeno 10.05.2025.

⁴² GRETA. (2022). *Evaluation Report Bosnia and Herzegovina. Third evaluation round, Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*. Dostupno putem interneta: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-bosnia-and-herzegovina-3rd-evaluation-round/1680a70b3b>, pristupljeno 12.05.2025.

Pravni okvir trgovine ljudskim bićima

Međunarodni ugovori su primarni izvor obaveza za države u pogledu trgovine ljudskim bićima⁴³. Tako su na primjer, ugovori koji tretiraju ropstvo i trgovinu robljem, prinudni rad, dječiji rad, pravima žena, pravima djece, radnika migranata i osoba sa invaliditetom, kao i opšti ugovori koji se bave osnovnim ljudskim, građanskim, kulturnim, ekonomskim, političkim ili društvenim pravima, su primenljivi na trgovinu ljudima⁴⁴. Drugi prihvaćeni izvori međunarodnog prava, kao što su opšta načela i odluke međunarodnih sudova, mogu biti relevantni kada utvrđivanje obaveza država u njihovom odgovoru na trgovinu ljudskim bićima. Ove obaveze se izvršavaju putem međunarodnih sudova sa odgovarajućom jurisdikcijom, kao što je Međunarodni sud pravde, Međunarodni krivični sud ili Evropski sud za ljudska prava, a mogu biti izvršna na domaćim sudovima, u zavisnosti od domaćeg zakona⁴⁵. Pored navedenog, od značaj mogu biti i drugi međunarodnopravni instrumenti, kao što su preporuke, načela, smjernice, strategije i drugo⁴⁶. Takođe se kroz

⁴³ Prvi međunarodno pravni dokument koji je tretirao problemom trgovine ljudima bio je Međunarodni sporazum za suzbijanje trgovine bijelim robljem, koji je usvojen 1904. godine. Nakon toga, 1910. godine, uslijedila je Međunarodna konvencija za suzbijanje trgovine bijelim robljem, a potom je 1921. godine, Liga naroda usvaja Konvenciju za suzbijanje trgovine ženama i djecom, koja je kasnije potvrđena Međunarodnom konvencijom za suzbijanje trgovine punoljetnim ženama iz 1933. godine. U Ženevi je 1926. godine usvojena Konvencija o ropstvu, kojom je definisano ropstvo ali i obaveze država u uklanjanju ropstva i drugih oblika sličnih ropstvu. Šikman, M. (2023). Usklađenost krivičnih djela trgovine ljudskim bićima u Bosni i Hercegovini sa međunarodnim dokumentima. U: *Narkokriminalitet – prevencija i represija*, (72 – 94), Beograd: Srpsko udruženje za krivično pravnu teoriju i praksu.

⁴⁴ U tom smislu najznačajniji međunarodnopravni dokumenti koji tretiraju oblast trgovine ljudskim bićima su ujedno i međunarodni pravni akti koji tretiraju oblast ljudskih prava i sloboda, kao što su Opšta deklaracija Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima i slobodama iz 1948. godine, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1951. godine i dodatni protokoli, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, 1966. godine i dr.

⁴⁵ Na primjer praksa Evropskog suda za ljudska prava zasnovala je pozitivne obaveze država koje proističu iz čl. 4 Evropske konvencije, a koje uključuju: uvođenje zakonodavnog i institucionalnog okvira za sprečavanje i borbu protiv trgovine ljudima, pružanje djelotvorne i praktične zaštite žrtvama trgovine ljudima, sprovođenje brze i efikasne istrage, ali i postavljanje standarda za uspostavljanje odgovornosti za nesprovođenje istrage.

⁴⁶ U tom smislu možemo navesti: Preporučena načela i smjernice UNHCHR-a o ljudskim pravima i trgovini ljudima, Načela Ujedinjenih nacija o pravu žrtava trgovine ljudima na djelotvornu pravnu zaštitu, Smjernice UNICEF-a za zaštitu djece koja su žrtve trgovine

konstantno promovisanje koncepta primata ljudskih prava, utiče na razvijanje senzibiliteta u odnosu na potrebe žrtava trgovine ljudima, uz tendenciju da se ublaže njihove patnje i preživljene traume u zahtjevnom i dugotrajnom procesu njihove rehabilitacije i reintegracije u društvo⁴⁷.

Najznačajniji međunarodnopravni dokumenti kada je u pitanju tretiranje trgovine ljudskim bićima jesu:

- Konvencija Ujedinjenih Nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta⁴⁸ iz 2000. godine i dva protokola, i to:

- Protokol o sprečavanju, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima, posebno ženom i djecom⁴⁹ (2000.) i

- Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom⁵⁰ (2000.),

- Konvencija Savjeta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima⁵¹ iz 2005. godine i

- Direktiva 2011/36/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 5. aprila 2011. o sprečavanju i suzbijanju trgovine ljudima i zaštiti njegovih žrtava te o zamjeni Okvirne odluke Vijeća 2002/629/PUP⁵².

Važeći pravni okvir kada je u pitanju inkriminacija trgovine ljudima u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine zasnovana je na principima paralelne i podijeljene zakonodavna nadležnosti u krivično pravnoj materiji. Paralelna nadležnost postoji u odnosu na materiju Opšteg dijela, jer je ovaj dio u potpunosti u nadležnosti, kako same Bosne i Hercegovine, tako i njenih

ljudima, Preporuku Savjeta Evrope br. R (91) 11 o seksualnom iskorišćavanju, pornografiji i prostituciji i trgovini djecom i adolescentima, Preporuku Savjeta Evrope br. R (2000) 11 o suzbijanju trgovine ljudima radi seksualnog iskorišćavanja i dr.

⁴⁷ Bjelajac, Ž. (2014). *Trgovina ljudima. Zločin protiv čovečnosti*. Novi Sad: Pravni fakultet za privred i pravosuđe, str. 25

⁴⁸ Convention against Transnational Organized Crime, Palermo, Adopted by the UN General Assembly: 15 November 2000, by resolution 55/25.

⁴⁹ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime.

⁵⁰ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime.

⁵¹ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, CETS No. 197., Warsaw, 16.05.2005.

⁵² Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Official Journal of the European Union, L 101/1.

Entiteta i Brčko Distrikta, dok je u odnosu na materiju Posebnog dijela nadležnost podijeljena. Radi se o specifičnom modelu uređenja krivičnopravne materije i njene regulative, jer kriterijumi raspodjele nadležnosti nisu jasno i eksplicitno postavljeni, kao što je to bilo u ranijem krivičnom zakonodavstvu⁵³.

Tako u četiri krivična zakona, Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH), Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS) i Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD BiH) egzistiraju odredbe u vezi sa trgovinom ljudskim bićima i povezanim krivičnim djelima, koje su sistematizovane kako slijedi:

- U KZ BiH⁵⁴, u Glavi XVII - Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, propisana su sljedeća krivična djela: Zasnivanje ropuskog odnosa i prevoz osoba u ropskom odnosu (član 185); Međunarodna trgovina ljudima (član 186); Organizovana međunarodna trgovina ljudima (Član 186a); Međunarodno navođenje na prostituciju (član 187) i Krijumčarenje lica (član 189).

- U KZ FBiH⁵⁵ u Glavi XIX - Krivična djela protiv spolne slobode i morala su propisana krivična djela: Navođenje na prostituciju (član 210); Trgovina ljudima (član 210a) i Organizovana trgovina ljudima (član 210b).

- U KZ RS⁵⁶, u Glavi XIII - Krivična djela protiv sloboda i prava građana, su propisana krivična djela: Trgovina ljudima (član 145), Trgovina djecom, (član 146), Udruživanje radi vršenja krivičnih djela trgovine ljudima i djecom, (član 147), a u Glavi XIV Krivična djela protiv polnog integriteta propisano je krivično djelo: Navođenje na prostituciju (Član 169), dok je u Glavi XV Krivična djela seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta, propisano krivično djelo Navođenje djeteta na prostituciju (čl. 180).

⁵³ Babić, M. (2016). Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena), *Crimen* 7(3), 291-310, str. 294.

⁵⁴ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/21, 31/23, 47/23.

⁵⁵ Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017, 31/2023.

⁵⁶ Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US, 15/2021, 89/2021, 73/2023, "Sl. glasnik BiH", br. 9/2024 - odluka US BiH, "Sl. glasnik RS" 105/2024 - odluka US, 19/2025, "Sl. glasnik BiH", br. 14/2025 - odluka US BiH i "Sl. glasnik RS", br. 31/2025.

- U KZ BD BiH⁵⁷ u Glavi XIX - Krivična djela protiv spolne slobode i morala su propisana krivična djela: Navođenje na prostituciju, (član 207), Trgovina ljudima (član 207a) i Organizovana trgovina ljudima (član 207b).

Iz navedenog je vidljivo da u KZ BiH egzistiraju četiri krivična djela u vezi sa trgovinom ljudima, u KZ FBiH tri krivična djela, u KZ RS pet krivičnih djela i u KZ BD BiH tri krivična djela⁵⁸. Pored toga, svi ovi krivični zakoni su značajni ne samo zbog propisivanja pojedinih krivičnih djela u njihovim posebnim dijelovima, nego i zbog brojnih instituta koje sadrže njihovi opšti dijelovi, a koji se odnose na krivično djelo i krivicu, osnove isključenja postojanja krivičnog djela i krivice, stadije u izvršenju krivičnog djela, saučesništvo, sistem krivičnih sankcija, oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom itd⁵⁹. Nadalje, u Glavi XIV KZ BiH propisana je odgovornost pravnih lica za krivična djela (čl. 122 – čl. 144) koja je opšteg karaktera, pa se tako primjenjuje i na krivična djela u vezi sa trgovinom ljudskim bićima. Isto tako u ostalim krivičnim zakonima u BiH propisane su odredbe o odgovornosti pravnih lica, koje se mogu primjeniti u vezi sa krivičnim djelima trgovine ljudskim bićima. Tako su to u KZ FBiH u Glavi XIV – Odgovornost pravnih osoba za krivična djela (čl. 126 – čl. 148), u KZ RS to je Glava X – Odgovornost pravnih lica za krivična djela (čl. 103 – čl. 122) i u KZ BD BiH Glavi XIV – Odgovornost pravnih lica za krivična djela (čl. 126 – čl. 148). Uzimajući u obzir navedene odredbe možemo smatrati da je usklađen kriterijum o odgovornosti pravnih lica za učinjena krivična djela u vezi sa trgovinom ljudskim bićima u BiH, uključujući sva četiri krivična zakona, sa odredbama Konvencije Savjeta Evrope protiv trgovine ljudima kojom se zahtijeva inkriminacija odgovornosti pravnih lica (čl. 22).

Pojedinačnom analizom navedenih inkriminacija trgovine ljudskim bićima u BiH uočava se da krivična djela trgovine ljudima nisu na istovjetan

⁵⁷ Krivičnizakon Brčko Distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 19/2020 - prečišćen tekst, 3/2024 i 14/2024.

⁵⁸ Pored toga u KZ FFH, KZ RS i KZ BD BiH, inkriminirana su i krivična djela kao što su Iskorištavanje djeteta ili maloljetnika radi pornografije, Iskorištavanje djeteta za pornografiju, Iskorištavanje djeteta za pornografsku predstavu i Zapuštanje ili zlostavljanje djeteta ili maloljetnika, koja u sebi isto tako imaju elemenat iskorištavanja ili prinuđavanja napretjeran rad ili rad koji ne odgovara uzrastu maloljetnog lica ili na prosjačenje, ili ga iz koristoljublja navodi na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov razvoj, što dodatno kreira prostor za različita tumačenja, i dodatno stavlja dileme pred nadležne organe i inestitucije

⁵⁹ Filipović, Lj. (2017). *Trgovina ljudima: Priručnik za obuku sudija i tužitelja*. Sarajevo: Misija OSCE-a u BiH ,str. 9.

način propisani u KZ BiH, KZ FBiH, KZ RS i KZ BD BiH. Prvo što se uočava jeste da je krivično djelo trgovine ljudima sistematizovano u različite grupe krivičnih djela. Tako je u KZ BiH krivično djelo Međunarodna trgovina ljudima uvršteno u Glavu XVII – Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, u KZ FBiH i KZ BD BiH navedena krivična djela su uvrštena u Glavu XIX tih zakona - Krivična djela protiv spolne slobode i morala. U KZ RS krivična djela Trgovina ljudima i Trgovina djecom nalaze se u Glavi XIII – Krivična djela protiv sloboda i prava građana⁶⁰. Pored toga, za razliku od ostalih zakonodavstava, KZ RS propisuje dva posebna oblika izvršenja ovog krivičnog djela, zavisno od toga da li se radi o punoljetnom licu ili o djetetu⁶¹. Takođe, evidenatan je različit stepen usklađenosti sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti⁶². To otežava razumijevanje i primjenu i onako kompleksnog zakonskog opisa ovog krivičnog djela kao i razlikovanje ovog krivičnog djela od drugih povezanih krivičnih djela.⁶³ Zapravo, krivični zakoni u Bosni i Hercegovini koji propisuju krivična djela trgovine ljudima i srodna krivična djela prilično se razlikuju kako u pogledu opisa bića krivičnog djela, tako i u pogledu visine zapriječene kazne. Upravo, odnos ovih krivičnih djela sa sličnim krivičnim djelima, koje imaju za cilj iskorištavanje drugih lica, ali dovodi do niz nejasnoća u njihovoj primjeni, obzirom na velike sličnosti ali i “preklapanja” elemenata bića krivičnih djela⁶⁴.

⁶⁰ Šikman, M. (2023). *op.cit.*, str. 72-94

⁶¹ Mujanović, E., Datzer, D., Vučinić, H., Buha, M. (2022). *Istraživanje sudske prakse procesuiranja trgovine ljudima u Bosni i Hercegovini (2003-2021)*. Sarajevo: Centar za istraživanje politike suprotstavljanja kriminalitetu.

⁶² Moglo bi se reći da je u KZ RS postignut najveći stepen usklađenosti sa međunarodnim pravnim aktima koji uređuju oblast trgovine ljudskim bićima.

⁶³ Filipović, Lj. (2017). *op.cit.*, str. 9.

⁶⁴ Analitički pregled inkriminacija trgovine ljudima i srodnih krivičnih djela, sa posebnim osvrtom na oblike iskorištavanja urađen u okviru dokumenta pod nazivom: “Definicije oblika eksploatacije u trgovini ljudima u krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini: Elementi bića krivičnog djela” nudi kompletan pregled postojećih inkriminacija po osnovi kojih postoji mogućnost krivičnog gonjenja po više osnova za iste oblike iskorištavanja, Vidi opširnije: Mujanović, E. (2021). *op.cit.*, str. 7; Mujanović, E., Datzer, D., Vučinić, H., Buha, M. (2022). *op.cit.*, str. 10.

ZAKLJUČAK

Trgovina ljudskim bićima je ozbiljan globalni problem, koji se ispoljava i kod nas. Bosna i Hercegovina je identifikovana i kao zemlja porijekla, destinacije i tranzita za trgovinu ljudskim bićima. Iako, dostupni podaci o ovom fenomenu ukazuju na navedeno, ipak to nije evidentno posmatranjem statističkih evidencija policije i organa pravosuđa. Najveći broj ovih ponašanja ostaje neotkriven, a samtim i neprocesuiran. Ono što je ključno jeste da se utvrde razlozi za takvo stanje. U tom smislu od pomoći mogu biti indikatori kojima se koji se tiču trgovine ljudskim bićima, posebno ženama i djevojčicama radi seksualne eksploatacije. Ovi indikatori kod žena i djevojčica uključuju indikatore u vezi sa zapošljavanjem (putem prevare ili prinudno zapošljavanje), zatim vrbovanje žena zloupotrebom ranjivosti, indikatori koji se odnose na eksploataciju i indikatori prinude u mjestu odredišta, dok kod djevojčica obuhvataju još i indikatore dodatne eksploatacije⁶⁵. Upravo prepoznavanje navedenih indikatora predstavlja polaznu osnovu za otkrivanje trgovine ženama i djevojčicama radi seksualne eksploatacije, te okrivljanje i dokazivanje ovih krivičnih djela, kao i pružanje zaštite žrtvama.

Istovremeno, potrebno je raditi na usklađivanju odredbi o trgovini ljudskim bićima, kako bi se postigao veći stepen pravne sigurnosti kada je ova problematika u pitanju. U prvom redu neophodno je usklađivanje i razgraničavanje međunarodne trgovine ljudima i organizovanje međunarodne trgovine ljudima, kojima se inkriminiše ova djelatnost na međunarodnom nivou i trgovina ljudima, trgovina djeom (zbog potrebe za snažnijom krivičnopravnom zaštitom djece) i organizovana trgovina ljudima i djecom, kojima se inkriminiše ova djelatnost unutar granica Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko distrikta BiH⁶⁶. Na taj način postavila bi se jasna distinkcija u odnosu na povezana krivična djela, uzimajući u obzir da bi se preciznije odredila radnja izvršena, način izvršena i svrha vršenja krivičnih djela trgovine ljudima, a što bi bilo usklađeno sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti.

⁶⁵ Uporedi: International Labour Organization. (2009). *Operational indicators of trafficking in human beings*. Dostupno putem interneta: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@_ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf, pristupljeno 16. 9. 2024.

⁶⁶ Uporedi: Šikman, M. (2023). *op.cit.*, str. 72-94.

LITERATURA

1. Allan, C., Winters, G.M., Jeglic, E.L. (2023). Current Trends in Sex Trafficking Research. *Current Psychiatry Reports* 25(5), 175–182. doi: 10.1007/s11920-023-01419-7.
2. Babić, M. (2016). Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnost i iprimjena), *Crimen* 7(3), 291–310.
3. Bjelajac, Ž. (2014). *Trgovina ljudima. Zločin protiv čovečnosti*. Novi Sad: Pravni fakultet za privred i pravosuđe.
4. Bjørndahl, U. (2012). *Dangerous Liaisons: A report on the violence women in prostitution in Oslo are exposed to*. Dostupno putem interneta: <https://humboldt1982.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/12/dangerous-liaisons.pdf>, pristupljeno 16. 9. 2024.
5. Chuang, J. (1998). Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms and Contexts. *Harvard Human Rights Journal* 11, 65–107.
6. Convention against Transnational Organized Crime, Palermo, Adopted by the UN General Assembly: 15 November 2000, by resolution 55/25.
7. Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, CETS No. 197., Warsaw, 16.05.2005.
8. Department of State US. (2024). *Trafficking in Persons Report 2024*. Dostupno putem interneta: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2025/02/TIP-Report-2024_Introduction_V10_508-accessible_2.13.2025.pdf, pristupljeno 16.5.2025.
9. Deshpande, N.A., Nour, N.M. (2013). Sex trafficking of women and girls. *Reviews in Obstetrics & Gynecology*, 6(1), e22–27. doi: 10.3909/riog0214, pp. 22–27.
10. Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, Official Journal of the European Union, L 101/1.
11. GRETA. (2022). *Evaluation Report Bosnia and Herzegovina. Third evaluation round, Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*. Dostupno putem interneta: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-bosnia-and-herzegovina-3rd-evaluation-round/1680a70b3b>, pristupljeno 12.05.2025.

12. International Labour Organization. (2009). *Operational indicators of trafficking in human beings*. Dostupno putem interneta: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@_ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf, pristupljeno 16. 9. 2024.
13. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/21, 31/23, 47/23.
14. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017, 31/2023.
15. Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US, 15/2021, 89/2021, 73/2023, "Sl. glasnik BiH", br. 9/2024 - odluka US BiH, "Sl. glasnik RS" 105/2024 - odluka US, 19/2025, "Sl. glasnik BiH", br. 14/2025 - odluka US BiH i "Sl. glasnik RS", br. 31/2025.
16. Krivični zakon Brčko Distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 19/2020 - prečišćentekst, 3/2024 i 14/2024.
17. Eurostat. (March, 2025). *Trafficking in human beings statistics*. Dostupno putem interneta: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Trafficking_in_human_beings_statistics, pristupljeno 4.5.2025.
18. European Commission. (2022). Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings* (Fourth Report), COM/2022/736 final. Dostupno putem interneta: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0736>, pristupljeno 12. 9. 2024.
19. European Union. (2021). *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2021*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Dostupno putem interneta: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/socta2021_1.pdf, pristupljeno 12. 9. 2024.
20. Filipović, Lj. (2017). *Trgovina ljudima: Priručnik za obuku sudija i tužitelja*. Sarajevo: Misija OSCE-a u BiH.
21. Greenbaum, J. (2020). A Public health approach to global child sex trafficking. *Annual Review of Public Health* 41, 481–497. doi: 10.1146/annurev-publhealth-040119-094335.

22. McClain, N. M., Garrity, S.E. (2011). Sex trafficking and the exploitation of adolescents. *Journal of Obstetric, Gynecologic & Neonatal Nursing* 40, 243–252. doi: 10.1111/j.1552-6909.2011.01221.x.
23. Miller, E., Decker, M.R., Silverman, J.G., Raj, A. (2007). Migration, sexual exploitation, and women's health: a case report from a community health center. *Violence Against Women*. 13, 486-497.
24. Ministarstvo bezbjednosti BiH. (2024a). *Strategija suprotstavljanja trgovini ljudima u Bosni i Hercegovini, 2024–2027*. Dostupno putem interneta: <https://elearningapi-thb.msb.gov.ba/api/Documents/download/72>, pristupljeno 16. 9. 2024.
25. Ministarstvo bezbjednosti BiH. (2024b). *Izveštaj o trgovini ljudima za 2024. godinu*. Dostupno putem interneta: <https://elearningapi-thb.msb.gov.ba/api/Documents/download/72>, pristupljeno 16. 9. 2024.
26. Mujanović, E., Datzler, D., Vučinić, H., Buha, M. (2022). *Istraživanje sudske prakse procesuiranja trgovine ljudima u Bosni i Hercegovini (2003-2021)*. Sarajevo: Centar za istraživanje politike suprotstavljanja kriminalitetu.
27. OSCE. (2021a). *Smanjenje potražnje koja potiče trgovinu ljudima u svrhu seksualnog iskorištavanja*. Dostupno putem interneta: <https://www.osce.org/files/f/documents/c/c/515036.pdf>, pristupljeno 16. 9. 2024.
28. OSCE. (2021b). *Primjena rodno osjetljivih pristupa u borbi protiv trgovine ljudima*. Dostupno putem interneta: <https://www.osce.org/files/f/documents/8/6/510299.pdf>, pristupljeno 16. 9. 2024.
29. OSCE. (2020). *Highlights of the Expert Meeting On Combating Trafficking in Human Beings for the Removal of Organs*. Dostupno putem interneta: <https://www.osce.org/cthb/473661>, pristupljeno 16. 9. 2024.
30. OSCE. (n. d). *Borba protiv trgovine ljudima*. Dostupno putem interneta: https://www.osce.org/files/f/documents/2/3/468453_0.pdf, pristupljeno 16. 9. 2024.10.05.2025.
31. Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime.
32. Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against Transnational Organized Crime.
33. Rantsev v Cyprus and Russia, No 25965/04, Judgment of the ECHR of 10 October 2010. Dostupno putem interneta: <https://hudoc.echr.coe.int › app › conversion › pdf>, pristupljeno 28. 2. 2022.
34. Šikman, M. (2025). *Nasilje nad ženama – kriminološki i krivičnopravni*

- aspekti i mjere zaštite*. Banja Luka: Centar modernih znanja.
35. Šikman, M. (2023). Usklađenost krivičnih djela trgovine ljudskim bićima u Bosni i Hercegovini sa međunarodnim dokumentima. U: *Narkokriminalitet – prevencija i represija*, (72 – 94), Beograd: Srpsko udruženje za krivično pravnu teoriju i praksu.
 36. Šikman, M. (2011). *Organizovani kriminalitet*. Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova.
 37. United Nations. (2024). *Global Report on Trafficking in Persons 2024*. Dostupno putem interneta: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_BOOK.pdf, pristupljeno 25.04.2025.
 38. Visoki sudski i tužilački savjet BiH. (n.d.). *Struktura kriminaliteta*. Dostupno putem interneta: <https://vstv.pravosudje.ba/vstvfo/B/141/kategorije-vijesti/1198/1363/114475>, pristupljeno

Mile Šikman PhD⁶⁷

TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS AS A FORM OF MODERN SLAVERY

Abstract: *Trafficking in human beings is a phenomenon that has been present since the earliest historical period of human civilization. A slave relationship was based on people, the victims were left without any rights, while they became the property of another person or group of people for their exploitation. From Hammurabis code (around 1800 BC), it was obvious that slavery existed and was widespread, which later continued through the ancient period, until the end of the Middle Ages. Such a relationship was based on legal or economic dependence and submission, which means that it was a socially acceptable form of organization and action. Although the process of abolishing slavery began from the 16th century until the 18th, when it was abolished in the largest number of countries, and formally prohibited by international legal documents from the 20th century, it is still present mainly through human trafficking. In the last decade, there has been a multiple increase in cases of human trafficking at the global level. The largest number*

⁶⁷ Associate Professor Faculty of Law, University of Banja Luka, mile.sikman@pf.unibl.org

of victims, over 60%, are women and girls, mainly due to sexual and labor exploitation. This is precisely the subject of this work, the aim of which is to present a comparative analysis of human trafficking on a global level, then in our country, and point out the legal framework and necessary changes in order to improve the opposition to this extremely negative phenomenon.

Keywords: *human trafficking, slavery, criminal offense, international criminal law, criminal law.*

UDK 343.911:343.988(497.16)

doi 10.7251/PR7125977R

Pregledni naučni članak

POVRAT U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

Darko Radulović¹

Dijana Radulović²

***Apstrakt:** Pitanje recidivizma, odnosno ponavljanja izvršenja krivičnih djela i potreba da se prema takvim delinkventima postupa drugačije nego prema primarnim delinkventima, odavno je zaokupljala pažnju ne samo naučne i stručne javnosti, nego i javnosti uopšte. Ponavljanje zločina, pogotovo ako je prethodno izrečena kazna za taj zločin izvršena, ukazuje da je na ponovljeno krivično djelo potrebno reagovati drugačije, uglavnom strože nego što se reagovalo na primarno krivično djelo. Ovo stanovište razrađivano je u zakonodavstvu u pravcu strožeg postupanja prema povratnicima. Iako u doktrini, pogotovo savremenoj, prevladava stav da teža kazna nije adekvatno sredstvo za rješavanje problema povrata, zakonodavac se u posljednje vrijeme opredijelio za pojačanu represiju kao odgovor na ponašanje učinioca na koga prethodno izrečena krivična sankcija nije ostvarila svoju svrhu. Rad je podijeljen u nekoliko dijelova. Prvo se izlaže o pojmu, pravnoj prirodi povrata i vrstama povrata. Zatim se daje istorijski osvrt na povrat u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore, a centralno pitanje je analiza povrata u novom Krivičnom zakoniku Crne Gore koji je unio brojne novine u odnosu na ranije stanje zakonodavstva vezane za ovaj institut.*

***Gljučne riječi:** krivično djelo, učinilac, krivična sankcija, povrat.*

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. POJAM I VRSTE POVRATA

O problemu povrata čija suština se sastoji u ponavljanju kriminalne djelatnosti od strane osuđenika vodilo se računa još u vrijeme starih civilizacija, pa su već starogrčki filozofi Platon i Aristotel pisali o nepopravljivim zločinima. U izvorima rimskog prava mogu se naći odredbe o povratu. Iz tog perioda poznato je pravilo „*Consuetudo delinquendi est crumstantia aggravandi delictum et deliquentem acrius puniendi*“ (Navika činiti kažnjiva djela jeste okolnost koja krivicu otežava i zbog koje se krivac mora strože kazniti).³ Istina, ne povlači se jasna granica između povrata i sticaja krivičnih djela, što je teško i očekivati jer u to vrijeme nije bila izgrađena pravna terminologija, posebno kada se radi o krivičnopravnoj terminologiji. Ovo razgraničenje ova dva instituta tek je izvršeno u buržoaskom zakonodavstvu i nauči iz tog perioda. Inače, pojam povrata potiče iz latinske riječi „*interum cadere*“ što u bukvalnom prevodu znači ponovo pasti, a u svakodnevnoj komunikaciji ova riječ se prevodi kao vraćanje, ponavljanje ili ponovno padanje u istu grešku. Povrat predstavlja jedan vrlo složen društveni fenomen pa je za njegovo istraživanje i proučavanje potreban interdisciplinarni pristup. U tom smislu on je imao i određenu evoluciju u razvoju krivičnopravne nauke. Određivanjem njegovog pojma se, uglavnom, nije bavilo zakonodavstvo, nego krivična nauka. Naglašavamo krivična, a ne samo krivičnopravna, jer on ima ne samo krivičnopravni, nego i kriminološki i penološki značaj. U krivičnopravnom smislu povrat postoji onda kada učinilac koji je ranije osuđivan ponovo učini krivično djelo⁴.

Dakle, ovdje je osnovni konstitutivni element povrata ponovno vršenje krivičnih djela. Ali savremena zakonodavstva se ne zadovoljavaju samo tim elementom, nego uključuju i dodatne elemente različite prirode, objektivne i subjektivne kao što su da li je ranije izrečena kazna izdržana, da li je novoučinjeno krivično djelo iste vrste kao ranije presuđeno, da li se radi o istim pobudama i slično. U tom smislu danas u savremenom zakonodavstvu susrijećemo objektivnu, objektivno-subjektivnu i subjektivnu koncepciju povrata.⁵ Prema objektivnoj koncepciji povrat se sastoji u ponovnom vršenju krivičnih djela od strane ranije osuđivanih lica. Prema objektivno-subjektivnoj koncepciji u povratu je onaj učinilac koji je ponovo, nakon osude, izvršio krivično djelo

³ Avakumović: Teorija kaznenog prava III deo, sveska VIII, Beograd, 1981, str. 1232.

⁴ Stojanović: Krivično pravo, Podgorica, 2008, str. 299, Jovanović: Krivično pravo, Opšti deo, Policijska akademija, Beograd, 1995, str. 382.

⁵ Perović: Krivično pravo SFRJ, Opšti dio, Nikšić, 1990, str. 318.

i kod kojeg postoji sklonost ka vršenju krivičnih djela. Prema subjektivnoj koncepciji težište kod povrata nalazi se na subjektivnom elementu, na subjektivnoj opasnosti učinioca za koju je ponovno upadanje u kriminalnu zonu samo izvjestan indikator, ali ne i neophodan uslov. Od objektivne koncepcije o povratu pod uticajem pozitivne škole prešlo se na objektivno-subjektivnu koncepciju povrata gdje se kao konstitutivni elementi povrata uključuju i neki subjektivni elementi poput sklonosti ka vršenju krivičnih djela, bavljenje kriminalitetom iz navike, profesionalno i slično. Ova objektivno-subjektivna koncepcija je najprisutnija u savremenom zakonodavstvu.

Sa kriminološkog stanovišta povrat predstavlja svako ponovno vršenje krivičnih djela od strane lica koje je ranije izvršilo krivično djelo, bez obzira da li je osuđeno za to djelo ili nije. Kriminološka definicija povrata je šira i ona se ne zadovoljava samo proučavanjem zakonskih elemenata (uslova) povrata nego ide dalje ka izučavanju ličnosti povratnika, etiologiji povratništva, kao i u iznalaženju sredstava, odnosno mjera u procesu resocijalizacije i odvrćanja učinioca od vršenja krivičnih djela. Vlada mišljenje da je kriminološki povrat kao problem nedovoljno istraživan i on se najčešće površno dotiče u okviru raznih kriminalnopolitičkih razmatranja, gdje se obično tretira kao pokazatelj neefikasnosti kazni i drugih krivičnih sankcija.⁶ Penološka definicija povrata je najjednostavnija kada je riječ o elementima na osnovu kojih se jedno lice smatra povratnikom, te se u tom smislu pod povratom smatra ponovni dolazak učinioca krivičnog djela u kaznenopopravnu ustanovu radi izvršenja kazne izrečene za novo krivično djelo, koje je izvršio nakon izdržane kazne za prethodno učinjeno krivično djelo. Povrat sa penološkog aspekta valja razmotriti prvenstveno kao indikator neuspješnog penalnog tretmana i postpenalne pomoći da podstaknu ili potpomognu pozitivnu promjenu kod osuđenog, odnosno odustajanje od kriminalnog ponašanja i prestupničkog načina života.⁷ U krivičnopravnoj i kriminološkoj literaturi postoje različite podjele povrata, a najpoznatije su one koje se vrše s obzirom na prirodu krivičnih djela, vrijeme ponovnog vršenja i broj ponovnog vršenja krivičnih djela. S obzirom na prirodu krivičnih djela razlikuje se opšti i specijalni povrat. Opšti povrat postoji kada učinilac poslije izrečene ili izdržane kazne za prethodno krivično djelo izvrši bilo koje krivično djelo. Specijalni povrat postoji kada je učinilac poslije izrečene ili izdržane kazne ponovo izvršio isto

⁶ Simonović-Patić: Povrat - kriminološki aspekt, u "Kaznena reakcija u Srbiji VI deo (ur. Đ. Ignjatović), 2016, str.195.

⁷ Miladinović: Pojam i pravna priroda povrata, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 1984, str.110.

ili istorodno krivično djelo. Kad se radi o istom, odnosno istorodnom krivičnom djelu postoje različita mišljenja. U nauci se smatralo da se istorodnost krivičnih djela može posmatrati sa objektivnog i subjektivnog stanovišta. Sa objektivnog stanovišta istorodna krivična djela su djela koja su upravljena protiv istog dobra (to bi danas bila krivična djela koja pripadaju istoj grupi u posebnom dijelu Krivičnog zakonika), a sa subjektivnog stanovišta djela su istog roda ako su učinjena iz istih pobuda, odnosno motiva.⁸

Specijalni povrat predstavlja težu vrstu povrata jer ukazuje na sklonost učinioca da vrši određena krivična djela.

S obzirom na vremenski razmak između krivičnih djela razlikuje se vremenski određen i vremenski neodređen povrat. Vremenski određen povrat postoji kada je učinilac učinio novo krivično djelo u određenom roku nakon izrečene ili izdržane kazne za ranije učinjeno krivično djelo. Vremenski neodređen povrat postoji kada učinilac izvrši novo krivično djelo u bilo koje vrijeme poslije izrečene ili izdržane kazne za prethodno krivično djelo. S obzirom na broj izvršenih krivičnih djela razlikuje se obični (jednostruki) i višestruki povrat. Jednostruki povrat postoji kada jedno lice poslije osude za jedno krivično djelo ponovo učini jedno krivično djelo, a višestruki povrat postoji kada je jedno lice dva puta osuđivano, poslije čega ponovo izvrši krivično djelo. Neki povrat dijele na pravi i prividni, pa pravi povrat postoji kada neko lice ponovo učini krivično djelo pošto je već izdržalo kaznu za ranije učinjeno krivično djelo, a prividni povrat postoji kada neko lice učini novo krivično djelo poslije izrečene presude za ranije učinjeno krivično djelo bez obzira da li je ova kazna izdržana ili ne.⁹ (Jovašević, 2006, 237). Ova podjela se poklapa sa krivičnopravnom, odnosno kriminološkom definicijom povrata.

Interesantno je da je Treći međunarodni kriminološki kongres u Londonu (1955) izdiferencirao dva pojma povrata: povrat u užem smislu (*stricto sensu*) i povrat u širem smislu (*lato sensu*). Pod povratom u užem smislu uzima se situacija u kojoj je učinilac, nakon što je učinio krivično djelo i za njega osuđen ili na drugi način tretiran, ponovo učinio krivično djelo. Pod povratom u širem smislu uzima se ona situacija u kojoj je učinilac nakon ranije izvršenog djela i osude za njega ili svakog drugog oblika društvenog tretiranja, ponovo izvršio krivično djelo usljed svog opasnog stanja.

Različita shvatanja o pojmu povrata odrazila su se i na određivanje pravne prirode povrata. U tom smislu u teoriji krivičnog prava izdiferencirala

⁸ Živanović: Osnovi krivičnog prava, Opšti deo, Beograd, 1937, str. 341.

⁹ Jovašević: Krivično pravo opšti deo, Nomos, Beograd, 2006, str. 237.

su se tri shvatanja o pravnoj prirodi koja, u stvari, predstavljaju odgovor na pitanje šta je povrat, da li je to okolnost koja utiče na odmjeravanje kazne, ili okolnost koja utiče na ocjenu krivične odgovornosti (krivice) ili i jedno i drugo. Prema prvom shvatanju povrat je okolnost koja utiče na odmjeravanje kazne i to kao otežavajuća ili pooštravajuća okolnost i pokazatelj da prethodno izrečena kazna nije bila dovoljna i da je bila blaga i po vrsti i mjeri, pa je u postupku za novoučinjeno krivično djelo treba povećati ili pooštriti.¹⁰ Pristalice ovog shvatanja smatraju da se samo strožom kaznom može društvo zaštititi od kriminaliteta i recidivizma. Pojačanu represiju prema najopasnijim delinkventima predviđalo je naročito krivično zakonodavstvo XIX vijeka smatrajući da to ima značaja i za specijalnu i generalnu prevenciju. Generalno-preventivni značaj strožeg kažnjavanja naročito je potencirao poznati mislilac toga vremena A. Fojerbah zalažući se za propisivanje strogih kazni od strane zakonodavca, izricanjem strogih kazni od strane suda i javnim izvršenjem.

Prema drugom shvatanju povrat nije samo okolnost koja zajedno sa drugim okolnostima utiče na odmjeravanje kazne, već je okolnost koja obuhvata cjelokupnu ličnost učinioca koji ponavljajući vršenje krivičnog djela pokazuje svoju naklonost vršenju krivičnih djela, što povećava njegovu krivičnu odgovornost.¹¹

Po trećem stanovištu koje je i najzastupljenije i u teoriji i u praksi, povrat je okolnost koja istovremeno ukazuje i na povećanu društvenu opasnost i na povećanu krivičnu odgovornost učinioca krivičnog djela na šta društvo mora reagovati strožim kažnjavanjem.¹² Teže kažnjavanja povratnika zasniva se na kriminalnopolitičkim razlozima. Međutim, ne treba zanemariti ni shvatanja prema kojima teže kažnjavanje povratnika nije ni korisno ni opravdano, jer se time narušava princip srazmjernosti između težine krivičnog djela i kazne, kao i princip pravičnosti, a povrat sam po sebi ne mora da znači povećanje stepena odgovornosti. Uz to, pobude koje dovode do izvršenja krivičnog djela nekad ne moraju da budu niske (amoralne), pa čak mogu da budu i „opravdanije“ nego kod primarnih učinilaca. Ove kritike nisu bez osnova jer brojna kriminološka i penološka istraživanja su pokazala da pojačana represija vrlo malo ili nikako ne utiče na prevenciju recidivizma. Ovo saznanje je dovelo do toga da se pooštreno kažnjavanje povratnika u savremenom zako-

¹⁰ De Vebres (1956), str. 199, citirano po Jovanović: Krivično pravo, Opšti deo, Policijska akademija, Beograd, 1995, str. 383.

¹¹ Tahović: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1961, str. 276.

¹² Miladinović: Pojam i pravna priroda povrata....114.

nodavstvu (što nije slučaj sa našim zakonodavstvom) sve manje tretira kao obaveza, a sve više kao mogućnost i da se pored kazne omogući primjena i drugih krivičnih sankcija od kojih neke imaju zavodski tretman, a neke tretman na slobodi.¹³ I u našoj literaturi bilo je predloga da bi radi prevencije recidivizma bilo korisno uz kaznu kao osnovno sredstvo uvesti i neku dodatnu mjeru, pa bi jedna od tih mjera mogla da bude uvođenje zaštitnog nadzora za povratnike nakon njihovog izlaska sa izdržavanja kazne, što već imamo kod uslovne osude.¹⁴ U tom smislu, ako je osnov za uvođenje zaštitnog nadzora uz uslovnu osudu pružanje pomoći učiniocu da se ne bi odao kriminalnom ponašanju, tim prije je povratnicima taj nadzor potreban jer je riječ o delinkventima koji su se već odali vršenju krivičnih djela jer prethodno izrečene krivične sankcije nijesu dale očekivane rezultate.

Povrat treba razlikovati od realnog sticaja gdje se takođe radi o više krivičnih djela. Kod realnog sticaja radi se o licu koje je učinilo dva ili više krivičnih djela, ali se za sva ta djela istovremeno sudi, a kod povrata radi se o osuđivanom licu koje je poslije izrečene ili izvršene kazne ponovo izvršilo krivično djelo. Suštinska razlika između ova dva instituta je po tome što je kod realnog sticaja, uglavnom, riječ o neefikasnosti državnih organa, posebno pravosudnih organa u pogledu primjene krivičnog prava u odnosu na učinioca krivičnog djela, dok kod povrata učinilac na primjenu sankcije reaguje ponovnim vršenjem krivičnog djela, umjesto da ona na njega djeluje preventivno.¹⁵

2. ISTORIJSKI OSVRT NA POVRAT U KRIVIČNOM PRAVU CRNE GORE

Ovaj osvrt počecemo od prvog zakonskog izvora gdje se izričito pominje pojam povrat. Riječ je o Krivičnom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1906. godine. Donošenje ovog Zakonika najavio je knjaz Nikola u Poslanici od 23. februara 1906. godine, gdje se, između ostalog, kaže: „Da se za Knjaževinu Crnu Goru usvoji Kriminalni (Kaznitelni) zakonik bratske nam Srbije s izmjenama i dopunama prema našim prilikama i pravnim običajima i da se odštampa u naročitom izdanju“. Upravo je tako i učinjeno i u najvećem pro-

¹³ Srzentić, Stajić, Lazarević: Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Savremena administracija, Beograd, 1978, str. 391.

¹⁴ Miladinović: Krivičnopravne mere prema povratnicima, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 11, 1984, str. 5.

¹⁵ Stojanović: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2019, str. 329.

centu je preuzet Krivični zakonik Kneževine Srbije iz 1860. godine. No, valja napomenuti da se određeni korijeni povrata u crnogorskom zakonodavstvu pominju znatno ranije. Tako u Zakonu Danila Prvog knjaza i gospodara Crne Gore i brdah ustanovljenog na Cetinju 23. aprila 1855. g. u članu 78 je propisano: „Koji se lupež poslije dana proglašenja ovog zakonika po treći put uvati (uhvati) u krađi taj se ima osuditi na smrt“. To nije ništa čudno jer su u siromašnoj Crnoj Gori imovinski delikti spadali u najteža krivična djela. Ali da se vratimo Krivičnom zakoniku iz 1906. godine gdje je glava sedma posvećena institutu povrata. Tako je u članu 71 propisano: „Ko se jedanput osudi za kakav zločin ili prestup svršen ili samo pokušan, pa opet učini ili pokuša učiniti isto takav ili jednog roda zločin ili prestup, taj se nalazi u povratu i kazniće se strožije nego da je to prvi put učinio i po tome sud ga može osuditi ne sam ona najvišu kaznu, koju mu zakon za njegovo djelo donosi, nego mu tu kaznu može uveličati sa još jednom njenom polovinom“.

Iz ove odredbe se može zaključiti da je povrat obavezna poošttravajuća okolnost, da je određeno za koliko se kazna može povećati (još za polovinu kazne propisane za to djelo), ali da ne može preći opšti maksimum te kazne (robija i zatočenje 20 godina, a kazna zatvora 10 godina). Zakonik je, za razliku od mnogih savremenih zakonodavstava, dao i definiciju povrata i poznaje samo specijalni povrat, jer pominje „isto ili istorodno djelo“. Kada se radi o istom ili istorodnom djelu precizirano je u članu 72, pa se kaže da su to djela učinjena iz istih pobuda, a istog roda su naročito zločini i prestupi: a) svi koji iz koristoljublja proizilaze, b) svi koji se čine radi sramotne tjelesne naslade, v) kao i sva iz pakosti ili osvete naprijed smišljena oštećavanja tuđeg imanja.

Osim istorodnosti krivičnih djela tražilo se da su umišljajno izvršena i da nije proteklo deset godina od dana izdržane ili oproštene kazne (čl. 73).

Ovaj zakonik je bio na snazi u Crnoj Gori i nakon ujedinjenja 1918. godine sve do donošenja Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije 1929. godine koji je spadao u red modernih buržoaskih krivičnih zakonika tog vremena, budući da je u sebi sadržavao najnovija saznanja krivičnopravne nauke. Pojam povrata zakonik daje u članu 76 st. 1 gdje je propisano da se povratnikom smatra lice koje je nakon prethodnog umišljajnog krivičnog djela za koje je osuđen na kaznu lišenja slobode i koju je potpuno ili djelimično izdržalo, u roku od pet godina ponovo izvrši umišljajno krivično djelo ili po otpustu iz zavoda za mjere bezbjednosti, takođe ponovo izvrši umišljajno krivično djelo. Analizom ove odredbe može se izdvojiti nekoliko elemenata, odnosno uslova za postojanje povrata. Prvo, potrebno je da je i prethodno i novo krivično djelo izvršeno sa umišljajem. Dalje, potrebno je da je za to umišljajno djelo pravosnažno osu-

đen na kaznu lišenja slobode i da je ona u potpunosti ili djelimično izvršena. Zašto se insistiralo da je prethodno izrečena kazna lišenja slobode potpuno ili djelimično izvršena? Upravo radi toga što se smatralo da je strože kažnjavanje zbog povrata opravdano samo onda kada se pokaže da je izvršenje prethodne kazne ostalo bez uspjeha, a to se jedino može vidjeti ako je osuđeno lice kaznu potpuno ili djelimično izdržalo.¹⁶ Šta se smatra „djelimičnim“ izvršenjem kazne je dosta neprecizno, pa su i mišljenja različita. Po nekim tu se uzimaju slučajevi kada je krivac poslije nekog vremena provedenog u zavodu pomilovan ili amnestiran.¹⁷ Drugi smatraju da je ovo potpuno neodređen zakonski izraz i da je bolje bilo da je zakonodavac, poput nekih stranih zakonodavstava upotrijebio izraz „znatan dio kazne“ ili polovinu ili trećinu izdržane kazne što bi više odgovaralo opštem duhu samog povrata.¹⁸ Novo krivično djelo treba da je učinjeno u roku od pet godina od dana kada je učinilac prethodnu kaznu u potpunosti ili djelimično izdržao ili ako je bio zadržan u zavodu za izvršenje mjere bezbjednosti pošto je iz istog otpušten.

Što se tiče odmjeraavanja kazne opšti povrat je predstavljao obaveznu otežavajuću okolnost, dok je specijalni povrat tretiran kao fakultativna pooštavajuća okolnost. Kod opšteg povrata sud je mogao izreći kaznu do posebnog maksimuma kazne propisane za to djelo, a kod specijalnog povrata sud je mogao ići i na dvostruki iznos propisane kazne za to djelo, s tim da ne pređe 20 godina robije ili zatočenja, odnosno pet godina zatvora ili strogog zatvora. Još da napomenemo da je ovaj zakonik u članu 51 za tzv. multirecidiviste predviđao jednu posebnu vrstu mjere bezbjednosti koja se izricala licu koje je ranije najmanje tri puta osuđivano na kaznu robije za umišljajno zločinstvo i koje je u roku od pet godina po izdržanoj kazni ponovo umišljajno učinilo zločin, i da se može na osnovu njegovog života izvesti zaključak da je opasno po javnu bezbjednost. Primjena ove mjere ne može trajati duže od deset godina.

Po završetku Drugog svjetskog rata u tadašnjoj Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji doneseno je niz zakona iz krivičnopravne oblasti, a zakon koji je predstavljao prvu sistematsku cjelinu opšteg dijela krivičnog zakonodavstva je Opšti krivični zakonik¹⁹ ili Krivični zakonik - opšti dio koji

¹⁶ Miladinović: Povrat u krivičnom pravu, Izdavačka radna organizacija “Svetozar Marković” – Beograd, 1983, str. 43.

¹⁷ Živanović: op.cit. str. 347.

¹⁸ Čubinski: Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 29.01.1929. godine, Beograd, 1930, str. 185.

¹⁹ Službeni list FNRJ, br. 106/1947

je donesen 4. decembra 1947. godine, a stupio na snagu 12. februara 1948. godine. U njemu su obrađeni opšti instituti i opšta načela krivičnog prava. U te institute spada i povrat. U članu 59 određuje se pojam povrata pa se navodi da on postoji „kada lice koje je osuđeno za krivično djelo na kaznu lišenja slobode sa prinudnim radom, lišenja slobode ili kaznu popravnog rada za pet godina od dana izdržane ili ugašene kazne opet učini kakvo krivično djelo teže prirode. Ono što je odmah primjetno je da je ovaj zakonik usvojio objektivnu koncepciju povrata (bez subjektivnih okolnosti kao što je sklonost ka vršenju krivičnih djela, motivi i slično) što u krajnjem ishoduje u postojanju samo običnog povrata. Nadalje, svi pomenuti elementi moraju kumulativno da se ispune. Ti elementi su da je lice ranije osuđivano na kazne koje smo već naveli, da je postupalo sa umišljajem i da je prvobitno izrečena kazna izdržana ili ugašena. Pod ugašenom kaznom u smislu člana 59 smatrala se samo zastarjelost izvršenja kazne (čl. 90), nepotpuna amnestija (čl. 93 st. 1) i nepotpuno pomilovanje (čl. 94 st. 1). Sljedeći uslov je izvršenje novog krivičnog djela teže prirode. Kao krivično djelo teže prirode smatra se samo ono krivično djelo za koje je propisana najmanja kazna popravnog rada. Na kraju novo krivično djelo treba da je izvršeno u roku od pet godina nakon izdržane ili ugašene kazne.

Ako uporedimo odredbe ovog zakonika sa Krivičnim zakonikom Kraljevine Jugoslavije, koji je tada smatran jednim od najnaprednijih zakonika tog vremena (kojeg smo dugo vremena nipodaštavali), pa i ove odredbe o povratu, onda ga ne možemo svrstati u moderna zakonodavstva. Takvom stanju zakonodavstva, u određenoj mjeri je doprinijelo to što je rađen pod uticajem sovjetskog zakonodavstva, i s druge strane što je donijet ubrzo poslije oslobođenja kada se više pažnje posvećivalo represiji nalazeći da će strože kažnjavanje doprinijeti prevenciji kriminaliteta, pa i recidivizma.

Sličnu koncepciju povrata, uz određene modifikacije predviđao je i Krivični zakonik iz 1951. godine²⁰. I u ovom zakoniku povrat je određen objektivnim elementima (kriterijumima) izuzev što kao subjektivni element predviđa da mora da se radi o umišljajnom krivičnom djelu. Tako je u članu 40 st. 1 propisano „ako je učinilac u povratu sud će to uvijek uzeti kao otežavajuću okolnost“. Zatim se u stavu 2 ovog člana kaže: „Učinilac je u povratu ako je već bio osuđen za krivično djelo učinjeno sa umišljajem na kaznu strogog zatvora ili zatvora, pa za vrijeme od pet godina od dana kada je tu kaznu potpuno ili djelimično izdržao ponovo učini krivično djelo sa umišljajem za koje

²⁰ Službeni list FNRJ, br. 13/1951

je propisana kazna zatvora ili teža kazna“. Za postojanje povrata nije od značaja da li je učinilac ranije osuđivan kao izvršilac ili saučesnik tog krivičnog djela i da li je ono dovršeno ili je ostalo u pokušaju (razumije se u kažnjivom pokušaju). Povrat je određen kao obligatorna otežavajuća okolnost. Međutim, to ne znači da će sud u svakom slučaju kod povrata ići na strože kažnjavanje ukoliko nadmoćno djeluju druge okolnosti koje djelo čine lakšim, ali sud je u obavezi da raniju osudu uzme u razmatranje prilikom odmjeravanja kazne.²¹

Imajući u vidu da je koncepcija povrata određena prema objektivnim elementima izostavljeni su značajni subjektivni elementi vezani za ličnost učinioaca, nije pravi razlika između opšteg i specijalnog povrata, a pitanje višestrukih povratnika je ostalo potpuno neregulisano.

Ovo su bili razlozi za suštinsku izmjenu postojeće koncepcije povrata koja je uslijedila Novelom Krivičnog zakonika od 1959. godine²². Koncepcija povrata je po ovoj Noveli potpuno izmijenjena, a najpoznatija je po tome što je uveden institut višestrukog povrata. Ovaj institut je uveden najviše kao rezultat savremenih naučnih saznanja i učestalih slučajeva u sudskoj praksi da postoji određeni broj delinkvenata koji se pri postojećem kažnjavanju teško resocijalizuju, pa je zbog toga potrebno prema njima primijeniti pojačanu mjeru prevaspitanja koja zahtijeva duži period boravka u kaznenopopravnoj ustanovi.²³ Raniji član 40 koji se odnosio na obični povrat je u potpunosti preformulisan pa se kaže da će sud „prilikom odmjeravanja kazne posebno uzeti u obzir da li je učinilac ranije osuđivan, da li je ranije krivično djelo istovrsno sa novim (dakle, pominje i specijalni povrat), da li su oba djela učinjena iz istih pobuda i koliko je vremena proteklo od ranije osude odnosno od izdržane ili oproštene kazne“. Ranije krivično djelo moglo je da bude kako umišljajno, tako i nehatno. Pored člana 40 uveden je novi član 40a koji nosi naziv odmjeravanje kazne u slučaju višestrukog povrata i kojim je određen pojam višestrukog povrata. dakle, zakonodavac razdvaja povrat na obični i višestruki uz ocjenu da je kod višestrukog povrata jače izražena sklonost učinioaca da vrši krivična djela, zbog neefikasnosti primjene ranije izrečenih kazni na resocijalizaciju učinioaca, što sve ukazuje na njegovu povećanu društvenu opasnost.²⁴ Za postojanje višestrukog povrata koji ostavlja mogućnost

²¹ Tahović: Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 1956, str.164.

²² Službeni list FNRJ, br. 30/1959

²³ Srzentić, Stajić, Lazarević: op.cit. str. 394.

²⁴ Jocić: Povrat kao okolnost kod odmjeravanja kazne, u “Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (Međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)” (ur. Bejatović), Srpsko udruženje za

pooštavanja kazne, shodno već pomenutom članu 40a, potrebno je da se ispune sljedeći uslovi: a) da je učinilac dva ili više puta osuđivan za umišljajna krivična djela i da je tim osudama bila izrečena kazna zatvora u trajanju od najmanje tri mjeseca, b) da je novo djelo izvršeno sa umišljajem i da je za njega propisana kazna zatvora, v) da učinilac pokazuje sklonost za vršenje krivičnih djela i g) da od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije kazne, pa do izvršenja novog djela nije proteklo pet godina. Ovi uslovi moraju da se kumulativno ispune, a pri odlučivanju da li će kaznu pooštriti cijeniće se da li je to potrebno radi ostvarivanja svrhe kažnjavanja jer je pooštavanje fakultativno, granice pooštavanja su određene u članu 40a st. 2 gdje je propisano da stroža kazna ne smije preći dvostruku mjeru propisane kazne zatvora ili strogog zatvora niti najveću mjeru izrečene vrste kazne.

Krivičnim zakonom iz 1977. godine²⁵ suština povrata nije izmijenjena i, uglavnom, su zadržana rješenja iz Novele Zakonika iz 1959. godine. Razlika u odnosu na pređašnje stanje zakonodavstva jeste zakonsko lociranje odredbi o povratu pa je ranija odredba o odmjeravanju kazne u slučaju povrata spojena sa opštim pravilima o odmjeravanju kazne. Ovo dislociranje odredbi o povratu naišlo je na različite komentare u literaturi. Pobornici ovakvog dislociranja opravdavaju potrebom da se na jednom mjestu grupišu sve odredbe koje imaju karakter opštih pravila o odmjeravanju kazne.²⁶ Drugi ovakvu promjenu ne opravdavaju, čak je smatraju neprihvatljivom jer povrat po svojoj prirodi ne može naći mjesto među opštim pravilima o odmjeravanju kazne zbog toga što on nije opšte pravilo koje važi za sve slučajeve kada se kazna odmjerava.²⁷ Prevladavaju mišljenja da je opravdanije o odmjeravanju kazne za krivična djela u povratu govoriti na jednom istom mjestu bez obzira da li se radilo o običnom povratu (kao otežavajućoj okolnosti) ili višestrukom povratu (kao pooštavajućoj okolnosti) jer se ipak radi o posebnim pravilima o odmjeravanju kazne koja se razlikuju od opštih pravila o odmjeravanju kazne.²⁸ Raniji izraz iz člana 40 KZ „da li je učinilac ranije osuđivan“ zamenjen je izrazom „djelo učinjeno u povratu“, a pošto ni novi ni stari zakonik ne daju definiciju povrata, onda je ranija formulacija bila bolja jer je povrat vezivala isključivo za raniju osuđivanost, ako govorimo o krivičnopravnom

krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2019, str. 232.

²⁵ Službeni list SFRJ, br. 44/1976

²⁶ Lazarević: Krivični zakon SFRJ - nova rješenja u odnosu na institute krivičnog prava, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 4, 1976, str. 511.

²⁷ Miladinović: *Povrat u krivičnom pravu*.....str. 51.

²⁸ Čejović: *Krivično pravo, Opšti deo, "Privredna štampa"* Beograd, 1979, str. 413.

pojmu povrata. Kad je riječ o višestrukome povratu skoro da se ništa nije izmijenilo sem što je kazna zatvora unificirana (umjesto zatvora i strogog zatvora samo kazna zatvora) a umjesto kazne zatvora preko tri mjeseca po ranijoj presudi, uvedena je kazna zatvora najmanje godinu. Raspadom Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije Krivični zakon SFRJ „život je nastavio“ kao Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije²⁹, uz određene izmjene i dopune prilagođene novom državnom ustrojstvu. Odredbe o povratu ostale su neizmijenjene.

3. POVRAT U KRIVIČNOM PRAVU CRNE GORE NAKON STICANJA NEZAVISNOSTI

Stvaranjem Državne zajednice Srbije i Crne Gore 2003. godine nadležnost za donošenje krivičnog zakonodavstva u cjelosti je prenesena na članice Državne zajednice, što je za posljedicu imalo da je i Crna Gora 2003. godine donijela svoj Krivični zakonik³⁰. Kad je riječ o povratu u odnosu na naslijeđeno zakonodavstvo nijesu učinjene skoro nikakve promjene. Zadržane su dvije vrste povrata - obični i višestruki povrat. Zakonik ne koristi termin obični nego ga je tako nazvala teorija da bi ga razlikovala od višestrukog povrata. Ono što je odmah primjetno jeste izdvajanje običnog povrata u poseban član umjesto njegovog ranijeg lociranja u okviru člana o odmjeraivanju kazne. Ratio legio je bio da se povratu da veći značaj prilikom individualizacije krivične sankcije u odnosu na ostale okolnosti iz člana 42 (odmjeraivanje kazne), što dalje znači da povrat nije mogao da se cijeni kao “raniji život učinioća” jer se u članu 42 st. 1 KZ posebno propisuje kao jedna od okolnosti koju je sud dužan da cijeni “raniji život učinioća”.³¹ Obični povrat je predviđen kao fakultativna otežavajuća okolnost. Tako je u članu 43 KZ propisano: “Kad sud odmjeraiva kaznu učinioću krivičnog djela koje je učinio poslije izdržane, oproštene ili zastarjele kazne ili oslobođenja od kazne, po proteku roka za opozivanje uslovne osude ili poslije izrečene sudske opomene, može tu okolnost uzeti kao otežavajuću, cijeneći pri tome naročito težinu ranije učinjenog krivičnog djela, da li je ranije djelo iste vrste kao i novo djelo, da li su oba djela učinjena iz istih pobuda, okolnosti pod kojima su djela učinjena i ko-

²⁹ Službeni list SRJ, br. 35/1992

³⁰ Službeni list RCG, br. 70/2003

³¹ Milić: Povrat u krivičnom pravu Srbije, u “Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite (međunarodni pravni standardi, norma i praksa)” (ur. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2020, str. 237.

liko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno od izrečene, oprostene ili zastarjele kazne, oslobođenja od kazne, od proteka roka za opozivanje ranije uslovne osude ili od izrečene sudske opomene”. Iz citirane odredbe se vidi da zakonik postojanje običnog povrata vezuje samo za jednu objektivnu okolnost - raniju osuđivanost učinioca. Nije od značaja za koje je krivično djelo osuđen, sa kojim oblikom krivice (s umišljajem ili ih nehata), da li se radi o opštem ili specijalnom povratu, koliko je vremena prošlo od ranije osude do izvršenja novog krivičnog djela i slično. Ove okolnosti koje su prethodno navedene koje će sud cijeniti nijesu uslovi za postojanje povrata, nego samo okolnosti koje sud uzima u obzir prilikom donošenja odluke da li će u tim okolnostima povrat uzeti kao otežavajuću okolnost. Tako, na primjer, posebno je važno cijeniti vremenski interval od ranije osude do izvršenja novog krivičnog djela, jer duži vremenski interval, po pravilu, ukazuje na odsustvo kontinuirane kriminalne djelatnosti i obrnuto, kraći vremenski interval između učinjenih krivičnih djela, naročito ako su krivična djela bila istovrsna, pokazuje da bi bilo opravdano povrat cijeniti kao otežavajuću okolnost.³² Ako sud povrat uzme kao otežavajuću okolnost on može izreći kaznu samo do posebnog maksimuma predviđene kazne za to djelo.

Za razliku od običnog povrata koji je fakultativna otežavajuća okolnost višestruki povrat je fakultativna pooštrevajuća okolnost. Tako je u članu 44 KZ propisano: “Za krivično djelo učinjeno s umišljajem za koje je propisana kazna zatvora sud može izreći strožu kaznu od propisane pod sljedećim uslovima: a) ako je učinilac ranije bio dva ili više puta osuđivan za krivična djela sa umišljajem na kaznu zatvora od najmanje jednu godinu i pokazuje sklonost za vršenje krivičnih djela, b) ako od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog djela nije proteklo pet godina”. Iz citirane odredbe mogu se izdiferencirati uslovi koji se odnose na ranije učinjeno djelo, uslovi koji se odnose na novoučinjeno krivično djelo, uslovi koji se odnose na učinioca krivičnog djela i na vremenski interval između ranije učinjenog i novog krivičnog djela. Svi uslovi treba kumulativno da se ispune. Ako se sud odluči na pooštrevanje kazne, stroža kazna ne smije preći dvostruku mjeru propisane kazne ni dvadeset godina zatvora. Pooštrena kazna, a najčešće se radi o kazni lišenja slobode, treba s jedne strane da omogući duži tretman u kaznenopopravnoj ustanovi u cilju nastojanja da se ova lica poprave i prevaspitaju, a s druge strane da preventivno djeluju na ostale multirecidiviste.

³² Mrvić-Petrović: Krivično pravo, Opšti deo, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 275.

Ovaj zakonik je često mijenjan i najčešće izmjene i dopune su se odnosile na posebni dio Krivičnog zakonika, nekad i pod naglašenim tzv. punitivnim populizmom, a nekad su se ticale i opštih instituta i opštih načela. Najkrupnija promjena kad je riječ o povratu desila se 12. decembra 2023. godine donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika³³. I dalje su zadržane dvije vrste povrata, ali su znatno izmijenjene. Kod običnog povrata najznačajnija izmjena je što je on sada obavezna otežavajuća okolnost. Ima mišljenja da je ovome doprinijelo uvođenje u krivično zakonodavstvo zločina iz mržnje (čl. 42a) gdje se kao obavezna otežavajuća okolnost cijeni ako je krivično djelo učinjeno iz mržnje prema drugom licu radi pripadnosti određenim grupama, navedenim u tom članu.³⁴ Propisivanje običnog povrata kao obavezne otežavajuće okolnosti uticalo je znatno na nomotehničko redukovanje odredbi o povratu. Tako je u članu 43 propisano “ako je učinilac krivičnog djela učinjenog sa umišljajem ranije osuđivan za umišljajno krivično djelo, sud će tu okolnost uzeti kao otežavajuću okolnost ako od ranije osude ili izdržane kazne nije proteklo pet godina”. Dakle, izostalo je ono nabranje raznih okolnosti koje je sud cijenio kod odluke da li će povrat uzeti kao otežavajuću okolnost, počev od težine i vrste ranije učinjenog djela, pobuda i slično. Međutim, to ne znači da te okolnosti kod novog vrednovanja povrata (kao obavezne otežavajuće okolnosti) nemaju značaja. Jer i kad sud povrat uzme kao obaveznu otežavajuću okolnost te okolnosti mogu da utiču na mjeru kazne. Uslovi koji se traže za postojanje običnog povrata su oni koji se odnose na novo učinjeno i ranije učinjeno krivično djelo i na vremenski interval između tih djela. Za razliku od stanja ranijeg zakonodavstva mora se raditi o umišljajnim krivičnim djelima jer je nehat nespojiv sa konstrukcijom običnog povrata. Nije od značaja vrsta krivične sankcije na koju je učinilac ranije bio osuđen. Ova vrsta povrata će postojati i u slučaju ako novo odnosno ranije učinjeno krivično djelo (ili oba) potpadaju pod konstrukciju krivičnog djela kvalifikovanog težom posljedicom, ali samo onda kada je osnovno djelo iz takve konstrukcije umišljajno.³⁵ Pri tome nije od značaja da li je djelo učinjeno sa direktnim ili eventualnim umišljajem.

³³ Službeni list CG, broj 110/2023

³⁴ Kolarić: Višestruki povrat u krivičnom pravu Srbije - osvrt na Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine, u *Kaznena reakcija u Srbiji X* deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2020, str. 30.

³⁵ Čorović: Povrat u Krivičnom zakoniku Srbije - kritički osvrt na njegovo normativno uređenje, RKKP broj 1-2, Beograd, 2020, str. 11.

Za postojanje povrata potrebno je da je novo krivično djelo učinjeno u roku od pet godina od ranije osude ili izdržane kazne. Ovaj rok se računa od momenta otkrivanja djela ili početka suđenja za novo krivično djelo. Iako ova odredba izgleda jasna i da neće biti problema u praksi, ipak su mogući određeni problemi vezani za početak računanja roka i značenja izraza “ranijih osuda”. Izgleda nam da je pređašnja odredba bila preciznija kada je riječ o “ranijim osudama” jer se izričito odnosila na osude kojima su izrečene određene krivične sankcije ili je učinilac bio oglašen krivim, a oslobođen od kazne. I sada pod “ranijom osudom” treba uzeti pored osude na kaznu i uslovnu osudu, osudu kojom je izrečena sudska opomena, kao i osudu kojom je učinilac oglašen krivim, ali je oslobođen od kazne. Zakonodavac koristi termin “izdržane kazne”, iako se samo kazna zatvora “izdržava”, dok se novčana kazna izvršava, a kazna rada u javnom interesu obavlja, ali nema smetnje da se osude i na ove kazne ne uključuju u konstrukciju povrata. Međutim, mogu da se pojave određeni problemi u vezi sa računanjem rokova, odnosno započinjanja rokova. Tako, nesporno je da kod kazne zatvora petogodišnji rok se računa od dana kada je ta kazna u cjelosti izdržana. Isto tako kad je riječ o sudskoj opomeni, taj rok teče od dana kada je odluka o ovoj sankciji postala pravosnažna. U slučaju oslobođenja od kazne rok teče od dana pravosnažnosti presude. U slučaju uslovnog otpusta rok počinje teći od isteka uslova. Postoje različita mišljenja o računanju rokova kad se radi o uslovnoj osudi. Tako, prema jednom mišljenju, kada je riječ o uslovnoj osudi za umišljajno krivično djelo za postojanje povrata početak roka se uzima istek uslova.³⁶

Po drugom stanovištu kod uslovne osude rok počinje da teče od trenutka osude, odnosno pravosnažnosti presude kojom je ova mjera upozorenja izrečena, s tim da se tu dodaje jedan korektivni kriterij. Ukoliko je učinilac u vrijeme provjere učinio krivično djelo usljed čega dođe do opoziva uslovne osude, onda se u toj situaciji ranija osuda ne može cijeliti prema odredbi o povratu, već će se izreći jedinstvena kazna za krivična djela učinjena u sticaju³⁷, jer se novo djelo ne može dvostruko vrednovati, jednom kao razlog za opoziv uslovne osude i drugi put kao uslov za postojanje povrata. Isto tako, neslaganja postoje i u pogledu odgovora na pitanje kad se uzima da počinje petogodišnji rok od prethodne osude do izvršenja novog krivičnog djela ako je prethodno kao glavna kazna izrečena novčana kazna ili rad u javnom interesu. Po jednom mišljenju, u ovom slučaju računanje roka valja upodobiti

³⁶ Jocić: *op.cit.*...str. 235.

³⁷ Ćorović: *op.cit.*...str. 18.

računanju zatvorske kazne, odnosno od potpune naplaćene novčane kazne ili izdržane kazne zatvora ako je novčana kazna zamijenjena zatvorom, a isto to važi i za rad u javnom interesu.³⁸

Po drugom stanovištu ako je zakonodavac samo izdvojio kaznu zatvora od ostalih osuda i jedino kod ove kazne, a povodom toka roka za povrat, uzima trenutak kada je ono izdržano, onda, *argumentum a contrario*, ukoliko je izrečena neka druga kazna, relevantan je trenutak ranije osude, odnosno kada je ranija presuda postala pravosnažna što važi i za novčanu kaznu i rad u javnom interesu.³⁹

Zastarjelost izvršenja kazne ne sprečava primjenu odredbe o povratu, jer je ranija osuda opstala bez obzira na to što se ne može izvršiti. Ukoliko je učinilac amnestijom ili pomilovanjem oslobođen od krivičnog gonjenja nema osuđujuće presude pa ni povrata jer se učinilac smatra neosuđivanim, a u slučaju djelimične amnestije ili pomilovanja računanje rokova upodobljava se donesenoj odluci.

Zakonik je propisao uslove za postojanje običnog povrata. Međutim, mogu se pojaviti situacije da je neko lice ranije osuđivano, a da ne postoje uslovi za povrat. Tako, može se desiti da je učinilac ranije učinio nehatno krivično djelo, da je novoučinjeno krivično djelo nehatno, da je proteklo više od pet godina između predmetnih djela i slično. Sigurno se u ovoj situaciji ovakav slučaj ne može tretirati kao besprekora raniji život i da se smatra da ta lica nikad nisu osuđivana. Zato se, s pravom, smatra da ovakve situacije treba tretirati kao fakultativnu otežavajuću okolnost i podvesti pod “raniji život učinioca”.⁴⁰

Značajne izmjene učinjene su i u odnosu na višestruki povrat. On više nije osnov za pooštavanje kazne nego osnov za teže kažnjavanje, tj. izricanje kazne iznad polovine raspona propisane kazne za to djelo⁴¹, što znači uvođenje dodatnog posebnog minimuma.⁴² Zakonik, kao i ranije, ne daje definiciju višestrukog povrata, nego određuje njegove elemente. U tom smislu u članu 44 KZ je propisano: “Za krivično djelo učinjeno s umišljajem za koje je propisana kazna zatvora, sud će izreći kaznu iznad polovine raspona propisane

³⁸ Jocić: *op.cit.*...str. 235.

³⁹ Ćorović: *op.cit.*...str. 15.

⁴⁰ Milić: *op.cit.*...str. 240.

⁴¹ Đokić: Istorijski osvrt na institut povrata u srpskom (jugoslovenskom krivičnom) pravu, u “Kaznena reakcija u Srbiji IX deo (ur. Ignjatović), Pravni fakultet u Beogradu, 2019, str. 322.

⁴² Kolarić: *op.cit.*...str. 32.

kazne, ako je učinilac ranije bio dva ili više puta osuđivan za ista ili istovrsna krivična djela učinjena sa umišljajem na kaznu zatvora od najmanje šest mjeseci”. Iako je u mnogim zemljama višestruki povrat dekriminalizovan naš zakonodavac ga je zadržao, ali ga više ne uzima kao pooštavajuću okolnost. Šta je navelo zakonodavca da odustane od višestrukog povrata kao pooštavajuće okolnosti? U literaturi se navodi da su istraživanja pokazala da strože kažnjavanje kod povrata nije doprinijelo prevenciji kriminaliteta, a uz to kažnjava se za nešto za šta je učinilac već kažnjen.⁴³ Analizom naprijed citirane odredbe o višestrukome povratu, osim što više nije pooštavajuća okolnost u odnosu na prijašnje rješenje razlika je i u tome što se više ne traži ograničen interval između ranijih presuđenih krivičnih djela i novoučinjenog krivičnog djela, čime su pooštreni uslovi za konstrukciju višestrukog povrata. Uz to traži se da su u pitanju ista ili istovrsna krivična djela za koja je učinilac osuđivan na kaznu zatvora najmanje šest mjeseci (ranije godinu dana). Izostavljena je ranija odrednica “sklonost ka vršenju krivičnih djela” koja se teško dokazivala i, uglavnom, je izvođena iz ranije osuđivanosti. Svojevremeno je Vrhovni sud Jugoslavije intervenisao stavom da je ovo autonomni i kumulativni uslov čije se postojanje mora utvrđivati a ne samo izvlačiti na osnovu ranije osuđivanosti. Ranija osuđivanost ima uticaja na zaključak o sklonosti ka vršenju krivičnih djela, ali se ta sklonost ne ocjenjuje samo na osnovu ranije osuđivanosti. Radi se o jednoj cjelokupnoj ocjeni ličnosti i logičkom zaključku da kod takvog učinioca postoji spremnost da ponavlja vršenje krivičnih djela.⁴⁴ Zakonodavac je odredio da je za postojanje višestrukog povrata nužno da postoje najmanje dvije osude, ali nije dovoljno samo to, nego se traži da su krivična djela učinjena sa umišljajem i da osude glase na kaznu zatvora najmanje šest mjeseci pojedinačno za svako djelo. Te pojedinačne kazne iz ranijih presuda mogu da budu i za krivična djela u sticaju s tim da je bar jedno od tih djela izvršeno sa umišljajem. Za postojanje višestrukog povrata važna je visina utvrđene kazne u sudskoj odluci, a ne da li je ona izdržana u cjelosti ili djelimično.

Nova konstrukcija povrata, pogotovo višestrukog, naišla je na kritiku. Tako se ističe da je novo zakonsko rješenje povrata najrigidnije u našoj istoriji,⁴⁵ da ono znači dalje zaoštavanje našeg krivičnog zakonodavstva i znači

⁴³ Kolarić: *op.cit.*...str. 31.

⁴⁴ Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2010). Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Tivat, str.140.

⁴⁵ Jocić: *op.cit.*...str.241.

jednu kriminalnopolitički neprihvatljivu korekturu zakonodavstva, s obzirom na činjenicu da su kazne za mnoga krivična djela propisane u izuzetno visokim rasponima.⁴⁶ Drugi zagovaraju da povrat, kao što je slučaj sa mnogim savremenim zakonodavstvima, bude samo kao otežavajuća okolnost kod odmjeravanja kazne.⁴⁷ Ne možemo se oteti utisku da se zakonodavac i kod nekih opštih instituta kao što je povrat, a pogotovo kod nekih inkriminacija, sve više rukovodi praktičnom političkom korišću, s jedne strane pod uticajem tzv. punitivnog populizma i s druge strane zbog poznate zablude da će nove inkriminacije i stroža pravila doprinijeti smanjenju kriminaliteta.

LITERATURA

- 1) Avakumović, Đ. J. (1981). *Teorija kaznenog prava III deo, sveska VIII*, Beograd.
- 2) Đokić, I. (2019). *Istorijski osvrt na institut povrata u srpskom (jugoslovenskom krivičnom) pravu*, u “Kaznena reakcija u Srbiji IX deo (ur. Ignjatović), Pravni fakultet u Beogradu.
- 3) Živanović, T. (1937). *Osnovi krivičnog prava*, Opšti deo, Beograd
- 4) Jovanović, Lj. (1995). *Krivično pravo, Opšti deo*, Policijska akademija, Beograd
- 5) Jovašević, D. (2006). *Krivično pravo opšti deo*, Nomos, Beograd.
- 6) Jocić, D. (2019). *Povrat kao okolnost kod odmjeravanja kazne*, u “Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (Međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)” (ur. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.
- 7) Kolarić, D. (2019). *Krivični zakonik i (ne)adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (sadašnje stanje i nova rešenja)*, u “Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (Međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)” (ur. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor.

⁴⁶ Đokić:op.cit...str.323.

⁴⁷ Kolarić:op.cit...str.211.

- 8) Kolarić, D. (2020). *Višestruki povrat u krivičnom pravu Srbije - osvrt na Zakon o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine*, u *Kaznena reakcija u Srbiji X deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd.
- 9) Lazarević, Lj. (1976). *Krivični zakon SFRJ - nova rješenja u odnosu na institute krivičnog prava*, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 4.
- 10) Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2010). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Tivat.
- 11) Miladinović, V. (1983). *Povrat u krivičnom pravu*, Izdavačka radna organizacija "Svetozar Marković" – Beograd.
- 12) Miladinović, V. (1984). *Pojam i pravna priroda povrata*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš.
- 13) Miladinović, V. (1984a). *Krivičnopravne mere prema povratnicima*, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 11.
- 14) Milić, I. (2020). *Povrat u krivičnom pravu Srbije*, u "Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite (međunarodni pravni standardi, norma i praksa)" (ur. Bejatović), *Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu*, Beograd.
- 15) Mrvić-Petrović, N. (2011). *Krivično pravo, Opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd.
- 16) Perović, M. (1990). *Krivično pravo SFRJ, Opšti dio*, Nikšić.
- 17) Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević Lj. (1978). *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, *Savremena administracija*, Beograd.
- 18) Stojanović, Z. (2008). *Krivično pravo*, Podgorica.
- 19) Stojanović, Z. (2019). *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd.
- 20) Simonović-Patić, B. (2016). *Povrat - kriminološki aspekt*, u "Kaznena reakcija u Srbiji VI deo" (ur. Đ. Ignjatović).
- 21) Službeni list FNRJ br. 106/1947
- 22) Službeni list FNRJ, br. 13/1951
- 23) Službeni list FNRJ, br. 30/1959
- 24) Službeni list SFRJ, br. 44/1976
- 25) Službeni list SFRJ, br. 44/1976
- 26) Službeni list SRJ, br. 35/1992

- 27) Službeni list RCG, br. 70/2003
- 28) Službeni list CG, broj 110/2023
- 29) Tahović, J. (1956). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- 30) Tahović, J. (1961). *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd.
- 31) Ćorović, E. (2020). *Povrat u Krivičnom zakoniku Srbije - kritički osvrt na njegovo normativno uređenje*, RKKP broj 1-2, Beograd.
- 32) Čubinski, M. (1930). *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 29.01.1929. godine*, Beograd.
- 33) Čejović, B. (1979). *Krivično pravo, Opšti deo*, "Privredna štampa" Beograd.

Radulovic Darko⁴⁸**Radulovic Dijana⁴⁹****RELAPSE IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF MONTENEGRO**

Abstract: *The issue of recidivism, or the repeated commission of criminal offenses, and the need to treat such offenders differently compared to first-time offenders has long occupied the attention of not only the scientific and professional public, but also the public in general. Repetition of a crime, especially if the previously imposed sentence for that crime had been executed, indicates that a repeated crime requires a different response, usually a more severe one than in the case of the first-time offence. This point of view has been elaborated in legislation in terms of stricter treatment of repeat offenders. Although the prevailing view in doctrine, especially modern doctrine, is that a more severe punishment is not an adequate solution to the problem of recidivism, the legislator has recently opted for intensified repression as a response to the behaviour of offenders against whom previously imposed criminal sanctions have not achieved their aim. The paper is divided into several parts. The concept, legal nature of recidivism and types of recidivism are presented first. This is followed by a historical overview of relapse in the criminal legislation of Montenegro, and the central issue is the analysis of relapse in the new Criminal Code of Montenegro, which has introduced numerous innovations compared to the previously applicable legislation related to this concept.*

Key words: *criminal offence, perpetrator, criminal sanction, relapse.*

⁴⁸ Ph.D. Associate professor, Faculty of Law in Podgorica, University of Montenegro

⁴⁹ Judge of the Appellate Court of Montenegro

Издавач:

Удружење правника Републике Српске

За издавача:

Академик проф. др Витомир Поповић

Лектура:

Драгана Брковић

Припрема за штампу:

Даниел Грујић

Штампа:



За штампариију:

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.
