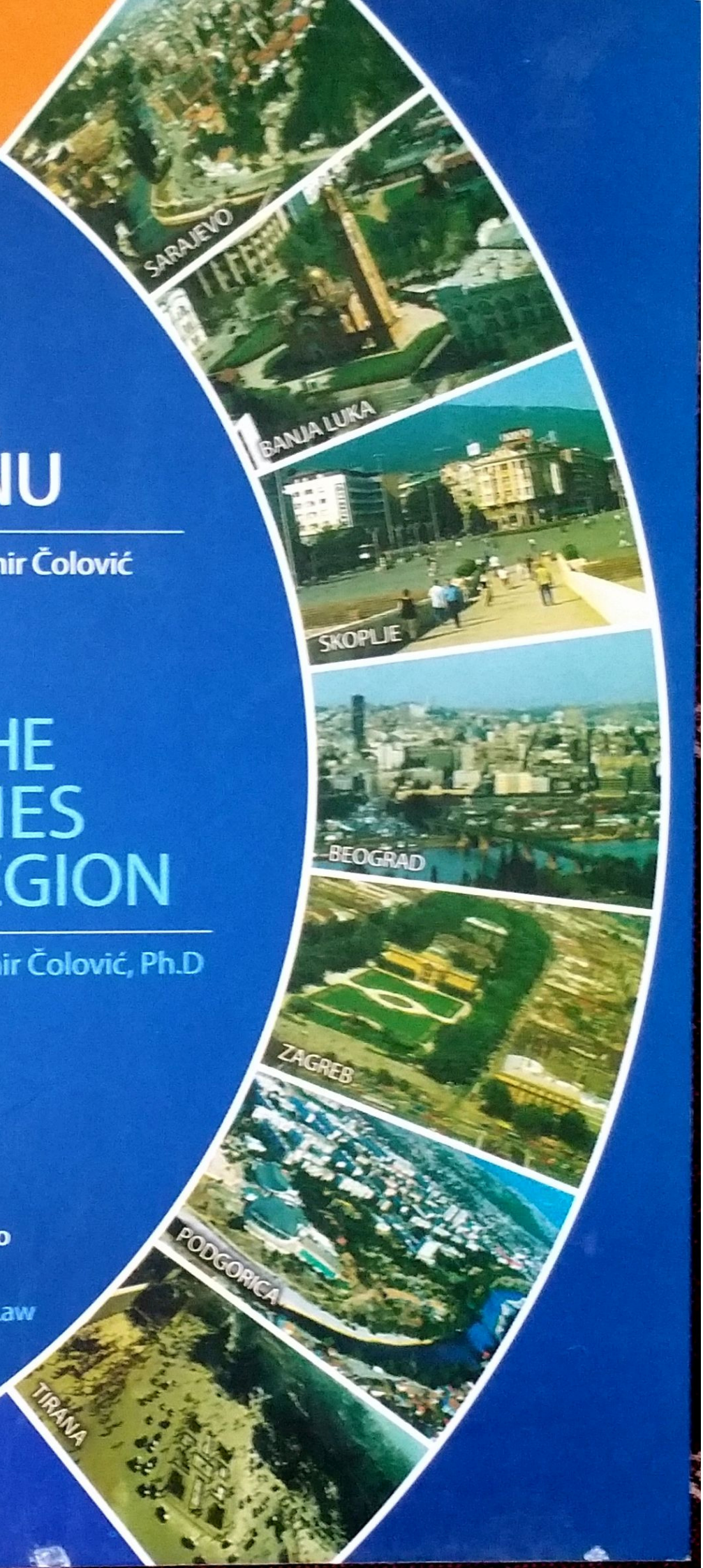
PRAVO ZEMALJA U REGIONU

Priredio: Prof.dr Vladimir Čolović

LAW OF THE COUNTRIES IN THE REGION

Edited by: Prof. Vladimir Čolović, Ph.D



Institut za uporedno pravo
Beograd, 2010.

Institute of Comparative Law
Belgrade, 2010.

PRAVO ZEMALJA U REGIONU

Priredio: Prof.dr Vladimir Čolović

LAW OF THE COUNTRIES IN THE REGION

Edited by: Prof.Vladimir Čolović, Ph.D

Institut za uporedno pravo
Beograd 2010.

Institute of Comparative Law
Beograd 2010.

Recenzenti:
Dr Jovan Ćirić
Prof.dr Zdravko Petrović
Prof.dr Dragan Mrkšić

SADRŽAJ:

UVODNA REČ 11

1. Prof.dr Duško Medić
   REFORMA PARNIČNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI 15

2. Prof.dr Miodrag Simović, Mr Marina Simović
   SUĐENJE U KRIVIČNIM PREDMETIMA: NOVA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE I NJEN UTICAJ NA BH. PRAVO I PRAKSU 38

3. Prof.dr Nataša Mrvić Petrović
   ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE U DRŽAVAMA BALKANSKOG REGIONA 56

4. Prof.dr Renata Treneska Deskoska
   COMMITTEE AND COMMISIONS FOR INTER-COMMUNITY RELATIONS AS INSTRUMENTS FOR INTER-ETHNIC DIALOGUE IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA 74

5. Prof.dr Ljubiša Dabić
   PORESKO SAVETOVANJE U REPUBLICI SRPSKOJ I DRUGIM ZEMLJAMA U REGIONU 89

6. Prof.dr Milan Milošević
   PRAVNI OKVIRI PRIVATNE BEZBEDNOSTI – REŠENJA REPUBLIKE CRNE GORE, REPUBLIKE HRVATSKE I REPUBLIKE MAKEDONIJE 113

7. Prof.dr Nataša Delić
   POJAM KRIVICE U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU MAKEDONIJE 126

8. Dr Aleksandra Rabrenović, Mr Damir Ahmetović
   RAZVOJ SISTEMA OCENE RADA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U BOSNI I HERCEGOVINI – OD TRADICIONALNOG KA SAVREMENOM MODELU OCENJIVANJA 145

9. Dr Dragan Prlja
   E-UPRAVE U EVROPSKOJ UNIJI I ZEMLJAMA U REGIONU JUGOISTOČNE EVROPE 158

10. Doc.dr Vladimir Đurić
SLOBODA VEROISPOVESTI I PRAVNI SUBJEKTIVITET CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA U ZEMLJAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE 182

11. Prof.dr Goran Koevski
RASPOLOŽLIVI NAČINI NA PRIBLIŽUVANJE NA NACIONALNOTO TRGOVSKO PRAVO NA REPUBLIKA MAKEDONIJA SO TRGOVSKOTO PRAVO NA EVROPSKATA UNIJA.....202

12. Dejan Kostovski
STEČAJNIOT DOLŽNIK KAKO UČESNIK VO PLATNIOT PROMET SPORED ZAKONODAVSTVOTO NA REPUBLIKA MAKEDONIJA.....218

13. Prof.dr Maja Kostić Mandić
AUTONOMIJA VOLJE KAO TAČKA VEZIVANJA ZA UGOVORE SA STRANIM ELEMENTOM U PRAVU CRNE GORE.....234

14. Prof.dr Stanko Bejatović
TUŽILAČKI KONCEPT ISTRAGE KAO JEDNO OD OBELEŽJA SAVREMENOG KRIVIČNOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA U ZEMLJAMA BIVŠE SFRJ I U SRBIJI 242

15. Berislav Matijević
PRAVA OSOBNOSTI (LIČNOSTI) U HRVATSKOM PRAVU.....266

16. Dr Monika Milošević
JAVNI BELEŽNIK – ZAKONSKA REŠENJA HRVATSKE, CRNE GORE I REPUBLIKE SRPSKE 285

17. Dr Jelena Ćeranić
STRATEGIJA REGULATORNE REFORME: HRVATSKA, FEDERACIJA BIH I CRNA GORA 301

18. Mr Dejan Šuput
SPORTSKO PRAVO U REPUBLICI HRVATSKOJ 316

19. Mr Mario Reljanović
ZABRANA DISKRIMINACIJE U BOSNI I HERCEGOVINI - PRAVNI OKVIR I PRAKSA -.....334

20. Dr Vladimir Urošević, Mr Sergej Uljanov, Mr Zvonimir Ivanović
PRESEK STANJA TRGOVINE LJUDIMA U DRŽAVAMA NA PODRUČJU BIVŠE SFRJ.....349

21. Doc.dr Marijana Dukić-Mijatović
PREGLED ZAKONSKIH PROCEDURA U POSTUPKU UTVRĐIVANJA POTRAŽIVANJA STEČAJNIH ZAKONA U REGIONU.....368

22. Doc.dr Darko Marinković, Doc.dr Saša Mijalković
SPECIJALNI ISTRAŽNI METODI U KRIVIČNIM POSTUPCIMA ZEMALjA „DRUGE JUGOSLAVIJE“ – KOMPARATIVNA ANALIZA 391

23. Anđelka Plavšić Nešić
ORGANIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI I CRNOJ GORI.....412

24. Mr Katarina Jovičić
ARBITRAŽNO PRAVO DRŽAVA U REGIONU ZAPADNOG BALKANA.436

25. Mr Vesna Ćorić Erić, Dr Jelena Ćeranić
USKLAĐENOST PRAVNOG SISTEMA BOSNE I HERCEGOVINE SA STANDARDIMA EVROPSKE UNIJE U DOMENU ZAŠTITE OD PROTIVPRAVNOG PROMETA KULTURNIM DOBRIMA 456

26. Luka Breneselović
NEKOLIKO BELEŠKI UZ NACRT OPŠTEG DELA NOVOG HRVATSKOG KAZNENOG ZAKONA.....474

27. Branko Pavlica
O IZMENI MAKEDONSKOG USTAVA OD 7. DECEMBRA 2005.....485

28. Tamara Đurđić
NEKA PITANJA NEMATERIJALNE ŠTETE U ZAKONODAVSTVIMA POJEDINIH ZEMALJA BIVŠE JUGOSLAVIJE.....500

29. Katarina Tasić
ZABLUDA I NJEN ODNOS SA KAUZOM UGOVORA 512

30. Mladen Tišma
OSAMNAEST GODINA USTAVA REPUBLIKE SRPSKE.....528

31. Prof.dr Vladimir Čolović
OSNOVNE KARAKTERISTIKE REGULISANJA STEČAJA OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U HRVATSKOJ, CRNOJ GORI I REPUBLICI SRPSKOJ (sa osvrtom na pravo EU i zakonodavstvo Srbije).....549

TABLE OF CONTESTS:

FOREWORD.....13

1. Prof.Duško Medić, Ph.D
   REFORM IN LITIGATION PROCEDURE
   IN BOSNIA AND HERZEGOVINA 37

2. Prof. Miodrag Simović, Ph.D, Marina Simović M.A.
   TRIAL PROCEEDINGS IN CRIMINAL CASES: NEW PRACTICE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND HER EFFECT IN BH. LAW AND PRACTICE 55

3. Prof. Nataša Mrvić Petrović, Ph.D
   ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS IN BALKAN COUNTRIES.....73

4. Prof. Renata Treneska Deskoska, Ph.D
   COMMITTEE AND COMMISIONS FOR INTER-COMMUNITY RELATIONS AS INSTRUMENTS FOR INTER-ETHNIC DIALOGUE IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA 74

5. Prof. Ljubiša Dabić, Ph.D
   TAX COUNSELLING IN THE REPUBLIC OF SRSKA AND OTHER COUNTRIES IN THE REGION 112

6. Prof. Milan Milošević, Ph.D
   LEGAL FRAMEWORK OF PRIVATE SECURITY – SOLUTION APPLIED IN THE REPUBLIC OF MONTENEGRO, REPUBLIC OF CROATIA AND REPUBLIC OF MACEDONIA 125

7. Prof. Nataša Delić, Ph.D
   NOTION OF GUILT IN CRIMINAL CODE OF MACEDONIA 144

8. Aleksandra Rabrenović, Ph.D, Damir Ahmetović, LLM
   DEVELOPMENT OF PERFORMANCE APPRAISAL SYSTEMS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – FROM TRADITIONAL TOWARDS CONTEMPORARY MODEL OF PERFORMANCE APPRAISAL 157

9. Dragan Prlja, Ph.D
   E-GOVERNMENTS IN EUROPEAN UNION AND COUNTRIES OF THE SOUTHEASTERN EUROPE 181

10. Ass.Prof. Vladimir Đurić, Ph.D
    FREEDOM OF RELIGION AND THE LEGAL PERSONALITY OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE FORMER YUGOSLAV COUNTRIES 201

11. Prof. Goran Koevski, Ph.D
AVAILABLE MODELS FOR HARMONIZATION OF THE MACEDONIAN BUSINESS LAW WITH THE EU BUSINESS LAW 215

12. Dejan Kostovski
BANKRUPTCY DEBTOR AS A PARTICIPANT OF PAYMENTS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA 233

13. Prof. Maja Kostić Mandić, Ph.D
PARTY AUTONOMY AS A CONNECTING FACTOR IN THE FIELD OF CONTRACTS WITH FOREIGN ELEMENT IN THE LAW OF MONTENEGRO 241

14. Prof. Stanko Bejatović, Ph.D
PROSECUTORIAL CONCEPT OF INVESTIGATION AS ONE OF THE SYMBOLS OF MODERN CRIMINAL PROCESS LEGISLATION IN THE FORMER YUGOSLAVIA AND IN SERBIA 265

15. Berislav Matijević
THE RIGHTS OF PERSONALITIES IN CROATIAN LAW 284

16. Monika Milošević, Ph.D
NOTARY – LEGISLATIONS IN CROATIA, MONTENEGRO AND REPUBLIC OF SRPSKA 300

17. Jelena Ćeranić, Ph.D
REGULATORY REFORM STRATEGY: CROATIA, FEDERATION BIH AND MONTENEGRO 315

18. Dejan Šuput, LLM
SPORTS LAW IN THE REPUBLIC OF CROATIA 333

19. Mario Reljanović, LLM
ANTIDISCRIMINATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICE 348

20. Vladimir Urošević, Ph.D, Sergej Uljanov, LLM, Zvonimir Ivanović, LLM
PROBLEM OF THE HUMAN TRAFFICKING IN THE COUNTRIES OF THE FORMER YUGOSLAVIA 367

21. Ass.Prof. Marijana Dukić-Mijatović, Ph.D
OVERVIEW OF LEGAL PROCEDURES IN THE PROCESS OF DETERMINING THE CLAIMS OF BANKRUPTCY LAWS IN THE REGION 390

22. Ass.Prof. Darko Marinković, Ph.D, Ass.Prof. Saša Mijalković, Ph.D
SPECIAL INVESTIGATION METHODS WITHIN CRIMINAL PROCEDURES OF THE COUNTRIES OF FORMER YUGOSLAVIA – COMPARATIVE ANALYSIS 411

23. Anđelka Plavšić Nešić
ORGANIZATION OF THE STATE ADMINISTRATION IN THE REPUPLIC OF SERBIA AND MONTENEGRO 434

24. Katarina Jovičić, LLM
ARBITRATION LAW OF THE STATES IN THE WESTERN BALKAN REGION 455

25. Vesna Ćorić Erić, LLM, Jelena Ćeranić, Ph.D
COMPATIBILITY OF THE LEGAL FRAMEWORK OF BOSNIA AND HERZEGOVINA WITH THE EUROPEAN UNION STANDARDS FOR THE PROHIBITION OF THE ILLICIT TRAFFIC IN CULTURAL GOODS.....473

26. Luka Breneselović
A FEW NOTES TO THE DRAFT OF GENERAL PART OF THE NEW CROATIAN CRIMINAL CODE.....484

27. Branko Pavlica, Ph.D
ON THE CHANGES TO THE MACEDONIAN CONSTITUTION OF 7 DECEMBER 2005 498

28. Tamara Đurđić
NON-MATERIAL DAMAGES IN LEGISLATION OF SOME FORMER YUGOSLAVIA COUNTRIES 511

29. Katarina Tasić
MISTAKE AND ITS RELATION TO THE CONTRACT CAUSE.....527

30. Mladen Tišma
EIGHTEEN YEARS OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA.....548

31. Prof. Vladimir Čolović, Ph.D
GENERAL CHARACTERISTICS OF REGULATION OF THE BANKRUPTCY OF INSURANCE COMPANIES IN CROATIA, MONTENEGRO AND REPUBLIC OF SRPSKA (with reference to EU law and legislation of Serbia) 566

UVODNA REČ

Reč region ima nekoliko značenja. Ako govorimo o geografskom, tada se radi o predelu, kraju, oblasti, području i sl. Ako govorimo o društveno-političkom značenju, tada mislimo na pokrajinu, društveni red ili, opet, oblast, odnosno, područje. U medicinskom značenju region označava deo tela ili vazdušni sloj. U širem značenju regionom se naziva neka teritorija, provincija, okrug, administrativno područje, itd. No, na prostoru, na kome se nalazimo, region označava područje koje obuhvata šest zemalja. Takođe, taj region se naziva i zapadni Balkan, kome pripadaju Republika Hrvatska, Republika Bosna i Hercegovina, Republika Crna Gora, Republika Makedonija, Republika Srbija i Republika Albanija. Na tom prostoru se, pre ratova devedesetih godina, nalazila SFR Jugoslavija, zemlja koja se sastojala od pet prvonavedenih država (osim Albanije), ali je u svom sastavu obuhvatala i Republiku Sloveniju, koja je 2004. godine postala članica Evropske unije. Imajući u vidu da su druge zemlje, koje se nalaze na Balkanu, takođe, članice Evropske unije (osim Turske), možemo reći da region sačinjavaju one zemlje koje nisu ili, još uvek nisu, postale članice navedene organizacije.

Nakon raspada SFRJ i stvaranja novih država na navedenoj teritoriji, postavilo se pitanje da li će, ikada, u bilo kom obliku, doći do ponovnog povezivanja tih zemalja, tj. da li će, bar, doći do ponovne harmonizacije pojedinih propisa, imajući u vidu neminovnu ekonomsku povezanost na ovim prostorima. Činjenica je da će proći dosta vremena do te harmonizacije, ali treba imati u vidu, da svi pravni sistemi ovih zemalja imaju isti osnov, koji je činila zajednička država. Razlike, u pravnim sistemima koje su postojale u tadašnjim delovima zajedničke države, nisu, u potpunosti, mogle biti prevaziđene. One su bile vidljive i u vreme SFRJ, kada smo mogli razlikovati savezno i republičko zakonodavstvo. No, zajednička država i zajednički koreni prava doprineli su da možemo govoriti o zajedničkim karakteristikama pravnih sistema zemalja u regionu i danas, skoro dvadeset godina nakon početka raspada zajedničke države.

Sedamdeset tri godine postojanja zajedničke države, bilo je dovoljno da se taj osnov zadrži i do danas, koji se ogleda u saradnji i povezivanju, ne samo zbog činjenice da je postojala zajednička država i da će, do čvršćeg povezivanja, doći i u okviru Evropske unije, već i zbog činjenice da je prisutna svakodnevna povezanost između građana ovih zemalja, koja se ogleda u čestim i stalnim prelascima preko granica velikog broja ljudi, državljana svih zemalja – bivših država SFRJ, zatim da ti ljudi koriste veliki broj proizvoda koji se proizvode u ovim zemljama i, konačno, da se radi o prirodnoj povezanosti sličnih ili istih naroda, bez obzira na razlike u religiji, naciji, političkim shvatanjima, itd. No, govoreći o regionu i SFRJ, ne smemo zaboraviti Albaniju, koja je imala svoj put u razvoju prava.

Skoro dvadeset godina nakon početka ratova na ovim prostorima, ponovo se govori o pitanjima i problemima u primeni prava koji su isti ili slični u svim navedenim državama. Sigurno je da je došlo do određenih promena u pravima pojedinih država, koje su posledica mnogih okolnosti, vezanih za svaku zemlju

pojedinačno, ali je sigurno da je ostalo, kao što smo rekli, mnogo toga zajedničkog, odnosno, da je dalji razvoj prava u svim ovim sistemima imao tu, zajedničku, liniju, koja je i doprinela da se ponovo govori o zajedničkim problemima u primeni prava i različitostima, koje krase svaki od pravnih sistema država u regionu.

Jedan od problema, koji je proizveo posledice u stvaranju novih zakonodavnih sistema novonastalih država u regionu je pitanje statusa država nakon raspada zemlje. Možemo reći da su sve novostvorene države – države sukcesori u odnosu na SFRJ. Isto tako, SR Jugoslavija je bila država sukcesor u odnosu na SFRJ, sve do konstituisanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora. Naravno, nakon raspada Državne zajednice, Srbija i Crna Gora su, takođe, sukcesori u odnosu na SFRJ. Sve bivše republike SFRJ su u Beču potpisale Sporazum o pitanjima sukcesije 29.juna 2001. godine, u kome je definisano da sve novostvorene države na tlu bivše SFRJ predstavljaju države sukcesore, uključujući i tadašnju SR Jugoslaviju.

Zbornik „Pravo zemalja u regionu“ obuhvata članke koji se odnose na različite oblasti prava. Broj tih oblasti nije dozvolio da se oni sistematizuju, ali, nije bilo, u ovom trenutku, moguće realizovati provobitnu ideju da se napravi zbornik, koji bi se sastojao od nekoliko svezaka, odnosno, knjiga, koje bi obuhvatale šire oblasti prava – krivičnopravnu materiju, građanskopravnu materiju, ustavnopravnu, itd. Sigurno je da bi se, tada, u potpunosti ispunilo ono što je i osnovni cilj i ovog Zbornika, a to je detaljnija uporednopravna analiza pravnih sistema država u regionu. No, moguće je, u skorije vreme, očekivati i takav projekat.

U ovom Zborniku se nalaze članci koji se odnose na više oblasti, obuhvatajući i navedene, a, isto tako, obuhvatajući i neke nove naučne discipline, koje moramo posmatrati odvojeno. Iz sadržine tih članaka možemo da zaključimo da povezanost pravnih sistema ovih država, o kojoj je bilo reči, još uvek postoji, odnosno, da su problemi primene prava isti. Osim toga, autori članaka, koji čine ovaj Zbornik, su različiti, kako po svom statusu, tako i po institucijama u kojima rade. Tako, članke su pisali profesori i docenti Pravnih fakulteta, kao i Ekonomskog fakulteta, naučni radnici sa Instituta (ne samo Instituta za uporedno pravo), sudije Ustavnih sudova i sudije nižih sudova, stručnjaci koji se bave konsaltingom, kolege koji rade u državnim organima, itd. Ono što je interesatno i što može da raduje, odnosi se na činjenicu da su autori nekoliko članaka studenti postdiplomskih i osnovnih studija. Veoma je bitno da mladi ljudi koji se bave pravnom (i ne samo pravnom) naukom, uzmu učešća u analizi ne samo onoga što je bilo, kao i onoga što sad primenjujemo kao pravo, već i onoga što će biti neki budući osnov za razvijanje prava na prostoru država u regionu.

Očekujemo, u daljim godinama, da će se više govoriti o zajedničkim karakteristikama, kao i različitostima pravnih sistema zemalja u regionu. Očekujemo da će se o tome govoriti i onda, kada, sve te države ili većina njih, postanu članice Evropske unije. Isto tako, smatramo da bi bilo neophodno da se što veći broj institucija uključi u organizovanje ovakvih projekata i objavljivanje Zbornika i drugih zbirki članaka, koji bi se bavili ovom temom.

Beograd, 2010.

Prof.dr Vladimir Čolović
Institut za uporedno pravo u Beogradu

FOREWORD

The word region has several meanings. If we talk about geographic sense, then it is a region, field, area, etc. If we are talking about socio-political sense, then think of the province, social order or, again, the area. The medical meaning of the region indicates the part of the body or the air layer. In a broad sense the region is called a territory, province, district, administrative area, and so on. However, in the area, where we are, the region means an area that covers six countries. These countries are Republic of Croatia, the Republic of Bosnia and Herzegovina, Repblic of Montenegro, Republic of Macedonia, Republic of Serbia and the Republic of Albania. Also, we call this region the Western Balkan. In this area, before the wars nineties, was located the SFR Yugoslavia, a country consisting of five abovementioned countries (except Albania), but in its composition was include the Republic of Slovenia, which in 2004. became a member of the European Union. Bearing in mind that other countries, which are located in the Balkans, are also members of the European Union (except Turkey), we can say that the region consists of those countries that have not or have not yet, become the members of this organization.

After the breakup of SFR Yugoslavia and the creation of new states in the specified territory, the question whether, ever, in any form, come to re-connect these countries, ie., if you will, at least, get to re harmonization of certain regulations, bearing in mind the necessarily economic relationships in this region. The fact is that it will take considerable time to the harmonization, but it should be borne in mind that all legal systems of these countries have the same basis, which formed the joint state. Differences in legal systems that existed in the common parts of the country then, not, in its entirety, can be overcome. They were visible at the time of Yugoslavia, when we could distinguish between federal and republican legislation. However, the joint state and common law roots contributed that we can talk about the common features of legal systems of the countries in the region today, almost twenty years after the dissolution of the joint state.

Seventy-three years of existence of a common state, it is sufficient to maintain the grounds and up to date, which is reflected in the collaboration and networking, not only because of the fact that there was a joint state and that, to the stronger connections come in the European Union but also due to the fact that we have present daily connections between citizens of these countries, which is reflected in the frequent and continuous transition across the boundaries of many people, citizens of all countries - the former Yugoslavia countries, and that these people use many products that are produced in these countries and, finally, that it is a natural connection with similar or the same people, regardless of differences in religion, nation, political beliefs, etc.. But, speaking of the region and Yugoslavia, we must not forget Albania, which had its way in the development of law.

Almost twenty years after the beginning of the wars in this region, we can, again, speaking about the issues and problems in the implementation of laws that are the same or similar in all these countries. It is certain that there has been some changes in the laws of individual states, which are a result of many circumstances relating to each country individually, but it is certain that the have, as we say, many common characteristics. The further development of laws have a common line, which is

contributed that we must, again, talking about the common problems of law and diversity, in of the legal systems of countries in the region.

One of the problems that produced effects in the creation of new regulatory systems of new countries is the question of the country's status after the collapse of the country. We can say that all new states are the states successors to the SFR Yugoslavia. Also, the Federal Republic of Yugoslavia was the successor state to the SFRY, to the constitution of the State Union of Serbia and Montenegro. Of course, after the collapse of the state union, Serbia and Montenegro are also the state successors to the SFR Yugoslavia. All former Yugoslav republics have signed the Vienna Agreement on Succession issues in June, 29 2001th, which is defined for all newly created states in the former Yugoslavia are the successor states.

Collection of articles „The right of countries in the region" includes the articles that relate to different areas of law. The number of these areas did not allow them to systematize. The original idea in defining of the theme of this Collection of articles is to publish more volumes and each of these volumes would be dedicated to one field of law - criminal matter, Civil Law matter, constitutional, and so on. But, in this moment, that is impossible. It is sure to be, then, is fully met what is the main goal of this Collection. This goal is more detailed comparative analysis of the legal systems of countries in the region. However, it is possible in the near future.

This Collection of articles contains several articles related to several areas, including the abovementioned, and, as such, including a new scientific discipline, which we considered separately. From the content of these articles, we can conclude that the connection of legal systems of these countries, still exists, and these legal systems have the same problems in the application of law. In addition, the authors of these articles, are different, by their position, and by the institutions in which they work. Thus, articles were written by professors and assistant professors of the Faculty of Law and Economic Faculty, researchers from the Institute (not just the Institute of Comparative Law), Constitutional Court judges and judges of lower courts, the professionals involved in consulting, colleagues who work in government agencies, and so on. What is interesting and it can rejoice, refers to the fact that the authors of several articles are postgraduate students and undergraduate studies. It is very important that young people involved with the legal (and not just legal) doctrine, take part in the analysis of the application of laws in the countries in region. This creates a base for further development of law.

We can expect, in further years, that will be more talk about the common characteristics and diversity of legal systems of the countries in the region. We can expect to talk about it and then, when all of the states in the region or the majority of them, become the members of the European Union. Also, we believe that it would be necessary that the larger number of institutions involved in organizing these projects, and publish collections of articles and other written forms, which deal with this issue.

Belgrade, 2010.

Prof. Vladimir Čolović, Ph.D
Institute of Comparative Law in Belgrade

Prof dr Duško Medić
sudija Ustavnog suda Republike Srpske i
profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta "Apeiron" Banja Luka

REFORMA PARNIČNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt

Zakoni o parničnom postupku Republike Srpske i Federacije BiH sadrže mnogo novina kojima se značajno ubrzava cjelokupni parnični postupak pred sudom. Mnoga rješenja u ovim zakonima su potpuno nova, dok su pojedina nekritički preuzeta iz anglosaksonskog pravnog sistema. Nadamo se da će nakon početnih teškoća, koje su u ovakvim situacijama neminovne, stanje u ovoj oblasti biti sve bolje i da će prava vrijednost ovih zakona ipak doći do punog izražaja.

Ključne riječi: parnični postupak, sistematika zakona, osnovna načela, pravni lijekovi.

1. Uvod

Parnični postupak je opšta, redovna i osnovna metoda zaštite ugroženih ili povrijeđenih subjektivnih građanskih prava, koju pruža državna pravosudna organizacija. Stoga se parnični postupak označava kao «redovni put pravne zaštite» u području građansko pravnih odnosa.[1]

Sve do donošenja novih procesnih zakona koji normiraju parnični postupak iz 2003. godine, u Republici Srpskoj se primjenjivao bivši jugoslovenski Zakon o parničnom postupku iz 1977. godine sa naknadnim izmjenama i dopunama,[2] a u Federaciji Bosne i Hercegovine Zakon o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine,[3] koji su imali veoma slične odredbe.[4] Sudovi u svom radu do tada nisu bili dovoljno efikasni, što se odražavalo na sve sfere društvenog života, pa se

[1] S.Triva, V.Belajec i M.Dika, Građansko parnicno procesno pravo, Zagreb, 1986, str. 3.
[2] Zakon o parničnom postupku, Službeni list SFRJ br. 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, Službeni glasnik RS br. 17/93, 14/94, 32/94.
[3] Službene novine Federacije BiH br. 42/98 i 3/99.
Ovim zakonom su, u načelu, preuzeta rješenja do tada važećeg parničnog postupka, s tim što su izvršena određena terminološka usklađivanja, a u manjoj mjeri izmijenjeni neki instituti.
[4] Naše dotadašnje građansko-procesno pravo je, ustvari, počivalo na postavkama poznatog Kleinovog austrijskog zakona iz 1895. godine koji je ocjenjen kao najbolje zakonodavno djelo te vrste u Evropi svoga vremena, ali protekom vremena se značajno promijenilo društvo i uopšte svijest ljudi, kao i sav socijalni milje u kome se ova pravila primjenjuju.

ukazivala potreba revizije čitavog niza instituta. Bilo je neophodno da se uvaže prijedlozi i sugestije sudske prakse izraženi kao rezultat dugogodišnjih iskustava, a morala se uzeti u obzir i specifična situacija koja je u Bosni i Hercegovini nastala stupanjem na snagu Opšteg okvirnog sporazuma za mir i inkorporisanjem Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u naš pravni sistem.[5] Takođe, trebalo je imati u vidu i to da globalni civilizacijski, posebno vrtoglavi tehnički i tehnološki razvoj determiniše i modernizaciju procesnog prava, koje nužno mora da odražava kvalitete vremena u kome živimo.[6] Zbog toga se u Bosni i Hercegovini stalo na stanovište da je potrebno izvršiti temeljitu reformu građanskog procesnog prava u okviru cjelokupne transformacije pravosuđa i jačanja njegovog autoriteta i nezavisnosti, u kontekstu izražene želje za afirmacijom pravne države uopšte. Radi ostvarenja ovih ciljeva, novim zakonima u domenu funkcionalnog procesnog prava redizajnirani su mnogi procesni instituti i kreiran veliki broj novih pravila. U nastojanju da poveća efikasnost u rješavanju predmeta iz ove oblasti zakonodavac je učinio niz raznovrsnih intervencija, kako bi strankama suzio manevarski prostor za opstrukciju i odugovlačenje postupka. Novo parnično procesno zakonodavstvo otjelotvoreno je, prije svega, u Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske (ZPP RS)[7] i Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZPP Federacije BiH),[8] čije su odredbe gotovo identične,[9] pa ćemo ih zato razmatrati istovremeno.[10] Pored ovih zakona, donesen je i Zakon o parničnom postupku pred

[5] Posebno je interesantna primjena člana 6. ove Konvencije koji se odnosi na pravo na pravično suđenje. O zahtjevu razumnog roka iz pomenutog člana Konvencije v. G. Stanković i N. Petrušić, Novine u građanskom procesnom pravu, Niš, 2005, str. 28-29; Lj. Veljić, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku, Pravni život, br. 12/05, str. 139-151; S. Ćurković, Član 6. zahtjev razumnog roka, Bilten Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 2,3,4/06, str. 143-146; M. Ninković, Pravo na pravično suđenje u razumnom roku, Pravni život, br. 12/06, str. 97-104;N. Radonjić, Suđenje u razumnom roku, Pravni život, br. 12/06, str. 105-110.

[6] Potvrdu takvog pristupa odavno su potvrdile i teme Osme svjetske konferencije o procesnom pravu, koja je održana u Utrehtu od 24-28.8.1987. godine.

[7] Službeni glasnik RS br. 58/03, 85/03 i 74/05.

[8] Službene novine Federacije BiH br. 53/03.

[9] Ostvaren je najveći mogući stepen usklađenosti ovih zakona, pa je na jedinstven način građanima obezbjeđena zaštita i ostvarivanje njihovih prava pred sudovima u BiH.

[10] Šire o tome: D. Medić, Osvrt na Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Pravni život, br. 12/03, str. 127-140; R. Račić, Osvrt na Zakon o parničnom postupku Republike Srpske, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 7-8/03, str. 288; G. Bubić, Važnije novine u Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske, Pravni savjetnik, br. 12/03, str. 29-40; S. Omanović – ABA CEELI, Udruženje sudija-sudaca u FBiH, Udruženje sudija i tužilaca u RS, u saradnji sa Nezavisnom pravosudnom komisijom: Komentari na Nacrte Zakona o parničnom postupku i Zakona o izvršnom postupku, Sarajevo 2002; S. Selimović, Osvrt na Zakon o parničnom postupku Federacije BiH, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2004, str. 273-282; Z. Kulenović, S. Mikulić, S. Milišić-Veličkovski, J. Stanišić i D. Vučina, Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj, Sarajevo, 2005; M. Porobić, V. Porobić i J. Porobić, Zakoni o parničnom postupku (Federacija BiH, Republika Srpska i Brčko Distrikt BiH) sa komentarom i sudskom praksom, Sarajevo, 2004; E. Zečević, Komentar Zakona o parničnom postupku, Sarajevo, 2004.

Sudom BiH,[11] kao i Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine,[12] kojima se u ovom radu nećemo posebno baviti.[13]

2. Sistematika zakona

ZPP RS i ZPP Federacije BiH imaju po 461 član i sastoje se iz 6 dijelova.

Prvi dio čine osnovne odredbe i njima se uređuju načela i nadležnost suda.[14] U drugom dijelu sadržane su odredbe o postupku pred prvostepenim sudom i postupak po pravnim lijekovima.[15] Treći dio propisuje sudske mjere obezbjeđenja, koje su iz zakona o izvršnom postupku prebačene u ovaj zakon.[16] Četvrti dio sadrži opšte odredbe, koje se odnose na stranke i njihove zakonske zastupnike, punomoćnike, jezik u postupku, vrijednost spora, rokove i ročišta, podneske, dostavu pismena, pregledanje i prepisivanje spisa, suparničare, učestvovanje trećih lica u parnici, zapisnike, prekid postupka, troškove postupka, nepoštivanje suda i pravnu pomoć.[17] U petom dijelu regulisani su posebni postupci – posupak u parnicama iz radnih odnosa, postupak u parnicama zbog smetanja posjeda, postupak u sporovima male vrijednosti i postupak pred arbitražom.[18] Šesti dio se odnosi na prelazne i završne odredbe.[19]

Promjene u sistematici zakona učinjene su sa namjerom da se što prije uredi tok postupka, a da se ostala opšta pitanja regulišu poslije ovih odredbi, što je i urađeno, s tim što zakon prije toka postupka sadrži samo odredbe o osnovnim načelima i nadležnosti suda.

---

[11] Službeni glasnik BiH br. 36/04.

[12] Prečišćeni tekst je objavljen u Službenom glasniku Brčko Distrikta BiH,br. 31/06.

[13] O reformi građanskog procesnog zakonodavstva u Republici Srbiji v. V. Rakić-Vodinelić, Novo građansko procesno zakonodavstvo u Srbiji, u Novine u građanskim postupcima, Zbornik radova, Beograd, 2005, str. 5-31; V. Petrović-Škero, Novine u Zakonu o parničnom postupku, u u Novine u građanskim postupcima, Zbornik radova, Beograd, 2005, str. 33-60. O novom zakonodavstvu iz ove oblasti u Republici Crnoj Gori v. B. Đuričin i T. Parnall, O nekim rješenjima novog Zakona o parničnom postupku Republike Crne Gore, Pravni život, br. 12/04, str. 63-80; M. Čizmović, O nekim rješenjima Zakona o parničnom postupku Crne Gore, u Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2005, str. 203-216. O stanju civilne procedure u Republici Hrvatskoj v. Zakon o parničnom postupku – redakcijski pročišćeni tekst Zakona s napomenama uz pojedine odredbe (Nar. nov., br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03 i 88/05), priredio Ivan Mirošević, Zagreb, 2007.

[14] Članovi 1. do 52. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[15] Članovi 53. do 267. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[16] Članovi 268. do 290. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[17] Članovi 291. do 418. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[18] Članovi 419. do 453. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[19] Članovi 454. do 461. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

3. Osnovna načela

Već u prvom dijelu mogu se vidjeti suštinske razlike u odnosu na ranije zakone iz ove oblasti. Naime, napušteno je načelo materijalne istine[20] i načelo poučavanja neuke stranke,[21] zbog izmjene raspravnog načela, dok se nova načela odnose na reduciranje glavne rasprave i inokosno suđenje u prvostepenom postupku.[22] Uvedeno je čisto raspravno načelo prema kome je teret za podnošenje procesne građe na strani stranaka u postupku. Njihova obaveza je da iznesu sve činjenice koje smatraju relevantnim i da za njih predlože adekvatne dokaze. Sud je u ovom dijelu pasivan i vezan prijedlogom stranaka, a po službenoj dužnosti ne može da utvrđuje činjenice i izvodi dokaze.[23] Teret iznošenja dovoljnog broja pravno relevantnih činjenica isključivo je na strankama, tako da će u slučaju neaktivnosti, one snositi negativne posljedice primjene pravila o teretu dokazivanja. Odluka o izvođenju dokaza ostala je u nadležnosti suda.[24] Ovo bi trebalo da doprinese rasterećenju sudova, a time i ubrzanju sudskog postupka.[25] Inače, uvođenje čisto raspravnog načela je posljedica osnovnih obilježja i dispozitivne prirode građansko-pravnih odnosa koji se u parnici štite. Izmjenom raspravnog načela značajno je ojačano i načelo dispozicije, koje se manifestuje u tome što od stranke zavisi da li će sud rješavati određeni spor i o čemu će se u postupku raspravljati i odlučivati. Uloga suda se sada svodi samo na to da obezbijedi uslove za ravnopravnu borbu suprotnih interesa stranaka. Sud više nema zadatak da utvrđuje punu, materijalnu istinu već onu istinu za koju su se stranke opredijelile iznošenjem onih činjenica koje im po materijalnom pravu idu u prilog i predlaganjem odgovarajućih dokaza. Ukoliko utvrđeno činjenično stanje ne bude u skladu sa stvarnim stanjem, posljedice za takvu odluku snosiće stranke a ne sud.[26] Parnica je konačno postala privatna stvar stranaka, a sud je u pravom smislu postao

[20] Ovo načelo je podrazumijevalo da je sud dužan da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost zahtjeva. Pri tome su stranke bile dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i da predlože dokaze kojima se one utvrđuju, a sud je mogao da izvede i dokaze koje stranke nisu predložile ako su ti dokazi bili od značaja za donošenje odluke.

[21] Istina, moramo konstatovati da se, iako je u osnovnim odredbama ispušteno pravilo o obavezi suda da poučava neuku stranku, jer je zakonodavac smatrao da sudiju treba rasteretiti ove dužnosti kako bi ostao neutralan u odnosu na stranke, detaljnom analizom novih zakonskih rješenja može uočiti da je ovo procesno načelo ipak na više mjesta detaljno razrađeno i konkretizovano. O tome opširno: R. Račić, Poučavanje neuke stranke u novoj parničnoj proceduri, Pravni savjetnik, br. 5/04, str. 7-11.

[22] O osnovnim načelima v. R. Aleksić, Novine u Nacrtu ZPP Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar 2003, str. 352-355.

[23] Prema starom načelu: da mihi facta – dabo tibi ius (daj mi činjenice – daću ti pravo).

[24] Odredbe ranijih zakona iz ove oblasti su izričito predviđale da dokazivanje obuhvata sve činjenice koje su važne za donošenje odluke, te da odluku o tome koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja odlučnih činjenica donosi sud. Ova odredba je brisana u novim zakonima, ali isto pravilo proizilazi iz ostalih odredaba novih zakona.

[25] Ipak, opravdano može da se postavi pitanje zašto sudija ne može po službenoj dužnosti da npr. odredi dokaz vještačenjem ili tome slično, kao što je uređeno u austrijskom i njemačkom procesnom pravu.

[26] S. Mulabdić, Odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja, Pravni savjetnik, br. 1/04, str. 37.

nepristrasni organ koji rješava njihov sporni odnos.[27] Raspravno načelo je samo izuzetno ograničeno istražnim načelom, po kome sud odlučuje o utvrđivanju bitnih činjenica nezavisno od prijedloga stranaka da se te činjenice istražuju i dokazuju. Jedini izuzetak prema kome je sud ovlašćen da utvrdi i one činjenice koje stranke nisu iznijele postoji u slučaju ako iz rezultata rasprave i dokazivanja proizilazi da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati.[28] Nedozvoljena raspolaganja stranaka su ona koja su protivna prinudnim propisima. Razumljivo je da je zadržano i načelo kontradiktornosti ili načelo obostranog saslušanja parničnih stranaka, kojim se obezbjeđuje ravnopravnost stranaka u postupku.[29] Zbog toga je u svim stadijumima postupka svakoj stranci ostavljena mogućnost da se izjasni o prijedlozima i zahtjevima protivne strane.[30] Načelo savjesnog korišćenja procesnim pravima je i dalje zadržano.[31] Ova savjesnost u preduzimanju procesnih radnji u postupku ima karakter pravnog standarda, tako da svi slučajevi korišćenja procesnim pravima koji se ne mogu podvesti pod taj standard, mogu se kvalifikovati kao vidovi nesavjesnog korišćenja. Najčešće stranke svoja procesna prava u toku postupka zloupotrebljavaju radnjama koje su upravljene na njegovo odugovlačenje.[32] Načela usmenosti, neposrednosti, javnosti i slobodne ocjene dokaza su u suštini ostala ista.

Jedna od najvažnijih novina je u tome da se prvostepeni postupak, u pravilu, sastoji od dva ročišta i to pripremnog ročišta i ročišta za glavnu raspravu.[33] Dakle, ova odredba predstavlja novo načelo reduciranja glavne rasprave i na taj način će se znatno smanjiti vrijeme trajanja postupka. Intencija je da se kroz pripremno ročište i glavnu raspravu obezbijedi koncentracija dokaza kako bi se na ovim ročištima i okončao prvostepeni postupak.[34] Sve nove odredbe su očigledno u funkciji efikasnosti i ekonomičnosti postupka i treba značajno da doprinesu da se strankama pred sudom pruži blagovremena zaštita. Načelo ekonomičnosti je, inače, u postupku došlo do punog izražaja, jer je nizom novih odredaba pojačano u značajnoj mjeri. Primjera radi, novine koje ovome doprinose su: obavezno dostavljanje pismenog odgovora na tužbu, koncentracija ročišta i dokaza, odnosno reduciranje glavne rasprave, obavljanje vještačenja između pripremnog ročišta i ročišta za glavnu raspravu, obavezno dostavljanje pismenog nalaza vještaka strankama prije održavanja ročišta za glavnu raspravu, kako bi se stranke pripremile za raspravljanje, mogućnost

[27] O ulozi suda i stranaka u skupljanju procesnog materijala u Republici Makedoniji v. T. Zoroska-Kamilovska, Uloga suda i stranaka u skupljanju procesnog materijala, Pravni život, br. 12/04, str. 113-126.
[28] Član 7. stav 2. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[29] O načelu kontradiktornosti šire: A. Galič, Načelo kontradiktornosti u parničnom postupku, Pravni život, br. 12/05, str. 41-57.
[30] Član 5. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[31] Član 9. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[32] R. Aleksić, Nacrt Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, Glasnik pravde, br. 10-11/03, str. 234.
[33] Član 11. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[34] Poznato je da je prema ranijem zakonima bilo moguće da se održi veliki broj ročišta i da je to često dovodilo do zloupotreba i nepotrebnog odugovlačenja postupka.

održavanja glavne rasprave odmah nakon završetka pripremnog ročišta, znatno ograničenje drugostepenog suda u pogledu ukidanja prvostepene presude i afirmacija glavne rasprave pred drugostepenim sudom itd.

U prvostepenom postupku napušteno je načelo zbornosti suđenja,[35] jer nisu predviđene sudije porotnici, dok u drugostepenom postupku i postupku odlučivanja po reviziji sudi vijeće od trojice sudija.[36] Mislimo da je ovo dobro rješenje, jer postojanje sudija porotnika u građanskim postupcima nije pokazalo smisao svoga postojanja. Naime, ove sudije najčešće nisu bili pravnici i nisu posjedovali adekvatno stručno znanje iz ovog domena, tako da je razumljivo da nisu ni mogli da budu od pomoći prilikom donošenja odluka.[37] Porotnici su imali sva prava i dužnosti sudije, ali su u praksi predstavljali samo pasivne posmatrače kako bi se udovoljilo propisanoj zakonskoj formi. Na taj način načelo zbornosti suđenja se pretvorilo u svoju suprotnost.[38] Demokratizacija pravosuđa, kao argument u prilog postojanja institucije porote, očito pogađa princip zakonitosti i sigurno je da predstavlja recidiv prošlosti.[39]

Novi zakoni su značajno suzili mogućnost zloupotrebe procesnih prava koja su vodila nepotrebnom odugovlačenju postupka.[40] Primjera radi, nove činjenice i novi dokazi (beneficium novorum) mogu se iznositi na glavnoj raspravi samo ako ih stranke iz opravdanih razloga nisu mogle iznijeti na pripremnom ročištu, a u žalbi samo ako ih stranke iz opravdanih razloga nisu mogle iznijeti do zaključenja glavne rasprave pred prvostepenim sudom.[41] Ova odredba treba da spriječi stranke da

---

[35] Komparacije radi, prema Zakonu o parničnom postupku Republike Slovenije (Uradni list br. 26/99) u prvostepenom postupku, u pravilu, sudi sudija pojedinac a izuzetno je predviđeno vijeće za sporove iz porodičnih odnosa, o autorskim pravima, pravima iz industrijske svojine i zaštiti konkurencije.

[36] Član.13. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
Jedini izuzetak se odnosi na odlučivanje po prijedlogu za ponavljanje postupka o kome odluku donosi sudija pojedinac drugostepenog suda, a ovo je propisano u cilju veće objektivnosti.

[37] Vidi: M. Čizmović, Šta treba reformisati u građansko-sudskim postupcima, u Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2003, str. 290.

[38] Ova novina je pozitivno ocijenjena od eksperata Savjeta Evrope. Vidi: G. Kodek, Expert opinion on the Draft Code of Civil Procedure, Strasbourg, 2003, str. 5.

[39] O učešću građana u procesu suđenja vidjeti: S.Kamhi i B.Calija, Sistem porote u našoj zemlji i problemi vezani za učešce gradana u vršenju pravosuđa, Sarajevo, 1974; F.Čulinović, Porota u Jugoslaviji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu br.1-2, god. VI; B.Perić, Sudije porotnici-pravna i politička neutemeljenost teorije o opravdanosti učešća u procesu sudovanja, Advokatura, br. 2/99, str. 67.

[40] Prema članu 10. ZPP RS i ZPP Federacije BiH sud je dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja i sa što manje troškova i da onemogući svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku.

[41] Procjena je da se uvođenjem prekluzije postiže koncentracija dokaza. Međutim, ovdje može da se postavi pitanje da li to ograničava mogućnost stranaka da u postupku budu saslušane – vidi npr. Ude, Reforma civilnega pravdnega postopka z vidika ustavnih pravic, Podjetje in delo, 1998., br. 6-7, str. 965. Ipak, mišljenja smo da ovakve odredbe nisu u suprotnosti sa tim pravilom. Kao opravdan razlog za kasnije iznošenje novih činjenica i dokaza moglo bi se prihvatiti npr. da stranka neke činjenice i dokaze ranije nije iznijela, jer se u tadašnjem toku postupka još nisu pokazali kao pravno relevantni. Ako bi se zauzeo suprotan stav to bi ograničilo pravo stranke na saslušanje i smanjilo bi kvalitet pravne zaštite. O tome i: A. Galic, Novosti u slovenskom Zakonu o parničnom postupku, str. 7, referat podnesen na seminaru održanom na Bjelašnici 29-30.6.2001. pod nazivom: "Reforma parničnog postupka," iz arhive autora.

namjernim iznošenjem činjenica i predlaganjem dokaza u kasnijoj fazi odugovlače postupak, a doprinosi ostvarenju načela o koncentraciji dokaza i ročišta. Isto tako, pooštrene su posljedice zbog nedolaska na ročište. Također, kada se podnese prijedlog za izuzeće sudije, nema više zastoja dok se povodom tog prijedloga ne donese odluka, već se preduzimaju sve procesne radnje kako se postupak ne bi nepotrebno produžavao. U žalbi se više ne može isticati prigovor zastare i prigovor radi prebijanja, ukoliko nisu izneseni pred prvostepenim sudom.[42] Smatramo da se radi o korisnim novinama koje će se svakako pozitivno odraziti na efikasnost postupka. Iz istih razloga ukinut je institut mirovanja postupka,[43] a izostavljene su odredbe o učešću trećih lica u parnici, osim umješača, o postuku izdavanja platnog naloga i o postupku u privrednim sporovima, te o međupresudi i djelimičnoj presudi.

4. Postupak pred prvostepenim sudom

Tužba je parnična radnja kojom se pokreće parnični postupak.[44] Značajne izmjene pretrpjele su odredbe o sadržaju tužbe, kojima se kao obavezni elementi uvode osnov za nadležnost suda[45] i oznaka vrijednosti spora. [46] Moramo napomenuti da je predviđeno da tužba mora sadržavati i pravni osnov zahtjeva, a da će sud postupiti po tužbi i kada ga tužitelj nije naveo,[47] što je u očitoj kontradikciji , pa bi to trebalo ispraviti u budućim izmjenama i dopunama zakona.[48]

---

[42] Izjavljivanje pravnih lijekova sigurno utiče na odugovlačenje postupka.

[43] Zbog postojanja ovog instituta postupak je mogao trajati godinama, a tužitelj je više puta mogao da traži nastavak postupka, što je bilo od uticaja na efikasnost postupanja.

[44] Vidi: B: Kušec, Tužba-pravno sredstvo u svjetlu građansko-procesnog prava i efekt tužbe u preliminarnom parničnom postupku, Pravni savjetnik, br. 10/05, str.7-26.

[45] Ta odredba u praksi može da izazove određene nedoumice, jer se zakoni ne izjašnjavaju na koju vrstu nadležnosti se ona odnosi – mjesnu, stvarnu ili apsolutnu. Mislimo da bi zbog toga u tužbi trebalo navesti osnov za svaku od ovih vrsta nadležnosti, mada je stvarna nadležnost već određena drugim zakonima.

[46] Ovo je uvedeno zbog toga što su se, do sada, javljali problemi u slučajevima kada u tužbi nije bila određena vrijednost predmeta spora, a ona je bitna za određivanje vrste postupka, zatim za obračun troškova postupka, te za određivanje visine sudske takse. O vrijednosti spora šire: A. Mehmedagić, Vrijednost spora, ZIPS, br. 1105-1106/07, str. 22-25.
Prema slovenačkom Zakonu o parničnom postupku obligatorni dio tužbe, pored naznake vrijednosti spora, čini i dokaz o plaćanju sudske takse na tužbu, a ukoliko taksa ni poslije opomene nije plaćena, presumpcija je da tužitelj povlači tužbu.

[47] Član 53. stav 2. i 4. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[48] Isto tako, postoji kolizija i između članova 16. stav 1, 17. i 60. stav 5. s jedne strane i člana 221. s druge strane. Naime, članom 16. stav 1. propisano je da sud u toku cijelog postupka po službenoj dužnosti pazi da li rješavanje spora spada u sudsku nadležnost, član 17. reguliše da svaki sud u toku cijelog postupka po službenoj dužnosti pazi na svoju stvarnu nadležnost, dok član 60. stav 5. određuje da sud u toku cijelog postupka po službenoj dužnosti pazi da li već teče druga parnica o istom zahtjevu među istim strankama pred sudom u BiH. S druge strane, odredbom člana 221. zakona propisano je da drugostepeni sud ispituje prvostepenu presudu u onom dijelu u kome se pobija žalbom i granicama razloga navedenih u žalbi, pazeći po službenoj dužnosti na primjenu materijalnog prava i povrede odredaba parničnog postupka koje se odnose na stranačku sposobnost i zastupanje. Prema tome,

Zakonima je propisano da će se, u slučaju isticanja više tužbenih zahtjeva u jednoj tužbi, za koje sud ocjeni da ne doprinose ekonomičnosti postupka, najkasnije na pripremnom ročištu donijeti rješenje o razdvajanju postupka, [49] dok rješavanje o tužbenom zahtjevu kod supsidijarnog (eventualnog) zahtjeva nije uslovljeno pravosnažnom odlukom u odnosu na zahtjev koji se odbija.

Što se tiče preinačenja tužbe, kao dispozitivne parnične radnje tužitelja, sada se predviđaju drugačiji uslovi, a posebno se ograničava faza postupka u kojoj se tužba može preinačiti. Tužitelj može preinačiti tužbu najkasnije do završetka pripremnog ročišta, a do zaključenja glavne rasprave samo uz pristanak tuženog i ako sud ocjeni da to preinačenje nije usmjereno na odugovlačenje postupka.[50] Sud će u ovom slučaju ipak dozvoliti preinačenje, i pored protivljenja tuženog, pod uslovom da tužitelj bez svoje krivice nije mogao tužbu preinačiti ranije,[51] a da je tuženi u mogućnosti da raspravlja po preinačenoj tužbi bez odlaganja glavne rasprave.[52] Preinačiti se mogu svi bitni elementi tužbe koji određuju njen identitet.[53] Ratio novih procesnih pravila o objektivnom preinačenju treba tražiti u novim «okvirima» načela procesne ekonomije i efikasnosti.[54]

Pripreme za glavnu raspravu obuhvataju prethodno ispitivanje tužbe, dostavu tužbe tuženom na obavezni odgovor, održavanje pripremnog ročišta i zakazivanje glavne rasprave. Potpunu i ispravnu tužbu sa svim prilozima sud je obavezan da dostavi tuženom na odgovor u roku od 30 dana,[55] a tuženi mora da, najkasnije u roku od 30 dana, dostavi sudu pismeni odgovor na tužbu.[56] U odgovoru na tužbu tuženi može istaći moguće procesne prigovore i izjasniti se da li priznaje ili osporava postavljeni tužbeni zahtjev, te navesti i druge podatke koje mora imati svaki podnesak.[57] Tužba sa prilozima se obavezno dostavlja tuženom da bi se udovoljilo načelu kontradiktornosti. Ukoliko propusti da ovo uradi, sud uskraćuje tuženom mogućnost da raspravlja pred sudom, a to postupanje je od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude. Podnošenjem odgovora na tužbu tuženi zauzima aktivni stav u parnici u odnosu na tužbeni zahtjev tako da sprečava donošenje presude zbog propuštanja ako ne dođe na pripremno ročište ili na prvo ročište za glavnu raspravu ukoliko održavanje pripremnog ročišta nije obavezno.[58]

---

navedene odredbe svakako treba uskladiti, jer svi članovi zakona moraju imati međusobni sklad i ravnotežu. Moguće rješenje bi bilo da se u članovima 16. stav 1, 17. i 60. stav 5. jasno naznači da sud na navedena pitanja pazi tokom prvostepenog, a ne tokom cijelog postupka.

[49] Član 55. stav 3. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[50] Član 57. stav 1. i 2. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[51] Član 57. stav 4. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[52] Čini se da je ovaj uslov vrlo teško ispuniti.

[53] O tome: M. Živanović, Preinačenje tužbe prema novom Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, 2002, str.13-29.

[54] R: Račić, Objektivno preinačenje tužbe, Pravni savjetnik, br. 7-8/05, str.16.

[55] Član 69. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[56] Član 70. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[57] Član 71. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[58] O tome: S. Mulabdić, Pripremanje glavne rasprave, Pravni savjetnik, br. 6/04, str. 16.

Značajne novine se odnose na pripremno ročište,[59] koje treba da se održi u roku od 30 dana od dana prijema odgovora na tužbu. Datum održavanja pripremnog ročišta sud će, po pravilu, odrediti uz prethodnu konsultaciju sa strankama. Da bi se postigla svrha ovog ročišta, ono treba biti pripremljeno od strane suda.[60] Održavanje pripremnog ročišta je obavezno, osim u slučaju kada sud poslije ispitivanja tužbe i odgovora na tužbu utvrdi da među strankama nema spornih činjenica ili da zbog jednostavnosti spora održavanje pripremnog ročišta nije potrebno.[61] Koncentracija procesne građe mora se izvršiti, u pravilu, najkasnije na pripremnom ročištu kada za stranke nastupa prekluzija. Sud će prema rezultatima raspravljanja na pripremnom ročištu odlučiti o čemu će se raspravljati i koji dokazi će se izvesti na glavnoj raspravi.[62] To znači da će sud utvrditi predmet dokazivanja, odrediti koja od stranaka treba da dokaže postojanje određenih spornih činjenica i izvršiće izbor predloženih relevantnih dokaza koje će stranke izvesti na glavnoj raspravi. Opšte je pravilo da je svaka stranka dužna dokazati činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev.[63] Osnovna svrha pripremnog ročišta je u tome da se prikupi sva procesna građa i da se izvrše što kvalitetnije pripreme za glavnu raspravu kako bi se tada okončao postupak i donijela prvostepena odluka. Ako na pripremno ročište ne dođe tužitelj, a bio je uredno obavješten, smatraće se da je tužba povučena, osim ako tuženi ne zahtijeva da se ročište ipak održi.[64] I ovo je izmjena u odnosu na dosadašnja rješenja, a cilj je da se tužitelj učini što odgovornijim za svoje postupke pred sudom, te da se spriječi odugovlačenje postupka. Ukoliko na pripremno ročište ne dođe uredno obavješteni tuženi, ročište će se održati bez njegovog prisustva.[65] Na pripremnom ročištu sud rješenjem određuje termin održavanja glavne rasprave, pitanja o kojima će se tada raspravljati, dokaze koji će se tada izvesti i lica koja će biti pozvana na glavnu raspravu. Glavna rasprava će se, po pravilu, održati najkasnije u roku od 30 dana od dana održavanja pripremnog ročišta, a može da se održi i odmah poslije pripremnog ročišta.[66] Samo ukoliko je sudija uspio da ostvari sve zahtjeve načela koncentracije procesne građe i u potpunom obimu je prikupio od stranaka, moći će se ostvariti težnja da pripremno ročište bude u funkciji pripremanja predmeta za glavnu raspravu, a prvo ročište na glavnoj raspravi isključivo u funkciji izvođenja dokaza, na kome će se konačno na osnovu rezultata dokaznog postupka donijeti odluka o osnovanosti

[59] Član 75. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[60] Vidi: A. Nedeljković, Pripremno ročište u parničnom postupku u teoriji i parksi, Pravni život, br. 12/02, str. 169-181.
[61] Član 76. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[62] Član 81. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[63] Član 123. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[64] Član 84. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[65] Član 84. stav 2. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
O procesnim posljedicama izostanka tuženog sa ročišta šire: R. Račić, Procesne posljedice izostanka tuženog sa ročišta, Pravni život, br. 12/05, str. 129-137. Vidi i: A. Galič, Sankcije za neaktivnost stranaka u parničnom postupku, Uporednopravna razmatranja sa osvrtom na slovenačko pravo, Pravni život, br. 12/04, str. 127-142.
[66] Član 94. stav 1, 2. i 3. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

tužbenog zahtjeva. Iako je prema novim zakonima uloga suda u pripremnom postupku, kao i cijelom prvostepenom postupku, u pravilu pasivna, sud svojom stručnom ulogom ima zadatak da pravilno utvrdi predmet dokazivanja kako bi se sporna stvar riješila na odgovarajući način.

U cilju što bržeg okončanja postupka i pružanja kvalitetne zaštite sa što manje troškova, zakoni nude i mogućnost alternativnog rješavanja sporova. Sud može, najkasnije na pripremnom ročištu, ukoliko ocjeni da je to cjelishodno s obzirom na prirodu spora i druge okolnosti, da predloži strankama da spor riješe u postupku medijacije, kako je predviđeno posebnim zakonom.[67] Takav prijedlog mogu sporazumno staviti i stranke sve do zaključenja glavne rasprave. Inače, medijacija kao alternativni način rješavanja sporova, zbog svoje specifične prirode treba da dovede do većeg broja sporazumno rješenih konflikata, a može da djeluje i preventivno tako što će se strankama omogućiti da zatraže vođenje ovog procesa i prije pokretanja postupka pred sudom.

Stranke mogu u toku cijelog postupka da zaključe sudsko poravnanje.[68] Predmet poravnanja su građansko-pravni odnosi koji mogu da budu predmet raspolaganja i odlučivanja u parnici.[69] Ono ima snagu izvršnog naslova i može se pobijati samo tužbom u subjektivnom roku od 3 mjeseca i objektivnom roku od 5 godina. Sudsko poravnanje se može pobijati ako je zaključeno u zabludi ili pod uticajem prinude odnosno prevare.[70] Materija pobijanja poravnanja nije bila regulisana ranijim propisima, a sadržaj nove odredbe odražava dugogodišnju sudsku praksu u ovoj oblasti i ima u vidu da je poravnanje po svojoj pravnoj prirodi ugovor između stranaka.

Ročište za glavnu raspravu je centralni stadijum prvostepenog parničnog postupka na kome sud na osnovu usmenog, neposrednog i javnog raspravljanja odlučuje o osnovanosti postavljenog zahtjeva.[71] U postupku održavanja glavne rasprave su predviđene značajne izmjene.[72] Novine u pogledu dokaznih sredstava tiču se, prije svega, procesnih rješenja koja se odnose na svjedoke, saslušanja stranaka, vještaka i vještačenja, dok se odredbe koje se odnose na isprave i uviđaj nisu bitnije mijenjale. Primjera radi, prilikom izvođenja dokaza saslušanjem

[67] Postupak medijacije na području BiH uređen je Zakonom o postupku medijacije (Službeni glasnik BiH br. 37/04). Vidi: R. Račić, Osvrt na Zakon o postupku medijacije, Pravna riječ, br. 2/04, str. 225; N. Petrušić, Sporovi u pravnim odnosima i medijacija, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Niš, 1998/99, str. 118; Lj. Milutinović, Medijacija kao alternativni način rešavanja sporova, Pravni život, br. 12/04, str. 239-256; Lj. Kovačević, O medijaciji, Pravni život, br. 12/06, str. 269-288.

[68] O poravnanju šire: L. Karamarković, Poravnanje i medijacija, Beograd, 2004; M. Salma, Sudsko poravnanje kao ubrzanje postupka, Pravni život, br. 12/06, str. 199-212; J. Stanišić, Rasprava o poravnanju, Bilten Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 2,3,4/06, str. 189-209.

[69] To istovremeno znači da predmet sudskog poravnanja ne mogu biti ona raspolaganja koja su protivna prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima.

[70] Članovi 87. i 92. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[71] S. Mulabdić, Ročište za glavnu raspravu, Pravni savjetnik, br. 9/04, str. 22.

[72] Članovi 97-122. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

stranaka[73] stranku najprije ispituje njen punomoćnik, a nakon toga protivna strana,[74] dok prilikom saslušanja svjedoka ili vještaka sud prvo daje riječ stranci koja ih je predložila, a zatim protivnoj stranci.[75] Sud može postavljati pitanja strankama, svjedocima i vještacima u svakoj fazi saslušanja.[76] U poglavlju o dokazima, uz opšte odredbe, odredbe o vještacima su pretrpjele najradikalnije izmjene. I u pogledu ovog dokaznog sredstva naglasak je stavljen na inicijativu stranaka.[77] Vještačenje obavlja jedan vještak, a sud može na prijedlog stranke odrediti više vještaka za različite vrste vještačenja.[78] Predviđena je obavezna izrada pismenog nalaza i mišljenja, te njihovo dostavljanje strankama najmanje osam dana prije glavne rasprave.[79] Po novim odredbama vještak se uvijek poziva na glavnu raspravu, pa se strankama i sudu daje mogućnost da od vještaka zatraže razjašnjenja u vezi dostavljenog nalaza i mišljenja. U pogledu izvođenja dokaza vještačenjem upućuje se na shodnu primjenu odredaba o saslušanju svjedoka.[80] Ročište za glavnu raspravu se ne može odložiti na neodređeno vrijeme, niti na rok duži od 30 dana, s tim što je sudija dužan da o svakoj odgodi i odlaganju ročišta obavjesti predsjednika suda, koji vodi evidenciju o odlaganjima ročišta za svakog sudiju pojedinačno.[81] Ovim pravilom zakonodavac je pokušao da izbjegne razne zloupotrebe od strane sudije koji vodi konkretan postupak.[82] Ukoliko se započeto ročište ne može okončati istog dana, sud će nastavak ročišta odrediti za sljedeći radni dan.[83] Prema ranijim zakonima, postojalo je načelo jedinstva glavne rasprave i kada se ona održavala na više ročišta. Sada je ovo načelo zamijenjeno načelom kontinuiteta glavne rasprave što znači da se glavna rasprava može održati u više uzastopnih radnih dana, a to je korisno i za sud i za stranke. Novi zakoni su značajno inovirali pravila koja se odnose na odgađanje pripremnog ročišta i ročišta za glavnu raspravu. Pored ovoga, precizirano je kada parnične stranke i iz kojih razloga

[73] Po odredbama ranijih zakona ovo je bilo supsidijarno dokazno sredstvo, dok se po novim zakonima ovaj dokaz izvodi ravnopravno sa ostalim dokazima. Pošlo se od pretpostavke da je načelo slobodne ocjene dokaza dovoljna garancija da će sud ispravno cijeniti ovaj dokaz, kao i druge izvedene dokaze. Po svom slobodnom uvjerenju sud će cijeniti vjerodostojnost svih provedenih dokaza, pa tako i iskaze parničnih stranaka. No, imajući u vidu njihovu zainteresovanost za uspjeh u parnici, sigurno je da su ovi iskazi faktički najnepouzdaniji izvor saznanja. O tome šire: R. Račić, Saslušanje stranaka u parničnom postupku, Pravni život, br. 12/06, str. 179-186.

[74] Član 104. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[75] Član 105. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[76] Član 106. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[77] Član 147. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[78] Član 149. stav 1 i 2. ZPP RS i ZPP Federacije BiH. Zato je izostavljena odredba koja je predviđala na koji će način sud postupiti ako se nalazi dva ili više vještaka ne podudaraju.

[79] Član 154 i 156. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[80] Član 161. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[81] Član 115. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
Poznato je da je u dosadašnjoj praksi često dolazilo do odlaganja ročišta bez opravdanih razloga, a pogotovu su ročišta bez razloga odlagana na neodređeno vrijeme.

[82] R. Račić, Odgađanje i odlaganje ročišta, Pravni savjetnik, br. 11/04, str. 10.

[83] Član 116. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

mogu tražiti odlaganje već započetog ročišta.[84] Ovakva pravila imaju za cilj onemogućavanje odugovlačenja postupka. Značajne izmjene novi zakoni donose u pogledu materije dokazivanja. Novine u opštim odredbama o dokazivanju uslovljene su potpuno drukčijim pristupom u pogledu inicijative za prikupljanje procesne građe. Prvi put se uvodi opšte pravilo prema kome je svaka stranka dužna dokazati činjenice na kojima zasniva svoj zahtjev. Sud je dužan da odluči o osnovanosti postavljenog zahtjeva bez obzira da li je imao na raspolaganju dovoljno predloženih dokaza. Svoje uvjerenje o istinitosti činjenica sud slobodno formira na osnovu savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezltata cjelokupnog postupka.[85] Tek kada sud, i pored svesrdnog nastojanja i lojalne saradnje stranaka u pogledu formiranja činjenične podloge, poslije okončanog dokaznog postupka ne dođe do saznanja o postojanju ili nepostojanju spornih pravno relevantnih činjenica, dolaze u obzir pravila o teretu dokazivanja.[86] Ovim pravilima žrtvuju se razlozi istinitosti za razloge pravne sigurnosti, ali njihova primjena u odlučivanju, mada nepoželjna, u suštini je ipak nužna.[87] Nakon okončanja svih faza glavne rasprave, kada sud ocijeni da je predmet dovoljno raspravljen i spreman za presuđenje, proglašava se da je glavna rasprava zaključena. Novi zakoni ne propisuju mogućnost da se zaključena glavna rasprava ponovo otvori radi dopune dokaznog postupka i ovo rješenje je u duhu načela ekonomičnosti postupka. Trenutak zaključenja glavne rasprave je značajan za ocjenu osnovanosti ili neosnovanosti tužbenog zahtjeva zbog čega se za njega vezuje i materijalna pravosnažnost donesene presude.

Interesantnu novinu predstavlja odredba zakona kojom je produžen rok za donošenje i izradu pismenog otpravka presude na 30 dana od dana zaključenja glavne rasprave.[88] U slučaju prekoračenja ovog roka sudija je dužan da u pismenoj formi obavjesti predsjednika suda o razlozima koji su do toga doveli.[89] Poznato je da je prekoračenje roka za izradu presude bilo jedan od čestih razloga za dugo vođenje dosadašnjih parnica, pa je ovakva odredba bila neophodna. U ranijim propisima samo u složenijim slučajevima donošenje presude moglo se odložiti za 8 dana, ali pošto se radilo o instrukcionom roku nije bilo nikakve sankcije za prekoračenje tog roka. Takvo postupanje suda je, po pravilu, vodilo odugovlačenje postupka. Sada po zaključenju glavne rasprave, sud obavještava prisutne stranke o datumu donošenja presude, a ako jedna od njih nije prisustvovala glavnoj raspravi, sud će je o tome

[84] U zakonima se pravi jasna distinkcija između odlaganja započetog ročišta i odgađanja ročišta koje je zakazano. Da bi došlo do odlaganja neophodno je da je ročište započeto, odnosno da su sud i parnične stranke započele radnje koje su predmet ročišta.
[85] Član 8. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[86] O tome: G. Stanković, Princip prividne suverenosti suda u parničnom postupku, Pravna riječ, br. 8/06, str. 106.
[87] S. Mulabdić, Odlučivanje primjenom pravila o teretu dokazivanja, Pravni savjetnik, br. 1/04, str. 42.
[88] Član 184. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[89] Novim propisima se čini sve da se ne povrijedi pravo stranaka na donošenje presude u razumnom roku,što je jedan od aspekata pravičnog suđenja iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

pismeno obavjestiti. Pravila o dostavljanju su u velikoj mjeri promijenjena, jer su se strankama po ranijim propisima pružale raznovrsne mogućnosti da izbjegavaju primanje i odugovlače postupak.[90] Stranke, odnosno njihovi zastupnici ili punomoćnici, dužni su sami preuzeti presudu u zgradi suda, pa im je sud neće dostavljati u skladu sa odredbama o dostavljanju.[91] Cilj ovih normi je da se ublaže negativne posljedice neuredne dostave presude, što je u praksi, na žalost, bio čest slučaj i što je takođe vodilo odugovlačenju postupka. Izuzetno, u zakonom određenim slučajevima, dostava presude se vrši u skladu sa odredbama o dostavljanju[92] i u takvim situacijama rok za žalbu počinje teći prvog narednog dana, nakon prijema presude. Nije precizirano koje su to okolnosti izuzetne, tako da ih sud treba utvrditi u svakom konkretnom slučaju.

Presudom sud odlučuje o zahtjevu koji se tiče glavne stvari i sporednih tražbina.[93] Presuda kao individualizacija zakona za stranke mora biti izrađena u pisanom obliku jasnim jezikom i formulacijom razumljivom za stranke.[94] Kao posljedica drugačijeg načina regulisanja načela parničnog postupka, neka procesna pravila su i u ovom dijelu bitno izmijenjena i prilagođena novom konceptu. U pogledu dijelova pismeno izrađene presude pojedina rješenja su napuštena. Tako se u uvodu presude ne naznačuje da se presuda donosi u ime naroda, a novinu predstavlja i pravilo po kome pismeno izrađena presuda mora da sadrži uputstvo o pravu na pravni lijek protiv presude. Podrazumijeva se da bi ovo uputstvo trebalo da sadrži koji pravni lijek stranka može izjaviti, u kom roku i kojem sudu treba da se podnese, odnosno preko kojeg suda, a potrebno je naznačiti i broj potrebnih primjeraka.[95] Već smo naveli da su u novoj proceduri izostavljene odredbe koje se odnose na međupresudu[96] i djelimičnu presudu, jer su redaktori zakonskog teksta smatrali da njihovo donošenje vodi odugovlačenju postupka.[97] Izvršena je modifikacija presude zbog izostanka, pa ona sada nosi naziv presuda zbog propuštanja.[98] Pored terminološkog razlikovanja, novine se odnose kako na uslove koji moraju biti ispunjeni da bi sud donio presudu

---

[90] O dostavljanju u Republici Makedoniji v. A. Janevski, Dostavljanje po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Pravni život, br. 12/06, str. 33-48.

[91] Član 185. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[92] Članovi 186, 187. i 188. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[93] Član 176. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[94] Z. Kulenović, S. Mikulić, S. Milišić-Veličkovski, J. Stanišić i D, Vučina, op.cit., str. 334.
O obrazloženju prvostepene presude v. S. Tica, Obrazloženje prvostepene presude, Bilten Okružnog suda u Banjoj Luci, br. 2,3,4/06, str. 118-127.

[95] Vidi: E. Zečević, op. cit., str. 185.

[96] Vrijeme će pokazati koliko je ovo rješenje dobro, jer je donošenje međupresude bilo u službi načela procesne ekonomije. O međupresudi opširno: M. Živanović, Međupresuda, Banja Luka, 2002; M. Salma, Međupresuda, Pravni život, br. 12/04, str. 159-170.

[97] Vidi kritiku u pogledu ovoga kod: R. Račić, Presuda u novom Zakonu o parničnom postupku, Pravna riječ, br. 8/06, str. 152-153.

[98] O tome: R. Račić, Presuda zbog propuštanja, Pravni život, br. 12/04, str. 171-182.
O presudi zbog propuštanja u Republici Srbiji v. M. Bodiroga, Presuda zbog propuštanja i mogućnosti njenog pobijanja, Pravni život, br. 12/05, str. 105-126.

zbog propuštanja, tako i na redovne pravne lijekove koji tuženom stoje na raspolaganju ako takva presuda bude donesena. Sud donosi presudu zbog propuštanja ukoliko je to tužitelj predložio u tužbi, a tuženi u zakonskom roku od 30 dana nije podnio odgovor na tužbu, te ako zahtjev nije očigledno neosnovan.[99] Naravno, ova presuda se može donijeti samo ako tuženi neopravdano propusti da odgovori na tužbu.[100]Ovdje se polazi od pretpostavke da tuženi svojom pasivnošću priznaje činjenice koje je naveo tužitelj i na kojima on zasniva svoj tužbeni zahtjev. Donošenje ove presude ne negira dosljednu primjenu načela kontradiktornosti, jer je tuženom pružena mogućnost da aktivno učestvuje u parnici, a njegova je stvar što je on ostao pasivan. Sud o činjenicama iz tužbe ne izvodi dokazivanje, nego na iste, onako kako ih je tužitelj izložio primjenjuje materijalno pravo i u pravilu usvaja tužbeni zahtjev kao osnovan.[101] Protiv presude zbog propuštanja nije dopuštena žalba, ali se može podnijeti prijedlog za povraćaj u pređašnje stanje.[102] Ustav Republike Srpske[103], između ostalog, propisuje da se protiv pojedinačnih akata sudova može izjaviti žalba nadležnom organu, a da se zakonom, izuzetno, može isključiti žalba, ako je na drugi način obezbjeđena zaštita prava i zakonitosti. Smatramo da se u konkretnom primjeru ne bi moglo uzeti da je prijedlogom za povraćaj u pređašnje stanje stranci obezbjeđena zaštita prava i zakonitosti jer se ovaj prijedlog podnosi samo iz određenih procesnih razloga (kada stranka propusti ročište ili rok za preduzimanje neke radnje), dok stranci nije pružena mogućnost da presudu zbog propuštanja pobija zbog toga što nije bilo zakonom propisanih uslova za njeno donošenje, odnosno zbog pogrešne procjene suda o tome da li je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan ili ne. Nesumnjivo je da povrat u prijašnje strane nije pravni lijek nego pravno sredstvo i da se ne može smatrati ni djelotvornim pravnim lijekom u smislu odredaba Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. [104] Ukoliko dođe do odbijanja ovog prijedloga, stranka ima mogućnost da protiv tog rješenja podnese žalbu.[105] Prilikom kreiranja pravila o redovnim pravnim lijekovima protiv presude zbog propuštanja, vodilo se računa o načelu procesne ekonomije i efikasnosti. Ovdje se izuzetno mogu izjaviti dva pravna lijeka i to prijedlog za povraćaj u pređašnje stanje i žalba ukoliko je taj prijedlog odbijen. Zabrana izjavljivanja redovne žalbe i rigorozni uslovi za izjavljivanje prijedloga za povraćaj u pređašnje stanje su znatno otežali kontrolu zakonitosti kontumacione presude.[106] Zakonodavac je pokušao da na ovaj način prisili parnične stranke da vode postupak uz puno poštovanje procesne

[99] Član 182. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[100] G. Stanković I R. Račić, Parnično procesno pravo, Trebinje, 2008, str. 413.
[101] M. Živanović, Presuda zbog propuštanja, u Građanski parnični postupak Republike Srpske, Banja Luka, 2005, str. 70. Vidi i: S. Omanović, Contumacia, Bihać, 2002.
[102] Član 183. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[103] Član 113. st. 1 i 2. Ustava RS
[104] Slično: J. Čizmić, Komentar Zakona o parničnom postupku, Sarajevo, 2009, str. 15.
[105] Član 303. st. 2. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

.
[106] Uporediti : R. Račić, Redovni pravni lijekovi protiv presude zbog popuštanja, Pravni savjetnik, br. 9/04, str. 42.

discipline, ali se to može uraditi samo tako da se strankama ne uskraćuje zaštita prava i zakonitosti, a mislimo da to u navedenim odredbama nije slučaj.

Presude na osnovu priznanja i na osnovu odricanja gotovo u cjelini odgovaraju odredbama ranijih propisa.[107] U pogledu pravila koja se odnose na dopunsku presudu učinjene su određene korekcije.[108] Novina je u tome što se predviđa donošenje dopunske presude samo u slučaju kada je sud propustio da odluči o dijelu zahtjeva ili o svim zahtjevima o kojima je morao odlučiti, a o kojima je već raspravio.[109] Ukoliko stranka traži da sud donese dopunsku presudu o dijelu zahtjeva o kome sud nije raspravio, donijeće se rješenje kojim se odbija prijedlog za donošenje ove presude.[110] Novost je i u tome što je rok kojim stranka predlaže donošenje dopunske presude sa 15 produžen na 30 dana. Što se tiče ispravljanja presude učinjen je korak naprijed u odnosu na ranije zakone i dopušteno je da pogreške u imenima i brojevima, kao i očigledne pogreške u pisanju i računanju, nedostatke u obliku i nesaglasnost prepisa presude sa izvornikom ispravi sud u svako doba.[111]

5. Pravni lijekovi

Opšti javni interesi i subjektivni interesi stranaka i ostalih lica na koje se odnose sudske odluke traže da se ostvare procesne mogućnosti za uklanjanje odluka koje vrijeđaju prava građana, pa time posredno dovode u pitanje i ostvarenje objektivnog pravnog poretka. Ovom zadatku služi institucija pravnih lijekova.[112] Pravo na pravni lijek je ustavno pravo, priznato i zagarantovano strankama o čijim je pravima i obavezama odlučivano u postupku pred sudom. Ovo pravo, kao ustavni princip, ugrađeno je i razrađeno kroz pravila o pravnim lijekovima.[113]

Postupak po pravnim lijekovima sadrži odredbe o redovnim[114] i vanrednim pravnim lijekovima.[115] Osnovna razlika između njih je u tome što se redovni pravni lijekovi izjavljuju protiv nepravosnažne odluke, a vanredni pravni lijekovi protiv pravosnažne odluke. Redovni pravni lijek je žalba protiv presude i žalba protiv rješenja. Žalba kao redovan pravni lijek se može izjaviti samo protiv prvostepene odluke i ima osobine dvostranog, devolutivnog i suspenzivnog pravnog lijeka.[116] Odredbe o redovnim pravnim lijekovima su pretrpjele određene izmjene zahvaljujući činjenici da se novo zakonodavstvo iz ove oblasti zasniva prvenstveno na raspravnom

[107] O tome: M. Živanović, Presuda na osnovu priznanja i Presuda na osnovu odricanja, op. cit., str. 78-92; Lj. Mandić, Presuda na osnovu odricanja, Pravni život, br. 12/01, str. 189-197.
[108] O dopunskoj presudi v. M. Živanović, Dopunska presuda, op.cit., str. 93-100.
[109] Član 192. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[110] Z. Kulenović, S. Mikulić, S. Milišić-Veličkovski, J. Stanišić i D. Vučina, op.cit., str. 340.
[111] Član 195. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[112] M. Živanović, Sistem pravnih lekova u Republici Srpskoj, op. cit. str. 97-100.
[113] G. Stanković, Građansko procesno pravo, Niš, 1998, str. 422.
[114] Članovi 203-236. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[115] Članovi 237-267. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[116] O žalbi po ranijim propisima opširno: V. Boranijašević, Žalba protiv presude, Pravni život, br. 12/01, str. 199-208.

načelu. Te izmjene se odnose na bitne elemente žalbe, mogućnost izjavljivanja novih činjenica u žalbi samo pod određenim uslovima, nemogućnost isticanja prigovora zastare i kompenzacije u žalbi ako nisu isticani u postupku, afirmaciju rasprave pred drugostepenim sudom, granice ispitivanja prvostepene presude i restriktivnu mogućnost ukidanja ovih presuda. Žalba se podnosi u roku od 30 dana od dana donošenja presude,[117] odnosno, ako se presuda dostavlja u skladu sa odredbama ovog zakona o dostavljanju, u roku od 30 dana nakon dostavljanja prepisa presude. U mjeničnim i čekovnim sporovima ovaj rok iznosi 15 dana, a isti je rok za žalbu i protiv odluka donesenih u parnicama iz radnih odnosa, u parnicama zbog smetanja posjeda i u sporovima male vrijednosti. Nije nam poznato koji su razlozi rukovodili zakonodavca da produži ove rokove, ako je koncepcija zakona takva da se prevashodno teži efikasnosti i ekonomičnosti postupka, pa su navedene odredbe o rokovima za žalbu , na neki način, u koliziji sa ostalim odredbama zakona.

Novi zakoni proširuju pojam potpune žalbe i ona mora da sadrži: označenje presude protiv koje sa izjavljuje žalba, izjavu da se presuda pobija u cjelini ili u određenom dijelu, razlog žalbe i potpis podnosioca žalbe.[118]

Bitna novina je sada i u tome što više nema apsolutno bitnih povreda parničnog postupka.[119] Postoje samo relativne povrede, odnosno kao razlog pobijanja su predviđene samo one povrede procesnih pravila koje su uticale ili mogle uticati na donošenje zakonite i pravilne presude.[120] Ovo će sigurno donijeti određene pozitivne efekte, jer drugostepeni sud po službenoj dužnosti mora da pazi samo na stranačku sposobnost i zastupanje, a na ostale povrede samo ako se na njih ukaže u žalbi.[121] No, na ovaj način su sudijama ostavljena velika diskreciona ovlašćenja prilikom ovakvih ocjena, što u praksi može da utiče na jednako ostvarivanje i zaštitu prava građana pred sudovima.

Zakoni donosi značajne novine u pogledu postupka pred drugostepenim sudom.[122] Ovaj sud odlučuje o žalbi na sjednici vijeća ili na osnovu održane rasprave. Prema tome, pomenutom odredbom se afirmiše glavna rasprava pred drugostepenim sudom.[123] Sigurno je da bi se primjenom ove odredbe trebao smanjiti broj ukinutih

---

[117] Moramo konstatovati da se ovdje miješaju termini donošenja i dostavljanja presude, koji su različiti. Jasno je da se presuda donosi i izrađuje ranije, a dostavlja onda kada je to strankama saopšteno. Zato se može govoriti samo o dostavljanju presude, a ne i o njenom "donošenju". O tome: R. Račić, Presuda u novom Zakonu o parničnom postupku... str. 157; E. Zečević, op. cit., str. 182.

[118] Član 205. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
Raniji zakoni su predviđali samo označenje presude i potpis žalioca.

[119] Vidi: R. Račić, Procesne povrede odredaba parničnog postupka, Pravni savjetnik, br. 7-8/04, str. 31-37.

[120] Član 209. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[121] Član 221. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
O granicama ispitivanja prvostepene presude šire: S. Mulabdić, Granice ispitivanja prvostepene presude, ZIPS, br. 1012/1013/04, str. 13-17.

[122] Član 217. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[123] Prema ranijem zakonodavstvu zasnovanom na načelu materijalne istine, drugostepeni sud je zakazivao raspravu samo u slučaju kada je našao da je radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja potrebno pred tim sudom ponovo izvesti već izvedene dokaze. U tom slučaju taj sud je imao ovlašćenja

presuda , a to će uticati na smanjenje broja predmeta pred prvostepenim sudovima.[124] Novo zakonsko rješenje, prema kome će drugostepeni sud preinačiti pobijanu presudu[125] ako je nakon održane rasprave na osnovu novih dokaza utvrdio drugačije činjenično stanje, i zbog postojanja većine povreda odredaba parničnog postupka koje su relavitizirane, rezultat je bitno drukčije funkcije ovog suda koji utvrđene nedostatke suđenja u prvostepenoj presudi treba da sam otkloni i donese novu zakonitu i pravilnu presudu. Na taj način treba da se prevaziđe ranija praksa višestrukog ukidanja presuda zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ili zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka, čime su najviše trpjele same stranke.[126] Naravno, sam proces primjene zakona će najbolje pokazati da li ovako projektovani drugostepeni postupak zaista ostvaruje ciljeve zbog kojih je reformisan na ovaj način. Mogućnosti ukidanja prvostepene presude su veoma sužene. Propisano je da drugostepeni sud u samo četiri slučaja može ukinuti prvostepenu presudu i predmet vratiti istom sudu radi održavanja nove glavne rasprave. Radi se o sljedećim slučajevima:

- ako je protivno odredbama ovog zakona sud donio presudu na osnovu priznanja ili presudu na osnovu odricanja,
- ako kojoj stranci nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja nije data mogućnost da raspravlja pred sudom, a to je postupanje bilo od uticaja na donošenje zakonite i pravilne presude,
- ako je sud donio presudu bez glavne rasprave i
- ako je presudu donio sudija koji se po zakonu mora izuzeti.[127]

Zakonodavac je propisao ove odredbe imajući u vidu dosadašnju praksu u kojoj je dolazilo do ukidanja velikog broja presuda i vraćanja predmeta prvostepenim sudovima na ponovno suđenje. Smanjena ovlašćenja za ukidanje presuda trebaju dovesti do toga da cjelokupni postupak pružanja pravne zaštite postane mnogo efikasniji. Sada većinu utvrđenih povreda odredaba parničnog postupka treba da otkloni sud koji postupa po pravnom lijeku (u sjednici vijeća ili na osnovu održane

---

da drukčijom ocjenom već izvedenih dokaza drugačije cijeni, u odnosu na prvostepeni sud, i činjenična utvrđenja na osnovu tih dokaza. Pred tim sudom se na raspravi nisu mogle utvrđivati nove činjenice iznesene u žalbi, a ni izvoditi novi dokazi koji su u žalbi predloženi. Sada se afirmiše novi koncept rasprave pred drugostepenim sudom i propisuje da će ovaj sud zakazati raspravu kada ocijeni da je radi pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja potrebno pred tim sudom utvrditi nove činjenice ili izvesti nove dokaze, ili ponovo izvesti već predložene dokaze, kao i kada ocijeni da je zbog povrede odredaba parničnog postupka u prvostepenom postupku potrebno održati raspravu.

[124] O raspravi pred drugostepenim sudom šire: J. Stanišić, Rasprava pred drugostepenim sudom, Pravna riječ, br. 8/06, str. 283-306.

[125] Po svojoj suštini preinačenje predstavlja ukidanje presude i istovremeno donošenje drugačije meritorne presude.

[126] S. Mulabdić, Preinačenje presude, Pravni savjetnik, br. 4/04, str. 49.

[127] Član 227. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

Poređenja radi, u Zakonu o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH ne postoji mogućnost ukidanja prvostepene presude, već apelacioni sud ima obavezu da predmet sam riješi u svakom slučaju, bez obzira o kojim se povredama parničnog postupka radi.

rasprave) tako da se pobijana presuda neće ukidati, što je u interesu efikasnog pravosuđa i stranaka. U slučajevima u kojima mora doći do ukidanja presude zbog utvrđenih najtežih povreda odredaba parničnog postupka, može se konstatovati da je takva odluka u službi ostvarenja načela zakonitosti.[128]

Korjenite izmjene postoje kod odredaba kojima se regulišu vanredni pravni lijekovi. One se ogledaju u propisivanju dva vanredna pravna lijeka i to revizije i ponavljanja postupka. Nema više zahtjeva za zaštitu zakonitosti, koji u dosadašnjoj praksi nije imao adekvatnu primjenu. To je sasvim logično, jer su znatno izmijenjeni društveno-ekonomski odnosi i sada je u postupku naglašen građansko-pravni interes. Nesumnjivo je da u sadašnjem stepenu demokratije nema potrebe da se u odnose između stranaka miješa država putem javnog tužioca i ovo rješenje je sasvim razumljivo.[129]

Revizija je vanredni pravni lijek koji nema suspenzivno dejstvo. Može se izjaviti protiv presude donesene u drugostepenom postupku ili rješenja drugostepenog suda kojim se postupak pravosnažno zaršava. Rok za podnošenje revizije je 30 dana i teče od dana dostavljanja drugostepene presude strankama.[130] Revizija je bitno izmjenjena u odnosu na ranije odredbe. Ona nije dozvoljena ako vrijednost pobijanog dijela pravosnažne presude ne prelazi 10.000 KM.[131] Međutim, izuzetno vrhovni sudovi mogu dozvoliti reviziju u svim predmetima, ako ocijene da bi odlučivanje po reviziji bilo od značaja za primjenu prava u drugim slučajevima.[132] Mislimo da će ta odredba nepotrebno opteretiti ove sudove zbog toga što će stranke, često i bez posebnog razloga, koristiti navedenu mogućnost, a sudovi će imati obavezu da svaku reviziju prouče i da utvrde da li je dozvoljena ili ne. Dakle, sada su u pogledu revizije napušteni principi negativne i pozitivne enumeracije, a zakonodavac se opredijelio za generalni pristup, uslovljavajući dozvoljenost revizije imovinskim cenzusom, a izuzetno, u navedenim slučajevima, ona se može odobriti i mimo ovog cenzusa, kada to procijene vrhovni sudovi entiteta. Zadržano je rješenje iz ranijih zakona prema kome revizijski sud odlučuje o reviziji isključivo u sjednici vijeća. Bitno drugačija funkcija drugostepenog suda kao konačne činjenične instance, ne samo u slučaju kada potvrdi pobijanu presudu već i kada nakon održane rasprave utvrdi drugačije činjenično stanje i preinači pobijanu presudu, dovela je i do širih ovlašćenja revizijskog suda za preinačenje pobijane presude. [133]

---

[128] Vidi: S. Mulabdić, Ukidanje presude, Pravni savjetnik, br. 11/04, str. 13.
O revizionim ovlašćenjima drugostepenog suda u Republici Srbiji v. N. Petrušić, Reviziona ovlašćenja drugostepenog suda u novom parničnom procesnom sistemu Republike Srbije, Pravni život, br. 12/05, str. 59-74.

[129] Ovaj pravni lijek je kod nas bio prihvaćen iz sovjetskog prava i predstavljao je suprotnost demokratskom uređenju u pravnoj državi.

[130] Član 237. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[131] Član 237. stav 2. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[132] Član 237. stav 3. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[133] O reviziji u Republici Srbiji v. A: Radovanov, Revizija po Zakonu o parničnom postupku iz 2004. godine, u Budvanski pravnički dani, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2007, str.193-211.

Vidljivo je da novi zakoni više ne prave izuzetke za određene vrste sporova, kao što su sporovi o izdržavanju i naknadi štete za izgubljeno izdržavanje zbog smrti davaoca izdržavanja, sporovi iz radnih odnosa, sporovi iz autorskog prava, sporovi iz prava industrijske svojine i sporovi radi diskriminacije na jedinstvenom tržištu, u kojima je ranije revizija uvijek bila dozvoljena bez obzira na vrijednost spora.

Što se tiče ponavljanja postupka, sada se ono može tražiti samo iz šest razloga, umjesto dosadašnjih devet.[134] [135] Novina je da o prijedlogu za ponavljanje postupka sada odlučuje drugostepeni sud i to sudija pojedinac koji nije učestvovao u donošenju ranije drugostepene odluke.[136] Na ovaj način bi trebalo da se obezbjedi veći stepen objektivnosti prilikom donošenja odluke povodom ovog prijedloga. U slučaju da drugostepeni sud dozvoli ponavljanje i ukine odluku u ponovnom postupku pred prvostepenim sudom ne može postupati sudija koji je odlučivao u prijašnjem postupku.[137]

6. Sudske mjere obezbjeđenja

Odredbe o sudskim mjerama obezbjeđenja, kojima se reguliše postupak obezbjeđenja, sredstva obezbjeđenja i pretpostavke za njihovu primjenu su potpuno nove. Do sada je ova materija bila regulisana u zakonima o izvršnom postupku, a sada je prebačena u ove zakone. Do takvog rješenja, koje smatramo logičnim, došlo se zbog toga što se imalo u vidu da izvršni sud, u principu, treba da provodi samo prinudni postupak izvršenja obaveza koje su naložene izvršnim ispravama. Novi zakoni ne predviđaju založno pravo na nepokretnosti i prethodne mjere, već samo govore o mjerama obezbjeđenja koje se mogu odrediti ako predlagač učini vjerovatnim postojanje potraživanja ili prava i ako postoji opasnost da bi bez takve mjere protivnik obezbjeđenja mogao spriječiti ili znatno otežati ostvarivanje potraživanja, posebno time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti, opteretiti ili na drugi način sa njom raspolagati odnosno promijeniti postojeće stanje ili na neki drugi način štetno uticati na prava predlagača obezbjeđenja.[138] Mjere obezbjeđenja omogućavaju fleksibilnije postupanje sudova i prilagođene su vrsti potraživanja i prirodi obezbjeđenja. Ove mjere mogu se predložiti u svim stadijima parničnog postupka, kao i prije nego što je ovaj postupak pokrenut, a isto tako i nakon njegovog završetka, a sve dok izvršenje ne bude provedeno. Mjere obezbjeđenja može predložiti samo aktivna strana, dakle tužitelj.[139] One se mogu odrediti i po službenoj dužnosti.[140]

---

[134] Ranije tačke 4. i 5. člana 421. su spojene u jednu tačku, a dvije tačke – 7. i 8. su izostavljene.

[135] O ponavljanju parničnog postupka zbog novih činjenica i novih dokaza u Republici Srbiji v. N. Bodiroga, Ponavljanje parničnog postupka zbog novih činjenica i novih dokaza, Pravni život, br, 12/06, str. 165-177.

[136] Član 258. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[137] Član 264. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[138] Član 269. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

[139] Z. Kulenović, S. Mikulić, S. Milišić-Veličkovski, J. Stanišić i D. Vučina, op. cit., str. 457.

[140] Član 279. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

Rješenje o određivanju mjere obezbjeđenja ima učinak rješenja o izvršenju, pa zbog toga posebno rješenje u ovom pravcu nije ni potrebno. U rješenju kojim se ta mjera donosi sud određuje i vrijeme njenog trajanja. Mjere obezbjeđenja provodi sud koji bi bio nadležan i za provedbu izvršenja pravomoćnih presuda.[141]

7. Punomoćnici

U okviru opštih odredbi razmatraćemo one kojima su regulisani punomoćnici u parničnom postupku. Novo parnično procesno zakonodavstvo u ovom pogledu donosi određene izmjene. Pošto se poslovno i parnično sposobnim strankama priznaje i postulaciona sposobnost, koja se ogleda u tome da mogu same preduzimati radnje u postupku, ostavljeno im je na volju da lično preduzimaju parnične radnje ili pak da za to angažuju punomoćnika, koji će ih preduzimati u njihovo ime.[142] U zakonima više nema opštih odredaba o tome ko može biti punomoćnik, već zakonodavac taksativno određuje koja to lica mogu biti.[143] Novost je i da je sužen krug lica koja mogu biti punomoćnici. Propisano je da punomoćnik može biti advokat, advokatsko društvo ili zaposleni kod službe za besplatnu pravnu pomoć, kao i, za pravna lica zaposleni kod tog pravnog lica, a za fizička lica bračni odnosno, vanbračni drug stranke ili srodnik stranke po krvi ili po tazbini.[144] [145] Krupna novina se ogleda u tome da punomoćnik može biti advokatsko društvo. Imajući u vidu da ova društva imaju svojstvo pravnog lica, kod nas se prvi put uvodi mogućnost da i pravno lice može biti punomoćnik u parničnom postupku. Smatramo da je to korisno i racionalno rješenje, pogotovo što se ova novela odnosi samo na određena pravna lica koja strankama mogu pružiti svu potrebnu stručnu pomoć u zastupanju. Kao što je navedeno, punomoćnici pravnih lica mogu biti i lica zaposlena kod tog pravnog lica,[146] ali i advokati i advokatska društva. Kada su u pitanju srodnici parničnih stranaka kao punomoćnici,[147] broj ovih lica je veoma sužen, a to će doprinijeti efikasnijem vođenju parnice. Voljeli bismo da su ova zakonska rješenja samo prelazna etapa ka uvođenju instituta obaveznog zastupanja stranaka od strane profesionalnih punomoćnika – advokata i advokatskih društava u sistem našeg procesnog prava, što bi sigurno obezbijedilo strankama mnogo veće garancije za realizaciju njihovih interesa.[148]

---

[141] Član 290. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[142] Član 300. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[143] Ovo pokazuje da se zakonodavac u ovom dijelu oslonio na odredbe o zastupnicima i opštim uslovima za zastupanje.
[144] Član 301. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[145] Interesantno je rješenje iz slovenačkog Zakona o parničnom postupku prema kome u postupku pred okružnim i višim sudovima, te Vrhovnim sudom Republike Slovenije (kada se ne radi o vanrednim pravnim lijekovima) stranka još uvijek može nastupati sama, iako nema pravnog obrazovanja, ali ako bira punomoćnika pred okružnim i višim sudom to može biti samo advokat ili lice sa pravosudnim ispitom (član 86.), a za postupak po vanrednim pravnim lijekovima obavezno je zastupanje od strane advokata (član 87.), osim ako stranka sama ima položen pravosudni ispit.
[146] Za ova lica se ne traže posebne stručne kvalifikacije, kao što je to bilo nekada.
[147] I za ova lica se ne traži da budu stručno osposobljena za zastupanje.
[148] Slično i: Z. Kulenović, S. Mikulić, S. Milišić-Veličkovski, J. Stanišić i D. Vučina, op. cit., str. 497.

8. Posebni postupci

Od posebnih postupaka uređen je postupak u parnicama iz radnih odnosa,[149] postupak u parnicama zbog smetanja posjeda,[150] postupak u sporovima male vrijednosti[151] i postupak pred izbranim sudom.[152]

Postupak u parnicama iz radnih odnosa je poseban parnični postupak čija pravila ne odstupaju mnogo od pravila redovnog postupka. To odstupanje se odnosi na prioritet u rješavanju ovih sporova[153] u odnosu na ostale sporove koji se rješavaju po opštim pravilima u redovnom postupku, te dužinu zakonskih i sudskih rokova. Postupak u parnicama zbog smetanja posjeda je također hitan, a i kraći su rokovi za izvršenje procesnih radnji. Ovdje su materijalnim pravom propisani posebni prekluzivni rokovi (subjektivni i objektivni) za podnošenje tužbe, a ovaj zakon propisuje i poseban prekluzivni rok u kome se u izvršnom postupku može tražiti izvršenje rješenja kojim se tuženom po tužbi za smetanje posjeda nalaže izvršenje određene radnje. Taj rok iznosi 60 dana od proteka roka koji je rješenjem o smetanju posjeda određen za izvršenje te radnje.[154] I u postupku u sporovima male vrijednosti se primjenjuju izvjesna pravila koja odstupaju od redovne procedure. Radi se o posebnom sumarnom postupku u kome su mnoge procesne radnje reducirane zbog interesa ekonomičnosti. Sporovi male vrijednosti, u smislu odredaba ovih zakona, su sporovi u kojima se tužbeni zahtjev odnosi na potraživanje u novcu koji ne prelazi iznos od 3.000 KM.[155] Ovim sporovima se ne smatraju sporovi o nekretninama, sporovi iz radnih odnosa i sporovi zbog smetanja posjeda.[156] To je sasvim razumljivo, jer su za sporove iz radnih odnosa i sporove zbog smetanja posjeda predviđena specifična pravila postupka, dok se sporovi o nekretninama ne bi mogli smatrati ovakvom vrstom sporova s obzirom na njihovu vrijednost. U pogledu postupka pred izbranim sudom, znatnijih novina u odnosu na ranije propise nema. Stranke se mogu sporazumjeti da rješavanje spora povjere ovom sudu, osim ako se radi o zahtjevu koji je protivan prinudnim propisima, koji obavezuju stranke na njihovo striktno poštivanje.[157] Poznato je da je podjela izbranih sudova (arbitraža) prema načinu njihovog organizovanja na povremene ili ad hoc i stalne. Presuda izbranog suda može se poništiti po tužbi stranke pred redovnim sudom. Za rješavanje po tužbi nadležan je sud koji bi bio nadležan za rješavanje ovog spora u prvom stepenu da nije sklopljen ugovor o izbranom sudu.[158]

---

[149] Članovi 419-422. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[150] Članovi 423-427. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[151] Članovi 428-433. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[152] Članovi 434-453. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[153] To je zbog toga što se u ovim parnicama raspravlja o egzistencijalnim pravima stranaka.
[154] Član 427. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[155] Član 429. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[156] Član 430. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[157] Član 434. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[158] Član 450. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

9. Prelazne i završne odredbe

U prelaznim i završnim odredbama predviđene su različite situacije u kojima se primjenjuju novi propisi. Zakoni su prihvatili moderno shvatanje o trenutnom dejstvu novog procesnog zakona u parnicama koje su u toku. Izričito je regulisano da će se u slučaju, ako je prije stupanja na snagu ovih zakona započet postupak pred prvostepenim sudom, dalji postupak sprovesti po odredbama tih zakona.[159] Propisano je i da će se, ako po stupanju na snagu ovih zakona bude ukinuta prvostepena odluka, dalji postupak sprovesti po tim zakonima.[160] Ova rješenja motivisana su željom da se i stari predmeti, koji imaju prioritet, rade po novim propisima, što će sigurno doprinijeti njihovom bržem rješavanju. Jedini slučaj primjene starih zakona postoji ako je prije stupanja na snagu novih zakona donijeta prvostepena odluka kojom se postupak pred prvostepenim sudom završava.[161] Prema tome, radi se ne samo o praktičnim, nego i o jedino mogućim rješenjima.

10. Zaključak

Nesumnjivo je da je trebalo učiniti sve da se reformom parničnog postupka u Bosni i Hercegovini postigne što veća efikasnost, pojednostavljenje i ubrzanje sistema pružanja pravne zaštite, uz osiguranje i poštovanje osnovnih procesnih garancija. U namjeri ostvarenja ovih ciljeva, zakonodavac je učinio niz raznovrsnih intervencija u odnosu na ranije propise, posebno na području procesnih načela. Mnoga rješenja u novim zakonima su potpuno nova, dok su pojedina nekritički preuzeta iz anglosaksonskog pravnog sistema. Tu prije svega mislimo na strogo ograničavanje suda na one dokaze koje stranke ponude. Ipak, smatramo da novi propisi, zasnovani na radikalno izmijenjenom konceptu, sadrže i dosta prihvatljivih novina,pogotovo onih koje su u funkciji veće efikasnosti postupanja i ostvarenja načela procesne ekonomije, ali da zbog preopterećenosti sudova njihove prednosti još nisu došle do punog izražaja. Prevazilaženje normativnih prepreka u ostvarivanju neophodne brzine postupanja bio je, inače, glavni cilj reforme civilne procedure. Nakon početnih teškoća, koje su u ovakvim situacijama neminovne, vjerujemo da će protekom vremena stanje u ovoj oblasti biti sve bolje i da će, kada i sudska praksa da odgovore na mnoga sporna pitanja, prava vrijednost ovih zakona doći do punog izražaja.

[159] Član 454. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[160] Član 456. stav 3. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.
[161] Član 456. stav 1. ZPP RS i ZPP Federacije BiH.

Prof.Duško Medić, Ph.D
judge of the Constitutional Court of Republic of Srpska
Faculty at Law, Paneuropean University"Apeiron"Banja Luka

REFORM IN LITIGATION PROCEDURE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Codes of Litigation Procedure of the Republic of Srpska and the Federation of BiH has many added features that significantly speeds up the entire civil action in court. Many solutions to these laws are completely new, while some uncritically taken over from Anglo-Saxon legal system. We hope that after initial difficulties, which are inevitable in such situations, the situation in this area will be better and that the value of these laws still come to full expression.

Key words: litigation procedure, systematics of law, basic principles, remedies.

Dr Miodrag N. Simović,
redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci i predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Mr Marina M. Simović-Nišević,
Uprava za indirektno oporezivanje BiH

SUĐENJE U KRIVIČNIM PREDMETIMA: NOVA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE I NJEN UTICAJ NA BH. PRAVO I PRAKSU

Apstrakt

Po svom personalnom sastavu i široko postavljenim nadležnostima Ustavni sud BiH predstavlja pravni novum. Ustavni sud BiH je ustavni organ. Njegove nadležnosti su izričito propisane u Ustavu BiH. Ustavni sud BiH, kao posljednja instanca u tumačenju Ustava BiH, ima konačnu riječ u ustavnopravnim sporovima nastalim između ostalih ustavnih organa. Zadatak Ustavnog suda BiH da štiti Ustav BiH, istovremeno ga prisiljava na samoograničenje. Ustavni sud BiH nosi poseban teret odgovornosti, a to je da u posljednjoj instanci odlučuje o najvažnijim ustavnopravnim pitanjima u BiH.

Apelaciona nadležnost predstavlja ustavnoprocesnu novost u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine. Apelacijom upućenom Ustavnom sudu apelant ima mogućnost da preispituje pravne akte svih triju državnih vlasti ukoliko su njima povrijeđene njegove ustavnopravne pozicije. Apelacija ima supsidijarni karakter, jer je ona dopuštena samo ako zaštita putem djelotvornih redovnih pravnih lijekova ostane bez uspjeha.

Ključne riječi: Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, pravo na slobodu i bezbjednost ličnosti, pravo na pravično suđenje, pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, pravo na djelotvoran pravni lijek, zabrana diskriminacije.

UVODNE NAPOMENE

U skladu sa članom VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine[1], takođe, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i

[1] U daljnjem tekstu: Ustavni sud.

Hercegovini. Prema članu 16 stav 1 Pravila Ustavnog suda[2], Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku kojeg je koristio. Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava[3] i Ustavnog suda, zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava[4]. Takođe, van nadležnosti Ustavnog suda je da procjenjuje kvalitet zaključaka sudova u pogledu ocjene dokaza, ukoliko se ova ocjena ne doima očigledno proizvoljnom. Uz to, Ustavni sud se neće miješati u način na koji su redovni sudovi usvojili dokaze kao dokaznu građu, a ni u situaciju kada redovni sudovi povjeruju dokazima jedne strane u postupku na osnovu slobodne sudijske ocjene. To je isključivo uloga redovnih sudova, čak i kada su izjave svjedoka na javnoj raspravi i pod zakletvom suprotne jedna drugoj[5]. Naime, Ustavni sud nije nadležan supstituirati redovite sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je uopšteno zadatak redovitih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli[6]. Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li je eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska[7]. Dakle, u okviru apelacione nadležnosti Ustavni sud se bavi isključivo pitanjem eventualne povrede ustavnih prava ili prava iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[8] u postupku pred redovnim sudovima, pa bi u konkretnom slučaju Ustavni sud trebao ispitati da li je postupak u cjelini bio pravičan na način na koji to zahtijeva član 6 stav 1 Evropske konvencije[9].

Sudovi nisu obavezni da pozovu sve svjedoke ukoliko se ne smatra da su bitni za konkretan predmet[10]. Da bi se ustanovila povreda apelantovog prava za pozivanje svjedoka, apelant mora da dokaže da je pozivanje svjedoka bilo neophodno za utvrđivanje istine[11] i da je nepozivanje svjedoka prejudiciralo apelantov predmet[12].

---

[2] „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 60/05 i 64/08 i 51/09.
[3] U daljnjem tekstu: Evropski sud.
[4] Vidi, Evropski sud, *Pronina protiv Rusije*, Odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, aplikacija broj 65167/01.
[5] Vidi Evropski sud, *Doorson protiv Holandije*, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996–II, stav 78.
[6] Vidi, Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02.
[7] Odluka Ustavnog suda, broj AP 966/07 od 12. januara 2010. godine.
[8] U daljnjem tekstu: Evropska konvencija.
[9] Vidi, Ustavni sud, odluka broj *AP- 20/05* od 18. maja 2005. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 58/05.
[10] Vidi Evropski sud, *Ankel protiv Švicarske*, presuda od 23. oktobra 1996. godine, Izvještaji 1996–V, stav 38.
[11] Odluka Ustavnog suda, broj AP 154/05 od 12. aprila 2006. godine.
[12] Vidi bivša Evropska komisija za ljudska prava, *X protiv Švajcarske*, 28, Odluke i izvještaji, stav 136.

Shodno praksi Evropskog suda, „u principu sud ne procjenjuje da li su izjave svjedoka bile na ispravan način usvojene kao dokazna građa“[13], a takvu praksu slijedi i Ustavni sud[14]. Sem toga, Ustavni sud, u principu, nije nadležan da vrši procjenu činjeničnog stanja koju su izvršili redovni sudovi, ukoliko utvrđene činjenice i dokazi na kojima se presuda zasniva ne izgledaju proizvoljno i neprihvatljivo.

Član 6 stav 3 tačka b) Evropske konvencije zahtijeva da se optuženom „obezbijede vrijeme i uslovi neophodni za pripremanje odbrane“. Osnovni element u obezbjeđivanju vremena za odbranu jeste da branilac bude blagovremeno dodijeljen kako bi se ostavilo dovoljno vremena za pripremanje odbrane. Kada se optuženi i njegov branilac žale da im nisu obezbijeđeni odgovarajući uslovi za odbranu, odgovornost suda je da odluči da li može da se nastavi sa suđenjem, a da se ne prekrši član 6 stav 3b) Evropske konvencije. Pri tome, mora da se vodi računa o tome da pravo optuženog da slobodno komunicira sa svojim braniocem u pripremanju odbrane bude od apsolutno centralnog značaja za koncept pravičnog suđenja[15].

Član 6 stav 3 tačka d) Evropske konvencije sadrži dva prava: 1) pravo optuženog da mu se omogući da ispituje svjedoka optužbe i 2) pravo da se sasluša svjedok odbrane pod istim uslovima koji važe i za svjedoka optužbe. Ova prava su nezavisna jedno od drugog[16]. Ova odredba zahtijeva da se optuženi stavi u položaj potpune jednakosti sa tužiocem, te da mu se omogući da ispita i ospori svjedočenje svjedoka optužbe, kao i da pozove i ispita svoje svjedoke pod istim uslovima. Međutim, ova odredba nema apsolutno dejstvo, tj. ovo pravo optuženog nije neograničeno. Na primjer, postoje slučajevi kada zakon ne dozvoljava da optuženi direktno ispituje svjedoka optužbe, u slučajevima u kojima se koriste iskazi tzv. „zaštićenih svjedoka“. Sem toga, postoje situacije kada, zbog objektivnih okolnosti, nije moguće da se na glavnom pretresu sasluša svjedok koji je već dao iskaz u prethodnom postupku bez prisustva optuženog ili njegovog branioca[17].

Ravnopravnost stranaka je jedan od važnih aspekata prava na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 u vezi sa stavom 3 tačka d) istog člana Evropske konvencije. To znači da optuženi u krivičnom postupku treba da ima ista prava kao i ovlašćeni tužilac. Drugi važan princip, koji je blisko vezan za to pravo, jeste da postupak mora da bude u skladu sa principom kontradiktornosti. To znači da optuženi mora da ima informacije o svim navodima i dokazima koje je iznio tužilac, zatim mogućnost da odgovori na iznesene navode, te da iznese druge dokaze u korist svoje odbrane[18].

U svim slučajevima ograničavanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, u smislu Evropske konvencije, mora da se vodi računa o uspostavljanju pravičnog odnosa između zahtjeva opšteg interesa zajednice i potrebe da se zaštite osnovna prava

[13] Vidi Evropski sud, Kostovski protiv Holandije, presuda od 20. novembra 1989. godine, serija A–166.
[14] Vidi Odluku broj AP 525/04 od 18. januara 2005. godine.
[15] Vidi, npr., Evropski sud, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. juna 1984. godine.
[16] Vidi Evropski sud, *Unterpertinger protiv Austrije*, presuda od 24. novembra 1986. godine, serija A–110.
[17] Vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 105/03 od 30. novembra 2004. godine, st. 25–27.
[18] Odluka Ustavnog suda broj AP 2216/07 od 25. februara 2010. godine.

pojedinca. To znači da mora da postoji legitiman cilj za takva ograničenja, te razuman odnos proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja koji želi da se ostvari. Potrebna ravnoteža, tj. proporcionalnost između javnog interesa zajednice i osnovnih prava pojedinaca, neće biti utvrđena ako „dotična lica moraju da snose prevelik teret“[19].

Ustavni sud je ranije u svojoj jurisprudenciji zaključio da ima nadležnost da u postupku iz apelacione jurisdikcije izvrši i konkretnu ocjenu ustavnosti u smislu člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine, ako je to potrebno. U suprotnom, Ustavni sud bi se lišio svoje funkcije „suda“[20]. Naime, kako je u već citiranoj odluci U 106/03 Ustavni sud zaključio, na Ustavnom sudu, kao čuvaru Ustava Bosne i Hercegovine (član VI/3 Ustava Bosne i Hercegovine) leži zadatak da ispita konzistentnost opštih pravnih akata sa najvišim pravnim aktom države, Ustavom Bosne i Hercegovine, ako se pojavi potreba za tim u postupku iz apelacione jurisdikcije. Pri tome, Ustavni sud ima punu nadležnost kao onu u smislu člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine, jer samo na taj način može u potpunosti da se zaštiti princip vladavine prava, koji podrazumijeva, *inter alia*, da zakoni budu u hijerarhijskoj harmoniji. U suprotnom, Ustavni sud bi bio zavisan od volje ostalih sudova i zakonodavca u ispunjavanju njegove pozitivne obaveze u smislu člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine, a to bi bilo protivno prvoj rečenici člana VI/3 Ustava Bosne i Hercegovine. Stoga je Ustavni sud došao do zaključka da ima nadležnost da u postupku iz apelacione jurisdikcije izvrši i konkretnu ocjenu ustavnosti u smislu člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine, ako je to potrebno[21].

ZABRANA MUČENJA I PODVRGAVANJA NELJUDSKOM I PONIŽAVAJUĆEM POSTUPKU ILI KAŽNJAVANJU

Član 3 Evropske konvencije kojim je određeno da „Niko neće biti podvrgnut torturi, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju“, štiti jedno od „apsolutnih prava“ Evropske konvencije od čijeg poštovanja države nikada ne mogu odstupiti, čak ni u vrijeme rata.

U pogledu procesnih jemstava državi koje nameće član 3 Evropske konvencije, zabrana mučenja i nehumanog postupanja određuje državi obavezu da djelotvorno istraži sve tvrdnje o takvom postupanju i da, prema potrebi, krivično goni navodne učinioce. Ova odgovornost je dio pozitivnih obaveza države prema Evropskoj konvenciji, odnosno obaveze državnih vlasti da preduzmu korake ili mjere da zaštite prava pojedinaca prema Evropskoj konvenciji. Osnov za takvo nametanje nalazi se u članu 1 Evropske konvencije, kojim se od visokih strana ugovornica zahtijeva da svakom u svojoj nadležnosti jemče prava i slobode određene u Evropskoj konvenciji.

[19] Vidi Evropski sud, *Sporrong i Lonnorth protiv Švedske,* presuda od 23. septembra 1982. godine, serija A–52, str. 26–28, st. 70–73.
[20] Vidi Ustavni sud, Odluka broj U 106/03 od 26. oktobra 2004. godine.
[21] Već citirana Odluka U 106/03, st. 32–34.

Pozitivne obaveze se, takođe, zasnivaju na principu da prava prema Evropskoj konvenciji moraju biti praktična i djelotvorna, a ne teoretska i iluzorna.

Neljudski tretman mora imati minimalan stepen jačine ukoliko se svrstava u okvir člana 3 Evropske konvencije. Procjena ovog minimuma je, prema prirodi stvari, relativna. Ona zavisi od svih okolnosti predmeta, kao što su priroda i sadržaj postupka, njegovo trajanje i fizičke i mentalne posljedice, a u nekim slučajevima i pol, starosna dob i zdravstveno stanje žrtve[22]. U pogledu ponašanja organa vlasti, posebni faktori koji se uzimaju u obzir su: ponašanje organa vlasti nakon relevantnog događaja i mjera do koje je proveden postupak u vezi sa događajem[23].

Takođe, proceduralno, pozitivna obaveza države prema članu II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i članu 3 Evropske konvencije zahtijeva od državnih organa da iskoriste sve mogućnosti i preduzmu sve razumno ostvarive korake kako bi utvrdili identitet učinilaca, te da ih privedu pravdi. Država nema i ne može imati apsolutnu obavezu da ostvari cilj za koji se može ispostaviti da je neostvariv.

Prema navedenom, jasno je da pitanje zakonitosti korišćenih dokaza u osuđujućoj presudi ne potpada pod zaštitu prava iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije. S druge strane, u pogledu apelantovih tvrdnji u predmetu broj AP-2292/07 od 28. april 2010. godine da je prije davanja izjave bio brutalno podvrgnut torturi, batinjenju i mučenju, odnosno da je pretučen, on je morao o tome obavijestiti nadležne organe kako bi se pokrenuo mehanizam u okviru pozitivnih obaveza javne vlasti, a što pretpostavlja obavezu da djelotvorno istraži sve tvrdnje o takvom postupanju i da, prema potrebi, krivično goni navodne počinioce. Prema tome, Ustavni sud zaključuje da su apelantovi navodi o kršenju prava iz člana II/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3 Evropske konvencije neosnovani

PRAVO NA LIČNU SLOBODU I BEZBJEDNOST

U predmetu broj AP 1090/07 od 28. aprila 2010. godine Ustavni sud je zaključučio da postoji kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 stav 1.e) i stav 4 Evropske konvencije. Ustavni sud povredu ovog prava vidi u tome što lišavanje slobode lica koja su krivično djelo učinila u stanju bitno smanjene uračunljivosti ne ispunjava zahtjev „zakonitosti“ u smislu Evropske konvencije zbog toga što važeći zakoni precizno ne definišu mogućnost, uslove, način i postupak izricanja, produženja i/ili prestanka mjere obaveznog liječenja i čuvanja u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ovih lica, te pristup „sudu“ radi ispitivanja zakonitosti pritvaranja, što ostavlja prostor za proizvoljnu primjenu zakona. Osim toga, smještaj takvih lica u posebnom zatvorskom odjelu, takođe, ne ispunjava zahtjev „zakonitosti“ iz člana 5 stav 1.e) Evropske konvencije. Takođe, kršenje ovog prava postoji i zbog toga što važeća zakonska regulativa ne ispunjava zakonski kvalitet u mjeri u kojoj ne poštuje prava iz člana 5 stav

[22] Vidi presudu Evropskog suda, *Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* od 18. januara 1978. godine, Serija A broj 25, strana 65, stav 162.

[23] Vidi presudu Evropskog suda, *Çakici protiv Turske*, od 10. maja 2001. godine, Odluke i izvještaji 2001–IV, stav 156.

1.e) i stav 4 Evropske konvencije.

U konkretnom slučaju apelant je odlukom nadležnog suda oglašen krivim za krivično djelo ubistva i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od osam godina, te mu je izrečena mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, koja je postojala prema ranijem Krivičnom zakonu Federacije BiH[24] zato što je krivično djelo učinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti. Međutim, nakon izricanja ove mjere, na snagu je stupio novi Krivični zakon Federacije BiH iz 2003. godine[25] koji propisuje da se licu koje je krivično djelo učinilo u stanju bitno smanjene uračunljivosti ili smanjene uračunljivosti može izreći mjera obaveznog psihijatrijskog liječenja, ako postoji opasnost da bi uzroci takvog stanja mogli i ubuduće djelovati na učinioca da učini novo krivično djelo. Dakle, novi Krivični zakon Federacije BiH ne predviđa više mjeru bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi licu koje je krivično djelo učinilo u stanju bitno smanjene uračunljivosti, već samo mjeru obaveznog psihijatrijskog liječenja čijim se izricanjem učiniocu krivičnog djela nameće obaveza psihijatrijskog liječenja, ali njeno izricanje ne može biti osnov za prinudnu psihijatrijsku hospitalizaciju, iako se ona izvršava, u slučaju osude na kaznu zatvora, u kazneno-popravnoj ustanovi. Okolnost da je pravnosnažnom sudskom presudom učiniocu krivičnog djela izrečena kazna zatvora i da se stoga ima smatrati da je njegovo lišenje slobode u procesu izvršenja te krivičnopravne sankcije u skladu sa članom 5 stav 1 tačka a) Evropske konvencije ne znači da je i prinudna psihijatrijska hospitalizacija takvog učinioca krivičnog djela automatski u skladu sa članom 5 stav 1 tačka e), jer se zakonitost prinudne psihijatrijske hospitalizacije mora odvojeno ocjenjivati[26]. Pored toga, odredbe novog Krivičnog zakona Federacije BiH koje se odnose na ovu mjeru ne sadrže kriterije za razlikovanje slučajeva u kojima se učiniocu krivičnog djela u okviru mjere obaveznog psihijatrijskog liječenja nameće samo psihijatrijsko liječenje od slučajeva kada mu se nameće i prinudnna hospitalizacija, a ni novi Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH[27] ne sadrži odredbe kojima bi bio propisan postupak izricanja, primjene i kontrole mjere bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja što je, takođe, suprotno članu 5 stav 1 tačka e) Evropske konvencije.

Ustavni sud podsjeća da je u svojoj Odluci broj AP 2271/05 od 21. decembra 2006. godine[28] u tački 64 ukazao da je praksa sudova „koji o produžetku pritvora odlučuju prema Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH, koji je prestao da važi, te prema odredbama Zakona o zaštiti lica sa duševnim smetnjama[29] i Zakona o

[24] „Službene novine Federacije BiH“ br. 43/98, 2/99, 15/99 i 29/00.
[25] „Službene novine Federacije BiH“ br. 36/03, 37/03, 21/04 i 18/05.
[26] Vidi: Evropski sud, *Erkalo protiv Holandije,* presuda od 2. septembra 1998, Odluke i izvještaji (DR*)* 1998–VI, str. 2477, stav 50.
[27] „Službene novine Federacije BiH“ br. 35/03, 37/03, 56/03, 28/05, 55/06, 27/07 i 53/07.
[28] „Službeni glasnik BiH“ broj 49/06.
[29] „Službene novine Federacije BiH“ br. 37/01 i 42/02.

izvršenju krivičnih sankcija[30] koji nisu usklađeni sa novim Krivičnim zakonom i Zakonom o krivičnom postupku Federacije BiH, već upućuju na primjenu prijašnjih propisa, ukazuje na kršenje principa vladavine prava iz člana I/2. Ustava Bosne i Hercegovine i u njemu sadržanog principa pravne sigurnosti". Na osnovu navedenog je zaključeno „da takva praksa i odluke donesene u tim postupcima ne mogu ispuniti zahtjev ‚zakonitosti' iz člana 5 stav 1.e) Evropske konvencije". Takođe, Evropski sud je utvrdio da je ovakva situacija ne ispunjava zahtjev ‚zakonitosti' iz člana 5 stav 1 Evropske konvencije[31].

Apelant se, takođe, žalio, pozivajući se na Specijalni izvještaj Ombudsmena BiH, da institucija u kojoj je bio smješten od 5. maja 2003. do 21. jula 2007. godine, tačnije posebno odjeljenje zatvora u Zenici, ne predstavlja odgovarajuću zdravstvenu ustanovu. Ustavni sud podsjeća da je u već citiranoj odluci AP 2271/05 od 21. decembra 2006. godine u tački 67 zaključio „da, iako smještaj mentalno oboljelih lica u posebno odjeljenje zatvora jeste, u određenoj mjeri, u skladu sa domaćim zakonom koji predviđa takvu mogućnost, ali isključivo kao izuzetak, on, ipak, nije saglasan sa zahtjevima Evropske konvencije koja traži da ta lica budu smještena u bolnici, klinici ili drugoj odgovarajućoj instituciji namijenjenoj za tu svrhu".

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVNO NEVALJANI DOKAZI

Prema ustaljenoj praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, član 6 stav 1 Evropske konvencije obvezuje sudove, između ostalog, da obrazlože svoje presude. Ova obaveza, međutim, ne može biti shvaćena kao obaveza da se u presudi iznesu svi detalji i daju odgovori na sva postavljena pitanja i iznesene argumente[32]. Mjera u kojoj ova obaveza postoji zavisi od prirode odluke[33]. Prema praksi Evropskog suda, domaći sudovi dužni obrazložiti svoje presude pri čemu ne moraju dati detaljne odgovore na svaki navod, ali ako je pravno pitanje suštinski važno za ishod predmeta, sud u tom slučaju mora posebno obrazložiti razloge na kojima zasniva svoju odluku. U suprotnom, postoji povreda članka 6 stav 1 Evropske konvencije[34].

Nadalje, praksa je Evropskog suda da prihvatanje nezakonito dobijenih dokaza ne predstavlja samo po sebi kršenje članka 6 Evropske konvencije, ali je Evropski sud u predmetu *Schenk protiv Švajcarske* našao da to može dovesti do nepravičnosti, zavisno od činjenica konkretnog predmeta[35]. U ovoj odluci Evropski sud je zauzeo stav da član 6 Europske konvencije ne sadrži ni jedno pravilo koje reguliše pitanje

[30] „Službene novine Federacije BiH" br. 44/98 i 42/99.
[31] Vidi Evropski sud, *Tokić i drugi protiv BiH*, presuda od 8. jula 2008. godine, tač. 66 i 67 i *Halilović protiv B iH*, presuda od 24. novembra 2009. godine, tačka 24.
[32] Vidi Ustavni sud, odluke br. U 62/01 od 5. aprila 2002. godine i AP 352/04 od 23. marta 2005. godine.
[33] Vidi Evropski sud, *Ruiz Torija protiv Španije*, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A, broj 303–A, stav 29.
[34] Vidi Evropski sud, *Van der Hurk protiv Holandije*, presuda od 19. aprila 1994. godine, stav 61.
[35] Vidi Evropski sud, *Schenk protiv Švajcarske*, presuda od 12. jula 1988. godine, broj predstavke 1086/84, serija A–140, stav 49.

prihvatljivosti dokaza nego da je to pitanje u isključivoj nadležnosti domaćeg zakonodavstva; da saglasno navedenom, prihvatanje nezakonitih dokaza ne znači samo po sebi povredu člana 6 Evropske konvencije; da Evropski sud ispituje postupak kao cjelinu, odnosno da li su sudovi korišćenjem tog nezakonitog dokaza lice lišili prava na pravično suđenje, te da se posebno cijeni da li je taj nezakoniti dokaz bio jedini dokaz na kojem su sudovi temeljili svoju odluku.

Razmatrajući konkretan slučaj u predmetu u predmetu broj AP-3225/07 od 14. aprila 2010. godine, a u kontekstu navedenih principa iz Evropske konvencije, Ustavni sud kao prvo uočava da je i sam Vrhovni sud Republike Srpske utvrdio da su u predmetnom postupku korišćeni dokazi koji su u smislu člana 83 ranijeg Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske[36] morali biti izuzeti iz spisa. Dakle imajući u vidu stavove Vrhovnog suda da se radilo o dokazima koji su morali biti izuzeti, odnosno da se radilo o nezakonitim dokazima, Vrhovni sud je bio dužan temeljito obrazložiti u kojoj je mjeri upotreba takvih dokaza imala uticaja na zakonitost presude, odnosno u kojoj je mjeri mogla dovesti u pitanje apelantovo pravo na pravično suđenje. Okolnosti konkretnog slučaja ukazuju na to da je ovdje posebno izražen zahtjev poštovanja principa ‚obrazložene odluke' iz člana 6 Evropske konvencije, upravo zato jer se radilo o pravnom pitanju koje je od suštinskog značaja za ishod konkretnog predmeta.

Ustavni sud, analizirajući dalje obrazloženje presude Vrhovnog suda, uviđa da se u obrazloženju navodi da je Vrhovni sud cijenio izjave svjedoka dovodeći ih u vezu sa potvrdama o ulaženju u stan i druge prostorije i sa pratećom dokumentacijom, potvrdama o privremeno oduzetim predmetima i *drugim dokazima*. Nepreciziranjem u vezi sa kojim drugim dokazima su cijenjeni ovi dokazi Vrhovni sud ostavlja prostora mogućem razumijevanju da su prilikom ocjene dokaza uzeti u obzir čak i dokazi za koje je zaključeno da su bili nezakoniti, te je i u ovom dijelu obrazloženje presude nezadovoljavajuće u smislu principa iz člana 6 Evropske konvencije.

Imajući u vidu navedeno Ustavni sud smatra da je u presudi Vrhovnog suda izostalo temeljito obrazloženje u pogledu pitanja da li su i u kojoj mjeri nezakoniti dokazi imali uticaj na zakontost presude, zbog čega Ustavni sud nalazi da su utemeljni apelantovi navodi u odnosu na ovaj aspekt prava na pravično suđenje,

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRIGOVOR IMUNITETA

U vezi sa navodima apelanta u predmetu u predmetu Ustavnog suda, broj AP 2354/09 od 27. marta 2010. godine, o povredi prava na pravično suđenje, zagarantovanog članom 6 stav 1 Evropske konvencije, te uprkos upitnoj procesnoj regulisanosti na koju je ukazano, u raspravi na sjednici Ustavnog suda je izneseno zapažanje da je o apelantovom prigovoru imuniteta odlučio „sud ustanovljen zakonom" u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Takođe, je istaknuto da

[36] „Službeni list SFRJ" br. 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 i 3/90 i „Službeni glasnik Republike Srpske" br. 4/93, 26/93 i 14/94.

pravo žalbe višem sudu nije definisano kao obavezni standard, niti se podrazumijeva

u članu 6 stav 1 Evropske konvecije. Međutim, ako je žalba kao domaći pravni lijek omogućena i bila podnesena i pozvan sud tog stepena da „utvrdi činjenice“, stav 1 člana 6 Evropske konvencije bio bi primjenjiv[37].

U konkretnom slučaju, budući da je o prigovoru imuniteta odlučeno kao o prethodnom prigovoru na optužnicu, žalba protiv tog rješenja, prema članu 233 stav 3 Zakona o krivičnom postupku BiH[38] nije dozvoljena. U raspravi je ukazano da se radi o fazi krivičnog postupka koja prethodi glavnom pretresu, te da je odluke sudije za prethodno saslušanje, prema članu 318 stav 2 Zakona o krivičnom postupku BiH, moguće pobijati samo u žalbi protiv presude. Ovo znači da će apelant odluku o prethodnim prigovorima, uključujući i prigovor imuniteta. moći pobijati u žalbi protiv presude koja eventualno protiv njega bude donesena.

Uzimajući u obzir navedeno, kao i zaključak da je o apelantovom prigovoru odlučio zakonom ustanovljen sud u okviru značenja stava 1 člana 6 Evropske konvencije, u zakonom uređenom postupku, odnosno u skladu sa odredbama koje se tiču odlučivanja o prethodnim prigovorima na optužnicu, u raspravi je istaknuto da se ne može zaključiti da je apelantu u postupku odlučivanja o prigovoru imuniteta „onemogućeno da mu se (proceduralno) osigura mogućnost zaštite prava po prigovoru imuniteta, kod nadležnog suda“, odnosno da mu je prekršena neka od garancija prava na pravično suđenje, uprkos tome što u procesnom smislu postoji pravna praznina.

U raspravi je primijećeno da je Sud BiH, odlučujući o imunitetu apelanta, pošao od stanovišta da je imunitet pravna privilegija koja se daje određenom krugu nosilaca javnih funkcija dok te funkcije vrše, te da je osnovno obilježje imuniteta da traje samo dok je određeno lice na funkciji, odnosno dok je član organa u čijem je interesu imunitet uspostavljen ili dok nadležni organ ne odluči o skidanju imuniteta. Sud BiH je smatrao da odluka o imunitetu predstavlja procesno odlučivanje i mora biti donesena u skladu s važećim propisima u trenutku njenog donošenja, budući da je samo takva odluka relevantna sa stanovišta cilja koji se imunitetskim pravom želi ostvariti. U tom smislu Sud BiH je naglasio da su odredbe o apsolutnom imunitetu stavljene van snage donošenjem Amandmana LXV na Ustav Federacije BiH, te da je pitanje imuniteta nosilaca izvršne vlasti u Federaciji BiH naknadno regulisano članom 3. Zakona o imunitetu Federacije BiH[39].

U raspravi je takođe istaknuto da je imunitet privilegija javnopravnog karaktera koja je data pojedincu kao nosiocu javne funkcije radi zaštite interesa funkcije koju obavlja, a ne kao privatnom licu radi zaštite njenih ličnih interesa. To, dalje, znači da je i onda kada se, u konkretnim slučajevima, ova privilegija izrazi kao zaštita

[37] Vidi Evropski sud , *Delcourt protiv Belgije*, presuda od 17. januara 1970. godine, Serija A, broj 11, strana 14.

[38] „Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09 i 16/09.

[39] „Službene novine Federacije BiH“ broj 19/03.

pojedinca od pravne odgovornosti, ta privilegija rezultat opšteg interesa, odnosno interesa organa ili institucije čiji je taj pojedinac, kao nosilac javnopravne funkcije, član. Imunitet ima dva oblika – imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti. Imunitet neodgovornosti štiti lica od pravne odgovornosti za djela koja su obuhvaćena imunitetom. Imunitet nepovredivosti štiti licaod hapšenja ili pritvaranja u pogledu djela koja su obuhvaćena imunitetom. Imunitet neodgovornosti djeluje automatski, a imunitet nepovredivosti djeluje samo ako se na njega pozove nosilac imuniteta. Imunitet neodgovornosti pokriva postupke i radnje nosioca imuniteta u vršenju funkcije. U suštini, imunitet neodgovornosti je materijalni imunitet koji sprječava svako sudsko gonjenje za akte učinjene u okviru funkcije, znači akte preko kojih se odvija radnja institucije. U onoj mjeri u kojoj se primjenjuje na lice koja obavlja određenu funkciju, ovaj imunitet se može smatrati statusnim imunitetom ili imunitetom *ratione personae.* Nakon prestanka obavljanja funkcije, imunitet djeluje *ratione materiae* u pogledu akata koji su učinjeni ranije u okviru vršenja službene funkcije, da bi se spriječilo da institucija ili funkcija koju je lice obavljalo bude indirektno napadnuta pravnim djelovanjem protiv prethodnog nosioca funkcije kada trenutni nosilac funkcije uživa imunitet. Imunitet neodgovornosti se odnosi samo na djela u okviru funkcije koja se vrši, ali ne i na djela koja su počinjena van okvira javnopravne funkcije.

U predmetu broj AP 412/04 Ustavni sud je zauzeo stav da nije povrijeđeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije niti da je narušen princip zabrane retroaktivne primjene prava iz člana 7 Evropske konvencije, u kojem je apelant smatrao da je Ustavni sud Federacije BiH u osporenom rješenju pogrešno primijenio materijalno pravo, tj. Zakon o imunitetu Federacije BiH, koji je stupio na pravnu snagu nakon što je brisana odredba člana IV/B.4.10. Ustava Federacije BiH, koja je apelantu kao nosiocu izvršne vlasti garantovala imunitet od krivičnog gonjenja. Pored toga, Ustavni sud Federacije BiH je u osporenom rješenju smatrao da odluka o postojanju ili ukidanju imuniteta ima samo karakter procesnog odlučivanja, te da ničim ne dovodi u pitanje pravila iz čl. 6 i 7 Evropske konvencije[40].

U raspravi je izneseno mišljenje da se navedeni stav može primijeniti i u konkretnom slučaju. Iz navoda apelacije, kao i priložene dokumentacije, ne može se zaključiti da su rješenjem Suda BiH povrijeđena ili zanemarena apelantova ustavna prava. Takođe, ne može se zaključiti da je primjena zakona bila proizvoljna ili diskriminacijska ili da je došlo do povrede procesnih prava (na primjer, da sud nije bio nepristrasan, da je apelantu uskraćeno pravo na pristup sudu ili efektivan pravni lijek). Takođe je istaknuto da je u odnosu na apelantov prigovor retroaktivne primjene Zakona o imunitetu Federacije BiH, Sud BiH smatrao da odluka o postojanju ili skidanju imuniteta predstavlja procesno odlučivanje i mora biti donesena u skladu sa važećim propisima u trenutku njenog donošenja, a u konkretnom slučaju to je Zakon o imunitetu Federacije BiH. Ustavni sud je u svojoj

[40] AP 412/04, tač. 8, 31 i 33.

odluci broj U 24/03 od 22. septembra 2004. godine[41] utvrdio da su odredbe Zakona o imunitetu BiH[42] i Zakona o imunitetu Federacije BiH u skladu s Ustavom Bosne i Hercegovine. Dalje je naglašeno da rješenje Suda BiH sadrži sasvim dovoljno razloga iz kojih se može vidjeti zašto taj sud smatra da je apelantov prigovor imuniteta neosnovan u konkretnom slučaju.

U raspravi je iznesen zaključak da u konkretnom slučaju nije došlo do povrede apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije. U odnosu na navode apelanta da je u njegovom slučaju Sud BiH primijenio Zakon o imunitetu Federacije BiH, umjesto ustavnih odredbi prema kojima je on uživao imunitet od krivičnog gonjenja, posebno kada se ima u vidu da su te odredbe bile na pravnoj snazi u vrijeme kada je on navodno počinio krivična djela koja mu se stavljaju na teret, te da su ove odredbe kasnije amandmanima na Ustav Federacije BiH brisane, u raspravi je naglašeno da nema potrebe ponovo ispitivati da li je osporenim rješenjem Suda BiH narušen princip zabrane retroaktivne primjene prava, budući da je Ustavni sud, u svojoj odluci broj U 24/03, utvrdio da su odredbe Zakona o imunitetu BiH i Zakona o imunitetu Federacije BiH u skladu sa Ustavom BiH, te da nemaju retroaktivno dejstvo koje je zabranjeno članom 7 Evropske konvencije[43].

U vezi s apelantovim prigovorom o stvarnoj nenadležnosti Suda BiH za postupanje u predmetnom postupku u raspravi je iznesen stav da je apelacija u tom smislu preuranjena, jer će apelant u kasnijim fazama postupka moći postaviti ovo pitanje. Pri tome je ukazano da je Ustavni sud, u svojoj odluci broj AP 785/08 od 31. januara 2009. godine[44], već razmatrao isto pravno pitanje.

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENjE I NEPRISTRASNOST SUDIJE

Apelanti u predmetu broj AP 48/06 od 14. marta 2005. godine povredu svog prava na pravično suđenje vide i u pristrasnosti Osnovnog suda u Sokocu koja, po njihovim riječima, može da se zaključi iz izjave predsjednika vijeća da mogu da se žale ukoliko nisu zadovoljni odlukom, kao i zbog toga jer je predsjednik vijeća po primanju telefonskih poziva odlazio, prema mišljenju jednog od apelanata, na konsultovanje sa predsjednikom suda, zbog čega zaključuje da je predsjednik vijeća unaprijed donio osuđujuću presudu.

U dostavljenim apelacijama ne postoje navodi koji bi objašnjavali saznanje o licu sa kojim je predsjednik vijeća telefonski komunicirao niti gdje je odlazio za vrijeme suđenja, kao ni navodi o sadržajima komuniciranja, te ni dokazi koji bi navedeno potvrđivali. Apelanti svoje navode o izjavama i ponašanju predsjednika vijeća zasnivaju na sopstvenom osjećaju koji su imali za vrijeme postupka, a koji su

[41] Objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 5/05.
[42] „Službeni glasnik BiH“ br. 32/02 i 37/03.
[43] Vidjeti i odluku Ustavnog suda, broj AP 2548/07 od 26. januara 2008. godine.

[44] Vidi Ustavni sud, odluka o dopustivosti, objavljena na *www.ustavnisud.ba*.

stekli po izjavama i ponašanju predsjednika vijeća, što su opet posmatrali odvojeno od radnji koje su preduzete u samom postupku koji je okončan za njih osuđujućom presudom, što je generalno uzrok nezadovoljstva apelanata. Pri tome, ne navode ni jedan konkretan dokaz odnosno ni jednu konkretnu radnju preduzetu u samom postupku koja bi predstavljala očigledno postupanje na štetu optuženih, odnosno u korist oštećenih ili bar ukazivala na to.

Sprovodeći subjektivni test nepristrasnosti, Ustavni sud nije mogao da ustanovi da se u ponašanju predsjednika vijeća, koje cijeni jedino prema apelantovim navodima njegovih riječi upućenih njima samima - da mogu da se žale u drugom stepenu ukoliko nisu zadovoljni suđenjem - radi o subjektivnoj pristrasnosti i unaprijed stvorenoj osuđujućoj presudi sudskog vijeća. Notorno je da svako može da se žali drugostepenom sudu ukoliko nije zadovoljan načinom na koji je prvostepeni sud vodio postupak, te donio presudu. Na taj način, citirane riječi predsjednika vijeća nisu onog značaja koji im u svojim apelacijama apelanti žele da daju.

Cijeneći objektivni kriterijum, a polazeći od prakse Evropskog suda, iz koje izdvaja stav da „u okviru objektivnog testa mora da se odredi da li je, potpuno odvojeno od ličnog ponašanja sudije, bilo dokazivih činjenica koje mogu da dovedu do sumnje u njegovu pristrasnost“[45], Ustavni sud nije mogao da utvrdi ni jednu činjenicu, odvojeno od opisanog ponašanja predsjednika vijeća, koja bi upućivala na bilo kakvu pristrasnost kroz predmetni krivični postupak. Dalje, ovaj postupak je vođen u dvije sudske instance pune jurisdikcije, i to u sastavu vijeća, što je po mišljenju Ustavnog suda omogućilo da potpuno odvojen sud i u sastavu potpuno drugih sudija preispita cjelokupni postupak i sve provedene radnje. Stoga, cijeneći postupak u cjelini, Ustavni sud i ovaj navod apelanata koji se tiče povrede prava na pravično suđenje zbog pristrasnosti suda - ne smatra opravdanim.

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I NEDONOŠENJE ODLUKE U RAZUMNOM ROKU U POSTUPKU ISTRAGE

U skladu sa pravnom praksom Ustavnog suda i Evropskog suda, kod određivanja „razumnog roka“ u krivičnim predmetima kao početak roka uzima se u obzir trenutak kada je podignuta optužnica, imajući pri tome u vidu autonomno značenje „optužbe“ kao suštinskog, a ne formalnog koncepta[46]. Naime, u skladu sa praksom Evropskog suda i Ustavnog suda[47], pitanje da li je ispoštovan princip pravičnog suđenja se mora cijeniti na osnovu postupka u cjelini, s obzirom na to da se nedostatak, do kojeg se došlo u jednoj fazi postupka, može popraviti u naknadnoj fazi postupka. Ovo znači da, u principu, nije moguće odrediti da li je postupak bio

[45] Vidi *Fey protiv Austrije*, stav 30, presuda od 24. februara 1993. godine.
[46] Vidi Evropski sud, *Scopelliti protiv Italije,* presuda od 23. novembra 1993. godine, stav 18.
[47] Vidi, Evropski sud, *Barbera, Messeque i Jobardo protiv Španije*, presudu od 6. decembra 1988. godine, serija A, broj 146, stav 68, te Ustavni sud, odluka broj U 63/01, od 27. juna 2003. godine, stav 18, objavljena u „Službenom glasniku BiH“ broj 38/03.

pravičan dok se on ne okonča i donese konačna sudska odluka.

Imajući u vidu navedene principe, Ustavni sud je konstatovao da u predmetu AP 2434/09 okružni tužilac, kao nadležni organ koji pokreće postupak po službenoj dužnosti, nije donio odluku koja se odnosi na pokretanje istrage protiv apelanta i da apelant nije optužen za krivično djelo. To znači da u konkretnom slučaju krivični postupak protiv apelanta, u kojem bi se odlučivalo o osnovanosti krivične optužbe protiv njega, nije ni pokrenut. Samim tim, nema ni pravnosnažne odluke o osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta, što bi bio preduslov da Ustavni sud razmatra da li je apelant imao pravično suđenje pri utvrđivanju krivične odgovornosti[48]. Ustavni sud zaključuje da član 6 Evropske konvencije nije primjenjiv u konkretnom predmetu, jer nije došlo do „utvrđivanja krivice" apelanta. Slijedi da su apelantovi navodi o kršenju njegovih prava iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije *ratione materiae* inkompatibilni sa Ustavom BiH".

Ranija stanovišta Ustavnog suda, koja su usvojena u više odluka, glasila su da je apelacija preuranjena, i to u kontekstu člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6 Evropske konvencije[49], a u kojima se apelacijom pobijala rješenja sudova koja nisu predstavljala rezultat cjelokupnog krivičnog postupka, u smislu utvrđivanja osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta, jer se pobijanim rješenjem odlučilo samo neko proceduralno pitanje, odnosno bilo je odlučeno o samo jednoj fazi postupka. Navodi apelanta su se odnosili na povredu prava iz člana II/3.e) Ustava BiH i člana 6 Evropske konvencije, odnosno što sud nije pravilno utvrdio činjenično stanje, te je povrijedio odredbe krivičnog postupka.

Evropski sud,u odnosu na pitanje kada se smatra da je neko lice „optuženo" za krivično djelo u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije, smatra da to počinje od momenta kada država poduzme „mjere koje impliciraju […] tvrdnje (da je to lice počinilo krivično djelo), što značajno utiče na situaciju osumnjičenog lica"[50]. Institucije Konvencije smatraju da je kriterij „značajnog uticaja" zadovoljen radnjama kao što su izdavanje naloga ili pretres prostorija ili lica". S druge strane, nije prihvaćeno da je taj isti kriterij ispunjen pokretanjem policijske istrage, ispitivanjem svjedoka ili drugim radnjama koje nisu imale direktnog uticaja na osumnjičenog.

Odluka Evropskog suda u slučaju *Salduz protiv Turske*[51] (tačka 50) glasi: „Sud ističe da čak i ako je osnovni cilj člana 6 u krivičnim postupcima da osigura pravičan postupak pred ‚sudom' koji je nadležan da odlučuje o ‚osnovanosti krivične optužbe', ne proizilazi da taj član nije primjenjiv na postupak prije suđenja. Tako, član 6 - naročito njegov stav 3 – može imati ulogu prije nego što predmet stigne do faze suđenja ako je, i u mjeri u kojoj je, pravičnost suđenja ozbiljno povrijeđena[52]. Kako je

[48] Vidi, *mutatis mutandis*, Odluka o prihvatljivosti Ustavnog suda, br. CH/02/10757, CH/02/10758 i CH/02/10759 od 7. februara 2007. godine, tačka 24.
[49] Predmet AP 178/09 i dr.
[50] *Foti i ostali protiv Italije*, presuda od 10. decembra 1982. godine, serija A broj 56.
[51] Novembar 2000. godine.
[52] *Imbrioscia*, stav 36.

Sud već naveo u prethodnoj presudi, pravo iz stava 3 (c) člana 6 Evropske konvencije je jedan element, između ostalih, koncepta pravičnog suđenja u krivičnom postupku sadržanom u stavu 1“[53].

Odluka *Salduz protiv Turske* vezana je za primjenu člana 6 Evropske konvencije u istražnoj fazi. Iz navedene odluke proizlazi da primjena člana 6 Evropske konvencije, zavisno od okolnosti slučaja, može odnositi i na radnje koje prethode samom sudskom postupku. U konkretnom slučaju, Evropski sud se bavio pitanjem prava na odbranu, odnosno prava na angažovanje advokata u smislu člana 6 stav 3 c) Evropske konvencije u fazi istrage.

Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj U-IIIA-4493/05 od 26. februara 2007. godine, u predmetu „razuman rok - istražni postupak“, usvojena je ustavna tužba S.D. i obavezan Županijski sud u Gospiću da dovrši postupak istrage ili donese odluku u predmetu koji se vodi pred tim sudom pod poslovnim brojem Kio. 74/01, i to u najkraćem mogućem roku, ali ne dužem od šest mjeseci, računajući od prvog idućeg dana nakon objave ove odluke. Ustavni sud Republike Hrvatske je smatrao da je ustavna tužba dopuštena, a u obrazloženju odluke je, između ostalog, navedeno da se konkretan postupak u pravno relevantnom razdoblju vodio u trajanju od tri godine, 11 mjeseci i deset dana, da je istraga još uvijek u toku i da se radi o neaktivnosti i neefikasnom postupanju suda. Zbog toga je utvrđeno kršenje prava na donošenje odluke u razumnom roku i određene su mjere koje nadležni organ mora preduzeti radi otklanjanja kršenja navedenog prava.

PRAVO NA DOM

Osnovna svrha člana 8 Evropske konvencije jeste zaštita pojedinaca od arbitrarnih miješanja vlasti u njihova prava garantovana ovim članom 8[54]. Član 8 Evropske konvencije štiti pravo pojedinca na poštovanje njegovog doma i predviđa da se javna vlast neće miješati u vršenje ovog prava, osim u slučajevima iz stava 2 tog člana.

Pri određivanju radi li se u konkretnom slučaju o povredi člana 8 Evropske konvencije, prvenstveno se mora utvrditi predstavlja li sporni stan apelanticin „dom“ u smislu značenja stava 1 člana 8 Evropske konvencije i predstavlja li pretres apelanticine kuće „miješanje“ javnih vlasti u poštovanje apelanticinog „doma“. Drugo, da bi „miješanje“ bilo opravdano, mora biti „u skladu sa zakonom“. Ovaj uslov zakonitosti se u skladu sa značenjem termina Evropske konvencije sastoji iz više elemenata: (a) miješanje mora biti zasnovano na domaćem ili međunarodnom zakonu; (b) zakon o kojem je riječ mora biti primjereno dostupan, tako da pojedinac bude primjereno upućen na okolnosti zakona koje se mogu primijeniti na dati

[53] *Imbrioscia,* stav 37 i *Brennan*, stav 45.

[54] Evropski sud, *Kroon protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A broj 297–C, stav 31.

predmet i (c) zakon takođe mora biti formulisan sa odgovarajućom tačnošću i jasnoćom da bi se pojedincu dozvolilo da prema njemu prilagodi svoje postupke[55].

U slučaju da se ispostavi da je to „miješanje“ u skladu sa zakonom, i tada može predstavljati povredu člana 8 Evropske konvencije ako se smatra da ono nije „neophodno“ da bi se postigao jedan od zakonitih ciljeva iz stava 2 člana 8 Evropske konvencije. Neophodno (u ovom kontekstu) znači da „miješanje“ odgovara „pritiscima društvenih potreba“ i da postoji razumna relacija proporcionalnosti između miješanja i zakonitog cilja kojem se teži[56].

Ustavni sud smatra nespornim da je u predmetu broj AP 3376/07 od 28. aprila 2010. godine apelanticina kuća koja je bila predmet pretresa, a čiji je ona vlasnik, predstavljala njen „dom“ u smislu člana 8 Evropske konvencije, budući da nije bilo argumenata kojim se ova činjenica koju je apelantica istakla dovodi u pitanje.

Prema praksi Evropskog suda, pretresanjem stana uvijek se krši i nečija privatnost, odnosno kršenje prava na poštovanje doma uključuje i miješanje u nečiji privatni život[57]. U konkretnom slučaju, pretres apelanticinog doma od ovlašćenih lica Policije Brčko distrikta BiH predstavlja miješanje javnih vlasti u apelanticino pravo na dom. U vezi s tim, potrebno je odgovoriti na pitanje da li je ovo miješanje bilo i zakonito, u skladu sa članom 8 stav 2 Evropske konvencije. Prema praksi Evropskog suda, izraz „u skladu sa zakonom“ u smislu člana 8 stav 2 Evropske konvencije, u kontekstu pretresa doma, upućuje na domaći zakon i sadrži obavezu poštovanja materijalnih i proceduralnih pravila sadržanih u njemu[58]. Propust nacionalnih vlasti da ispoštuju pravila domaćeg zakonodavstva, kojim je regulisan postupak preduzimanja radnje pretresanja, dovešće do nezakonistosti takve radnje u smislu člana 8 Evropske konvencije[59].

Apelantica tvrdi da joj prije početka pretresanja njenog doma nije predata naredba na osnovu koje se pretres obavlja. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje na član 60 Zakona o krivičnom postupku[60] u kojem je propisan postupak izvršenja naredbe za pretres. Prema navedenoj odredbi, prije početka pretresanja ovlašćeno službeno lice mora dati obavještenje o svojoj funkciji i razlogu dolaska i predati naredbu za pretresanje licu kod kojeg će se ili na kojem će se izvršiti pretresanje. U svom odgovoru na apelaciju, Tužilaštvo Brčko distrikta nije osporilo istinitost ovog navoda, odnosno uopšte se nije izjasnilo o ovom navodu. Iz zapisnika o pretresu sačinjenog 29. marta 2007. godine proizilazi da je apelantica prije početka pretresa

---

[55] Vidi Evropski sud, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A, broj 30, stav 49.

[56] Vidi Evropski sud, *Niemietz protiv Njemačke,* presuda od 16. decembra 1992. godine, serija A, broj 251.

[57] Vidi Evropski sud, *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992. godine, Serija A. broj 251–B, str. 33.

[58] Vidi Evropski sud*, Elci i drugi protiv Turske*, aplikacija broj 23145/93 i 25091/94. od 13. novembra 2003. godine.

[59] Vidi Evropski sud, *Panteleyenko protiv Ukraine*, aplikacija broj 11901/02 od 29. jula 2006. godine, st. 50–53.

[60] „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“ br. 10/03, 48/04, 6/05, 14/07, 19/07 i 21/07.

upoznata sa svojstvom službenog lica i razlozima dolaska, ali se na osnovu zapisnika ne može zaključiti da li joj je prije početka pretresanja predata naredba za pretres. Imajući u vidu eksplicitnu zakonsku odredbu koja propisuje obavezu predaje naredbe za pretres prije početka pretresa, kao i apelanticin navod da to nije učinjeno, a što Tužilaštvo Brčko distrikta nije osporilo, kao i rukovodeći se principima iz člana 8 Evropske konvencije, Ustavni sud je smatrao da je propuštanjem preduzimanja ove radnje došlo do nezakonitog miješanja u apelanticino pravo na poštovanje doma.

Pretresanje stana predstavlja radnju dokazivanja čijim preduzimanjem javne vlasti ograničavaju pravo na privatnost i nepovredivost stana, a u interesu efikasnosti krivičnog postupka. S obzirom na to da se ova radnja preduzima u ranoj fazi krivičnog postupka kada je sumnja o izvršenom krivičnom djelu najniža, te da predstavlja mjeru prinude kojom se osigurava prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i tragovi ili predmeti izvršenja krivičnog djela, javne vlasti su u obavezi da pruže jemstvo da se radnja pretresanja ima preduzeti i izvršiti samo pod uslovima i na način propisan zakonom. U konkretnom slučaju, naredba za pretres izdata je u skladu sa relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku koje propisuje uslove i postupak za izdavanje naredbe za pretres. Nadalje, iz predočenog Ustavnom sudu proizilazi da je obavljanje pretresa imalo legitiman cilj koji se ogledao u prikupljanja tragova krivičnog djela u pogledu kog je postojala vjerovatnost da je učinjeno. Međutim, da bi radnja pretresanja predstavljala „miješanje“ u skladu sa zakonom u smislu člana 8 stav 2 Evropske konvencije, potrebno je i da je sprovedena na način i u postupku koji je izričito propisan članom 60 Zakona o krivičnom postupku. U konkretnom slučaju, ovlašćeno službeno lice propustilo je da prije otpočinjanja pretresa apelantici preda naredbu za pretresanje, iako je to izričito određeno citiranom odredbom, odnosno da ispoštuje pravila domaćeg zakonodavstva kojim je regulisan postupak preduzimanja radnje pretresanja, što je dovelo do nezakonitosti preduzete radnje u smislu člana 8 Evropske konvencije[61].

Cijeneći izneseno, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju postupak pretresanja apelanticinog doma nije zadovoljio kriterij „miješanja u skladu sa zakonom“ iz člana II/3. f) Ustava BiH i člana 8 Evropske konvencije, jer postupak izvršenja naredbe za pretres stana nije sproveden u skladu sa procedurom propisanom zakonom, s obzirom na to da je ovlaščeno službeno lice propustilo da prije otpočinjanja pretresa njenog doma, apelantici, u skladu sa izričitom zakonskom odredbom, preda naredbu za pretres. Shodno navedenom, Ustavni sud zaključuje da je povrijeđeno apelanticino pravo na poštovanje doma iz člana II/3. f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije.

[61] Vidi već citiranu odluku *Panteleyenko* st. 50–53.

PRAVO NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK

Prema pravnoj praksi Evropskog suda, pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije je akcesorno pravo. To znači da ovaj član zahtijeva da se obezbijedi pravni lijek u vezi sa pravima garantovanim Evropskom konvencijom.

Pravo na žalbu je neodvojivo od prava na pravično suđenje, shodno članu 6 Evropske konvencije, iako nije propisano ovim članom, već je izričito propisanom članom 2 stav 1 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, koji obavezuje državu da ovo pravo bude propisano zakonom i djelotvorno u praksi, što znači da mora da bude dostupno procesnom subjektu. U skladu sa praksom Evropskog suda, kada pojedinac ima osnova da tvrdi da je žrtva kršenja nekog od garantovanih prava, on treba da ima na raspolaganju pravni lijek pred organom svoje države da bi se o njegovom zahtjevu odlučilo[62].

Pojam „djelotvoran pravni lijek" ne znači da korišćenje određenog pravnog lijeka mora da rezultira pozitivnim ishodom za onoga ko ga koristi, već se, između ostalog, zahtijeva da nadležni organi imaju ovlašćenja da ukoliko prihvate apelantove suštinske argumente, izmijene u njegovu korist odluku koju osporava[63]. Činjenica da pravni lijekovi nisu rezultovali pozitivnim ishodom za apelanta, sama po sebi ne predstavlja kršenje prava na efektivan pravni lijek[64].

Evropski sud je u više predmeta zaključio da će u situaciji kada žalbeni sud ima nadležnost da raspravlja i o činjeničnim i o pravnim pitanjima, potreba za otvaranjem javne rasprave pred žalbenim sudom zavisiti od toga da li sud smatra da su takva javna rasprava i aplikantovo prisustvo neophodni radi odlučivanja o činjenicama koje su važne[65].

ZABRANA DISKRIMINACIJE

Shodno pravnoj praksi Evropskog suda, pravo iz člana 14 Evropske konvencije je akcesorno pravo. To znači da ovaj član ne obezbjeđuje nezavisno i samostalno pravo na nediskriminaciju, već se na diskriminaciju po ovom članu može pozvati samo u vezi sa „uživanjem prava i sloboda garantovanih Evropskom konvencijom".

Praksa je Evropskog suda da diskriminacija postoji samo ako se lice ili grupa lica u istoj situaciji različito tretiraju, a ne postoji neko objektivno i razumno opravdanje za različit tretman[66]. Svako različito postupanje se smatra diskriminacionim, ukoliko nema razumno i objektivno opravdanje, odnosno ukoliko ne slijedi zakoniti cilj ili ako nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji želi da se postigne.

---

[62] Vidi Evropski sud, *Silver i dr. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 23. marta 1983, serija A, broj 61.

[63] Vidi Evropski sud, *Soering protiv Ujedinjenog Kraljevstva,* presuda od 7. jula 1989. godine, serija A, broj 161, stav 120.

[64] Odluka Ustavnog suda, broj AP 215/05 od 12. aprila 2006. godine.

[65] Vidi Evropski sud, *Ekbatani protiv Švedske,* presuda od 26. maja 1988. godine, serija A 134 i *Kremzov protiv Austrije,* presud*a* od 21. septembra 1993. godine, serija A, broj 268–B.

[66] Vidi Evropski sud, *Belgijski predmet o jezicima*, presuda od 23. jula 1968, serija A, broj 6.

Miodrag N. Simović,
Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka and President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina
Marina M. Simović-Nišević,
M.A., the Indirect Tax Administration of BiH.

TRIAL PROCEEDINGS IN CRIMINAL CASES: NEW PRACTICE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND HER EFFECT IN BH. LAW AND PRACTICE

Summary

By its personnel composition and extensively set jurisdictions Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina constitutes a legal novum. The BiH Constitutional Court is a constitutional authority. The jursisdictions thereof are explicitly stipulated in the BiH Constitution. The BiH Constitutional Court, as a last instance in the interpretation of the BiH Constitution, shall have the final word in constitutional disputes arising between other constitutional authority. The mission of the BiH Constitutional Court to protect the BiH Constitution, forces it at the same time to self-restriction. The BiH Constitutional Court carries a special burden of responsibility, notably that of deciding, in the last instance, the most important constitutional issues in BiH.

Appellate jurisdiction the Constitutional Court is a novelty in the legal system of Bosnia and Herzegovina. Through an appeal filed with the Constitutional Court, the appellant is given an opportunity to have reviewed the legal acts of all three state powers, if they are in violation of the appellant‘s legal and constitutional position. The appeal has a subsidiary character, since it is admissible only if protection through effective regular legal remedies falls.

Key words: The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, right to liberty and security, right to a fair trail, right to respect for private and family life, right to an effective remedy, prohibition of discrimination.

Prof. dr Nataša Mrvić-Petrović
Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu

ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE U DRŽAVAMA BALKANSKOG REGIONA

Apstrakt

U svim balkanskim državama poslednjih decenija je primetno nastojanje da se, u sklopu reformi pravosuđa, stvore uslovi za primenu alternativnih krivičnih sankcija. Zajednička nastojanja realizuju se u različitim uslovima i nejednakom brzinom. U svim državama propisane su alternativne sankcije, ali se one ne primenjuju dovoljno u praksi. U tom pogledu balkanske države zaostaju za drugim evropskim zemljama. Najvažnija prepreka jeste nepostojanje službe probacije koja bi preuzela poslove izvršenja alternativnih sankcija i postpenalne zaštite. Iskustva drugih balkanskih država, a pre svega Hrvatske, Rumunije i Bugarske u kojima su nešto ranije započele da deluju probacione službe, mogu biti korisna za buduću Probacionu službu čije se osnivanje tek očekuje u Republici Srbiji, a koja za sada funkcioniše kao poverenička služba.

Ključne reči: alternativne krivične sankcije, reforma pravosuđa, balkanske države, probacione službe, izvršenje sankcija.

UVOD

Alternativne krivične sankcije uvedene su u zakonodavstvima zemalja centralne i istočne Evrope poslednjih decenija XX veka, posle njihovog prijema u Savet Evrope. U ove procese uključile su se ubrzo i države iz regiona zapadnog Balkana. Reforme krivičnih zakonodavstava koje bi trebalo da omoguće primenu alternativnih krivičnih sankcija usledile su u nastojanju da se zakonodavstva balkanskih država usklade sa standardima Saveta Evrope i harmonizuju sa pravom Evropske unije, kako bi se olakšalo priključivanje tih država Evropskoj uniji. Ipak, one su u različitim uslovima i nejednako brzo pristupile takvim reformama. U ovom pogledu Republika Srbija je zaostala za svojim susedima, te je tako među poslednjima «uhvatila korak» sa Evropom u pogledu uvođenja alternativnih krivičnih sankcija reformisanjem krivičnog zakonodavstva 2005. godine.

Propisivanje novih, alternativnih sankcija označava samo prvu etapu u pravcu značajnijeg prilagođavanja sistema krivičnih sankcija standardima najvažnijih međunarodnih organizacija, poput Organizacije Ujedinjenih Nacija i Saveta Evrope. Postoje brojne prepreke koje mogu otežati primenu ovih zakonskih odredbi u praksi. Tako nedostatak organizacionih preduslova, nedovoljna finansijska podrška države i negativni stav stručne i opšte javnosti prema primeni alternativnih sankcija

onemogućava značajnije uspehe na praktičnom planu. Zbog toga se uporednopravna analiza mora usmeriti ne samo na forme alternativnih sankcija predviđene u zakonodavstvima država balkanskog regiona, nego i na organizacione preduslove koji omogućavaju njihovu primenu.

Prostorno je ovo uporedno istraživanje obuhvatilo zemlje regiona zapadnog Balkana (Albanija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija, Srbija, Crna Gora) ali su, u odgovarajućoj meri i u skladu sa dostupnim izvorima, analizirana i zakonodavstva drugih balkanskih država koje su u međuvremenu postale članice Evropske Unije, poput Rumunije i Bugarske, kao i Grčke i Turske, koje se po geografskom kriterijumu svrstavaju u balkanske države. Dok su u pogledu razvoja sistema alternativnih sankcija države osamostaljene sa područja nekadašnje SFRJ imale vrlo slična iskustva, dotle su primeri iz Rumunije, Bugarske, Grčke, Turske i Albanije manje poznati stručnoj javnosti, a mogu biti dragoceni za poređenje sa stanjem u Republici Srbiji. Po vremenskom kriterijumu istraživanje se odnosi na važeća krivična zakonodavstva izabranih zemalja, koja se primenjuju kako prema punoletnim, tako i prema maloletnim učiniocima krivičnih dela.

Što se tiče tačnijeg određenja predmeta istraživanja, alternativne krivične sankcije (a taj izraz se većinom prihvata u međunarodnim dokumentima Organizacije ujedinjenih nacija) možemo izjednačiti sa terminom sankcije i mere koje se izvršavaju u okrilju zajednice ili, skraćeno, sankcije i mere u zajednici *(community sanctions and measures)*. Ovaj drugi termin, koji se češće susreće u dokumentima Saveta Evrope, označava skup različitih alternativnih sankcija, mera i procesa kojima se može zameniti krivični postupak, otkloniti ili redukovati primena (kratkotrajne) kazne zatvora ili promeniti tretman prilikom izvršenja kazne zatvora.

OBLICI ALTERNATIVNIH KRIVIČNIH SANKCIJA

Izostanak univerzalno prihvatljive definicije alternativnih krivičnih sankcija i velike međusobne različitosti nacionalnih sistema krivičnih sankcija otežavaju uporednopravnu analizu. Polazeći od shvatanja da svrha ovog rada nije samo da pruži pregled stanja u oblasti alternativnih krivičnih sankcija u izabranim zakonodavstvima, nego i da omogući poređenje sa zakonodavstvom Republike Srbije, biće istaknute osnovne zajedničke karakteristike analiziranih krivičnih zakonodavstava.

Izdvajanje zajedničkih karakteristika olakšava činjenica da se poslednjih decenija krivična zakonodavstva balkanskih država na sličan način reformišu u pravcu prihvatanja međunarodnih standarda iz ove oblasti. To znači da se postupno prihvataju i alternativne krivične sankcije (iako su one međusobno različite). U ovom pogledu se zapaža izvesna neujednačenost, zavisno od toga kada je u pojedinoj državi započela primena alternativnih krivičnih sankcija. Primera radi, prema podacima iz nacionalnih izveštaja zemalja jugo-istočne Evrope poslatim Birou OUN za prevenciju droga i zločina, promocija alternativnih krivičnih sankcija i pomoć radi unapređenja

njihove primene bili su važni ciljevi koji su istaknuti u izveštajima Albanije, Bosne i Hercegovine i Srbije, ali ne i u izveštajima ostalih država jugo-istočne Evrope[1].

S obzirom na to da krivična zakodavstva balkanskih država spadaju u podsistem germanskog pravnog modela u okviru evropsko-kontinentalnog pravnog sistema u njima su tradicionalno prihvaćene mere koje, pod određenim uslovima mogu predstavljati supstitute primeni kazni zatvora. To se pre svega odnosi na uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom, koja neosporno predstavlja jedan od oblika alternativnog kažnjavanja punoletnih lica, jer privremeno suspenduje izvršenje utvrđene kazne zatvora, pod uslovom da osuđeni tokom roka proveravanja ne izvrši novo krivično delo. Ipak, treba naglasiti da nasuprot masovnom izricanju uslovnih osuda (na primer, u Rumuniji, Hrvatskoj[2], Srbiji ili Bosni i Hercegovine i drugim državama), uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom nikada nije bila značajnije primenjivana u praksi. Druga alternativna sankcija koja postoji u svim balkanskim zakonodavstvima jeste uslovni otpust. Primenjuje se kao mera kojom se ranije okončava izvršenje izrečene kazne zatvora pod uslovom da se osuđeno lice tokom preostalog dela kazne dobro vlada na slobodi i ne izvrši novo krivično delo. Stoga alternativne krivične sankcije koje su prihvaćene u zakonodavstvima balkanskih država poglavito pripadaju onoj vrsti koja se u teoriji označava kao *«back-end»* tj. sankcije izrečene u fazama suđenja ili izvršenja kazne zatvora, ali je u međuvremenu izmenama procesnih zakona omogućena njihova primena i u fazi pre suđenja (*«pre-trial»*) kroz ustanovu odlaganja krivičnog postupka.

Ova tendencija da se izricanje alternativnih sankcija pretežno vezuje za faze suđenja i izvršenja veoma je uočljiva kada se analiziraju krivična zakonodavstva balkanskih država ponaosob. Tako se u krivičnim zakonicima jasno naglašava da alternativne krivične sankcije imaju isključivu funkciju zamene za kratkotrajni zatvor (pod kojim se uobičajeno smatra zatvor do šest meseci). Tako tipična alternativna sankcija koja se naziva radom za opšte dobro *(comunity service)* većinom nije predviđena kao samostalna krivična sankcija, nego kao mera koja, pod određenim uslovima, može zameniti izrečenu kaznu zatvora do šest meseci. U vidu usamljenih izuzetaka izdvajaju se zakonodavstva Republike Srbije i Crne Gore u kojima je rad u javnom interesu predviđen kao posebna vrsta kazne koja se može samostalno izreći,

[1] United Nations Office on Drugs and Crime, Promoting the Rule of Law and Human Security in South Eastern Europe: Regional Cooperation and Technical Assistance Component (based on country reports), 31. march 2009, podaci iz aneksa, naročito na str. 23 i 45. Ostale države su imale drugačije prioritete: tako je u Hrvatskoj, u kojoj se alternativne sankcije uspešno primenjuju, pažnja je preusmerena na tretman prema učiniocima koji izvršavaju dugotrajne kazne zatvora. U drugim državama sa područja biše SFRJ, iako se nedovoljno primenjuju alternativne krivične sankcije, ipak se druga pitanja smatraju značajnijim sa aspekta regionalne saradnje i tehničke pomoći. Tako se u makedonskom nacionalnom izveštaju ocenjuje da bi trebalo pospešiti programe obuke zatvorskog osoblja i razvoj naročitih tretmanskih postupaka. U Crnoj Gori se prioritetnim zadatkom smatra uspostavljanje nove organizacije, postizanje boljih ciljeva u pravcu resocijalizacije osuđenih lica i smanjenja prisustva droga u zatvorima (isti izvor, str. 31 i 38).

[2] I. Dornescu, Some Reflections on Community Sanctions and Measures in Europe, Varstvoslovje, 2009, 11(4), str. 552.

ukoliko je za krivično delo propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna[3]. Ova okolnost, međutim, ne utiče bitnije na učestalost izricanja rada u javnom interesu, jer su u obe države zakonodavci propustili da u odredbama posebnog dela krivičnih zakonika predvide ovu kaznu za pojedina krivična dela, što bi svakako pospešilo njeno izricanje.

Češće su prihvaćena rešenja kojima se funkcija rada u javnom interesu isključivo vezuje za zamenu kratkotrajnog zatvora. Na ovaj način rad u javnom interesu je predviđen u čl. 54 Krivičnog zakonika Republike Hrvatske[4], čl. 34 Krivičnog zakona Republike Srpske[5], čl. 44 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine[6]. Rešenje prihvaćeno u makedonskom krivičnom zakonodavstvu koje je inovirano 2004. uvođenjem alternativnih krivičnih sankcija zanimljivo je po tome što iskorišćava obe mogućnosti[7]. Tako je u čl. 58-b predviđeno da se rad u javnom interesu može odrediti kao samostalna alternativna mera za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, uz saglasnost učinioca, ako je delo učinjeno pod olakšavajućim okolnostima, a učinilac ranije nije bio osuđivan. Takođe, rad u javnom interesu može se iskoristiti i kao zamena za izrečene kazne. Radom u javnom interesu može zameniti kazna zatvora do tri meseca ili novčana kazna do devedeset dnevnih iznosa, odnosno hiljadu i osamstotina denara određene u fiksnom iznosu.

Svakako treba oceniti progresivnim rešenja iz hrvatskog, srbijanskog, makedonskog i zakonodavstva Bosne i Hercegovine, prema kojima rad u javnom interesu može zameniti kako kratkotrajni zatvor, tako i novčanu kaznu.

Prema članu 45 st. 1 turskog Krivičnog zakona kratkotrajni zatvor do šest meseci može biti zamenjen sa jednom ili više predviđenih obaveza, ako sud oceni da bi ovakva zamena bila celishodna prema svojstvima ličnosti, socijalnom i ekonomskom statusu i kvalifikacijama osuđenog, kao i prema njegovom ponašanju tokom sudskog postupka[8]. Predviđene su obaveze: plaćanja novčane kazne, plaćanja u korist javnih fondova ili naknade štete oštećenom, doškolovavanja, profesionalnog osposobljavanja ili sticanja odgovarajućih stručnih veština (u trajanju do dve godine), zabrane putovanja van mesta boravka i drugih aktivnosti (u trajanju koje odgovara polovini izrečene kazne zatvora), zabrane vršenja poziva, korišćenja prava, oduzimanja vozačke dozvole ili drugih ovlašćenja ili dozvola (takođe u trajanju preko polovine izrečene kazne zatvora) i rada u javnom interesu. Prema dodatnim odredbama iz st. 3 čl. 50, moguće je da sudija odmah umesto kazne zatvora izrekne alternativnu sankciju, ukoliko se radi o kratkotrajnom zatvoru od 30 dana do jedne

[3] Čl. 44 i 52 Krivičnog zakonika Srbije ("Službeni glasnik RS" br. 88/05, 107/05, 72/09 i 111/09) kao i čl. 43 i 52. Krivičnog zakonika Crne Gore ("Službeni list RCG", br. 70/03, 13/04, 47/06, 40/08).

[4] Krivični zakon Republike Hrvatske («Narodne novine» br. 110/97, 28/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03 i 105/04).

[5] «Službeni glasnik Republike Srpske» br. 3/03, 32/03, 37/03 i 54/04.

[6] «Službene novine Federacije BiH», br. 36)03, 37/03, 21/04 i 69/04.

[7] Кривичен законик («Службен весник на РМ» бр. 37/96, 19/04 и 60/06).

[8] Zakon br. 5237 donet 26. 09. 2004. godine (službeno glasilo br. 25611 od 12. 10. 2004).

godine, o osobama koje su imale ispod 18 godina ili su bile starije od 65 godina u vreme izvršenja krivičnog dela, pod uslovom da nisu ranije bile osuđivane.

Članom 63. albanskog Krivičnog zakona predviđeno je da se u slučaju izricanja kazne zatvora u trajanju kraćem od jedne godine, zbog male društvene opasnosti učinioca, ova kazna može zameniti uslovnom osudom i radom u javnom interesu[9]. Pri tome rad u javnom interesu može trajati najduže do 240 časova uz obavezu da se obavi u periodu do šest meseci. Na sličan način u čl. 58 st. 4 novog rumunskog Krivičnog zakonika iz 2004. godine predviđa se da kazna zatvora izrečena za prestup može biti zamenjena radom u javnom interesu koji može trajati od 100 do 500 časova[10].

Interesantni su primeri podeljenog izvršenja kazne zatvora (fragmentacije kazne zatvora) iz turskog i albanskog krivičnog zakonodavstva, naročito zbog toga što ovakva alternativna mera ne postoji u Krivičnom zakoniku Republike Srbije (niti u zakonodavstvima država sa područja nekadašnje SFRJ)[11]. U turskom Krivičnom zakoniku u čl. 50 st. 6 predviđeno je da na predlog javnog tužioca, pojedine od navedenih obaveza mogu biti izrečene ne samo kao zamena za zatvor, nego i u kombinaciji sa kaznom zatvora, parcijalno određenom, što je svojevrsni vid novijih tzv. hibridnih sankcija, kod kojih se kombinuje kazna zatvora sa oblicima alternativnog kažnjavanja. U Krivičnom zakonu Republike Albanije alternativne krivične sankcije predviđene su inače u odeljku VII. Jedna od alternativnih sankcija, propisana čl. 58 je podeljena kazna zatvora, koja u suštini predstavlja modifikaciju izvršenja ove kazne. Tako se osuđenom može omogućiti da kaznu zatvora izvršava povremeno, kada to nalažu medicinski, profesionalni ili socijalni razlozi. On je u obavezi da provodi najmanje dva dana nedeljno u zatvoru, a krajnji rok za izvršenje celokupne kazne je tri godine. Ukoliko osuđeni prekrši svoje obaveze, opoziva se odluka o podeljenosti kazne zatvora i on se upućuje da kaznu izvrši u celini.

Nove mere disciplinovanja, u obliku kućnog zatvora predviđene su u krivičnim zakonodavstvima balkanskih država isključivo kao modalitet izdržavanja kazne zatvora. Ovakva koncepcija kućnog zatvora prihvaćena je u turskom, makedonskom i srbijanskom krivičnom zakonu. Opravdano je istaći da ova sankcija zato nije alternativa zatvoru, koliko je alternativa izdržavanju kazne zatvora u kazneno-popravnoj ustanovi. Po turskom zakonodavstvu kućni zatvor određuje prema osobama starijim od 65 godina, starim, iznemoglim ili prema osuđenim ženama sa malom decom[12]. U krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije izmenama iz avgusta 2009. godine u čl. 45 st. 5 prihvaćen je drugačiji koncept: kućni zatvor se određuje

[9] Zakon br. 7895 od 27. januara 1995. godine, menjan izmenama Zakona br. 8204 od 10. 4. 1997, br. 8279 od 15. 01. 1009 i br. 8733. od 24. 01. 2001. godine.

[10] Law no. 301/2004 ("Monitorul Oficial" Part 1 nr. 575 of 29. 6. 2004), Law no 278/06 ("Monitorul Oficial" no 601 of 12. july 2006), Law 286/2009.

[11] Smatra se da poludnevno, vikend zatvaranje ili fragmentacija zatvora nije neophodna, jer se u ovim državama u sklopu samog režima izvršenja kazne zatvora u poslednjoj fazi (u tzv. otvorenim odeljenjima kazneno-popravnih ustanovama) osuđeniku se omogućava da vikende provodi na slobodi.

[12] Vidi i u: N. Mrvić-Petrović, Đ. Đorđević, Moć i nemoć kazne, Vojna knjiga, Institut za kriminološka I sociološka istraživanja, Beograd, 1998. god., str. 114.

pod osnovnim formalnim uslovom da je osuđenom izrečena kazna zatvora do jedne godine. Makedonski Krivični zakonik sjedinjava prednosti oba rešenja, pa se tako pod zakonom predviđenim uslovima u čl. 59-a kućni zatvor može odrediti za krivično delo za koja je propisana novčana ili kazna zatvora do jedne godine prema učiniocu koji je star, iznemogao, teško bolestan ili ako se radi o bremenitoj ženi. U ovoj situaciji sud koji se opredeljuje da izrekne ovakvom licu kaznu zatvora može istovremeno odlučiti, uz saglasnost okrivljenog da se ta kazna izdržava u obliku kućnog zatvora. U svakom slučaju kršenje zabrane napuštanja mesta stanovanja dovodi do opoziva mere i upućivanja osuđenog na izvršenje kazne zatvora u kaznено-popravnoj ustanovi. Za razliku od drugih balkanskih država, u Hrvatskoj je ova mera namenjena isključivo zameni mere pritvora. Izvršenje ovog, tzv. istražnog zatvora u kućnim uslovima regulisano je novim Zakonom o probaciji iz 2009. godine. U Federaciji Bosne i Hercegovine je najavljeno da će zakonodavno telo na aprilskom zasedanju usvojiti zakon kojim bi bilo omogućeno uvođenje kućnog zatvora (sa elektronskim nadzorom). Primena elektronskog nadzora najavljuje se i u Turskoj i u Bugarskoj. Očigledno, balkanske zemlje su vrlo spremno prihvatile novu meru disciplinovanja, sa ciljem da se pomoću elektronskih uređaja učini efikasnija kontrola poštovanja zabrane napuštanja stana. Osnovni razlog koji se navodi u prilog brzom uvođenju ovih mera jeste smanjenje prenaseljenosti zatvora. No, do sada u balkanskim državama nije mnogo učinjeno na promociji onih alternativnih sankcija koje se, poput rada u javnom interesu i uslovne osude sa zaštitnim nadzorom mogu lakše i jeftinije primenjivati u odnosu na elektronski nadzor. Odakle interes država za ubrzano uvođenje (skupog) elektronskog nadzora ako pre toga jeftinije mere nisu zaživele u praksi, osim ako to ne odgovara kako stranim privatnim kompanijama koje će uvoziti, instalirati, održavati i iznajmljivati državama opremu za elektronski nadzor, tako i samim naručiocima[13].

U krivičnim zakonodavstvima balkanskih država prihvaćen je franko-belgijski sistem uslovne osude. Tako se uz uslovnu osudu posebno propisuje uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, kao i obaveze koje se učiniocu mogu odrediti tokom roka proveravanja u sklopu zaštitnog nadzora. Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom trebalo bi da faktički zamenjuje meru probacije, koja se smatra najvažnijom alternativnom krivičnom sankcijom. Upravo zbog toga je zanimljivo da je u bugarskom krivičnom zakonodavstvu izmenama iz 2002. godine uvedena probacija kao nova vrsta kazne. Prema čl. 42a[14] probacija se određuje kao mera kojom se postiže kontrola ponašanja osuđenog na slobodi i vrši dodatni uticaj na njega. Osuđenom se mogu odrediti jedna ili više sledećih obaveza: da se prijavljuje na adresi stanovanja i periodično javlja nadležnom organu, da poštuje ograničenja slobode

[13] Iako na svetskom tržištu opada cena elektronske opreme koja se koristi za satelitsko nadgledanje kretanja, ipak u Evropi jedino Švedska ima sopstvenu elektronsku opremu za nadzor kućnog zatvora (ili kućnog pritvora), dok ostale zemlje ili u potpunosti koriste usluge privatnih provajdera ili iznajmljuju opremu za elektronski nadzor. Šire o načinima izvlačenja profita iz zatvorske delatnosti u: N. Mrvić-Petrović, Kriza zatvora, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 2007, str. 211 i sl.

[14] "Službeni glasnik Republike Bugarske" br. 92/02 i br. 103/04.

kretanja, da pohađa odgovarajuće kurseve radi profesionalnog osposobljavanja ili u svrhe tretmana, da obavlja korekcioni rad ili rad u korist zajednice (tj. u opštem interesu). Ove obaveze se izvršavaju u periodu koji ne može trajati kraće od šest meseci ni duže od tri godine posle pravosnažnosti osude, s tim što korekcioni rad može trajati najduže do dve godine. Rad u korist zajednice se može izvršiti u trajanju do tri godine, a iznosi od 100 do 300 časova. Ova mera se ne može odrediti prema maloletniku koji nije navršio šesnaest godina.

Diskrecioni uslovni otpust je mera koja postoji u svim zakonodavstvima balkanskih zemalja. Predviđa se deo kazne koju osuđenik treba da izvrši, kao i posebni uslovi koje on treba da ispuni da bi za preostalo vreme bio pušten na slobodu. Sve češće se tokom uslovnog otpusta, po uzoru na anglo-američke sisteme, zahteva da osuđena lica ispune i određene obaveze. Pri tome službenik probacije nadzire ponašanje uslovno puštenog i usmerava ga ukoliko su mu potrebne mere pomoći i podrške. Kao i u većini drugih evropskih država, procesnim zakonodavstvima predviđene su mere uslovnog odlaganja krivičnog postupka, koje primenjuje sud ili tužilaštvo pre nego što dođe do optuženja ili suđenja. U okviru uslovnog odlaganja ili prekida krivičnog postupka, nadležni organ može naložiti okrivljenom da ispuni posebne obaveze (poput plaćanja u korist javnih fondova, naknade štete žrtvi, obavljanja rada u javnom interesu, obaveze da se podvrgne lečenju od bolesti zavisnosti i slično). Ovakva «procesna pogodba» ili «kaznena naredba» kojom se postiže ubrzanje postupka i ušteda sudskih troškova dovodi do izuzimanja krivičnog slučaja iz krivičnog postupka ukoliko učinilac izvrši obaveze koje su mu postavljene. Sa druge strane, učinilac izbegava krivičnu osudu i zato je motivisan da ispuni uslove koji su mu postavljeni. U odnosu na ostala zakonodavstva usamljeno je i zato zanimljivo rešenje koje susrećemo u makedonskom Krivičnom zakoniku, gde je u čl. 58a uslovno prekidanje krivičnog postupka predviđeno kao posebna alternativna sankcija. U drugim zakonodavstvima ova mogućnost je uobičajeno regulisana u okviru odredbi kojima se reguliše krivični postupak.

Velike ujednačenosti među balkanskim državama primećuju se ako se upoređuju preduzete reforme u oblasti maloletničkog krivičnog zakonodavstva. One su podstaknute potrebama prihvatanja standarda propisanih u dokumentima Organizacije Ujedinjenih Nacija i Saveta Evrope u pogledu zaštite prava deteta i sprečavanja maloletničke delinkvencije. Okosnicu reforme maloletničkog krivičnog zakonodavstva čini uvođenje tzv. diverzionih (ili deversifikacionih) mera i postupaka, kojima se izbegava vođenje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu i/ili izricanje krivične sankcije.

Tako je u državama zapadnog Balkana poput Hrvatske[15] i Srbije[16] maloletničko zakonodavstvo i formalno izdvojeno iz okvira krivičnog zakonodavstva i prilagođeno sistemu socijalnog staranja, shodno ideji neintervencije. U Bosni i Hercegovini je reformisan sistem sankcija u kome sudovi mogu izreći diverzione mere maloletnicima

[15] Na osnovu Zakona o sudovima za mladež ("Narodne novine Republike Hrvatske" br. 111/97, 27/98).
[16] Na osnovu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i o krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica «Službeni glasnik RS», br. 85/05).

(u Federaciji od 1998. godine, a u Republici Srpskoj od 2003. godine). Slično tome i u Crnoj Gori su izmenama Krivičnog zakonika iz jula 2006. godine uvedeni vaspitni nalozi kao posebna vrsta diverzionih mera namenjenih maloletnicima. Tako su u članovima 80a-80e crnogorskog KZ-a propisane nove alternativne namenjene maloletnim učiniocima krivičnih dela[17]. I u Makedoniji su već duže vremena prisutne inicijative da se maloletničko krivično zakonodavstvo reformiše tako što će se prilagoditi modelu socijalnog staranja[18]. Grčki Krivični zakon iz 1950. godine (sa brojnim kasnijim izmenama) je značajno reformisan donošenjem dva zakona, od kojih se prvi odnosi na pravni položaj i sankcije namenjene maloletnim učiniocima krivičnih dela (Act 3189/2003), dok je drugim poboljšan pravni status maloletnih lica oštećenih krivičnim delima (Act 3064/2002)[19].

Ipak, zbog nedostatka uslova za primenu ovih mera, u praksi pojedinih država (na primer, Srbije i Republike Srpske) ne beleže se značajniji uspesi[20]. U okviru diverzionih postupaka se sve češće primenjuju postupci neformalnog mirenja i poravnanja učinioca i žrtve (tzv. *victim-offender mediation*) kojima se otklanja potreba za formalnom krivičnopravnom reakcijom prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Prema nacionalnim izveštajima, ovakvi programi za maloletnike primenjuju se u Albaniji od 2005. godine, u Bosni i Hercegovini u poslednjih pet godina, u Hrvatskoj od januara 2003. godine, u Makedoniji od 2006. godine, a u Crnoj Gori od aprila 2004. godine[21]. Postupak neformalnog mirenja maloletnog učinioca i žrtve u Grčkoj je uveden 2003. godine. Primenjuje se na osnovu člana 122 1 e Krivičnog zakona kao i po odredbama IV, A, e Zakona o krivičnom postupku. Uspešni sporazum učinioca i žrtve zamenjuje odluku suda o krivičnoj sankciji prema maloletnom učiniocu krivičnog dela. Međutim, konstatuje se da je uvođenje ovog postupka usledilo bez prethodnih pilot projekata, nepripremljeno i nemetodično, tako da je tokom prve godine primene bilo samo ovakvih šest slučajeva u celoj Grčkoj[22]. Slične reforme su preduzete i u Turskoj, gde se od 2005. godine uspostavlja posebni sistem za praćenje probacije koja se određuje prema maloletnim učiniocima krivičnih

[17] Videti više u: D. Jovašević, Novine u krivičnom zakonodavstvu o maloletnicima u svetlu restorativne pravde, Temida, maj 2007. god., str. 16.

[18] Малолетничка правда – материјали од стручните работилници, Македонска ревија за казнено право и криминологија, 2006, бр. 3.

[19] D. Spinellis, A. Tsitsoura, Juvenile Justice in Greece, članak iz 2006. godine, str. 1-2, dostupno na adresi: http://www.esc-eurocrim.org/files/juvenile_justice_in_greece.doc (pristup 25. aprila 2010. god.).

[20] Videti rezultate istraživanja Centra za mir i razvoj objavljene u publikaciji: O. Perić, N. Milošević, I. Stevanović, Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnicima u Republici Srbiji, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd, 2008, str. 159.160, a za Republiku Srpsku u: N. Mrvić-Petrović, N. Grbić, Alternativne krivične sankcije prema maloletnicima u Republici Srpskoj, Pravni život, 2009, vol. LVIII, t. I, br. 10, str. 547-558).

[21] Implementing alternative measures to detention in penal case, Tirana, Albania, february 2009, pp. 47-55.

[22] P. Papadopoulou, Victim offender mediation for minor in Greece, Newsletter of the European Forum for Restorative Justice, march 2006, vol. 7, issue 1, str. 1-2.

dela, a u okviru odredaba Zakona o krivičnom postupku predviđa se mogućnost okončanja krivičnog slučaja poravnanjem i pomirenjem učinioca i žrtve[23].

IZVRŠENJE ALTERNATIVNIH KRIVIČNIH SANKCIJA

Izneti primeri opravdavaju bojazan da su u pravnim sistemima balkanskih država alternativne krivične sankcije najčešće neiskorišćena zakonska mogućnost. I zaista, ako se potraže statistički podaci o izrečenim i izvršenim alternativnim sankcijama u zemljama Balkana u godišnjem izveštaju Saveta Evrope ustanovićemo da nedostaju statistički značajni podaci za bilo koju od država sa ovog područja[24]. Znači – alternativne krivične sankcije postoje na papiru, ali se retko primenjuju u praksi. Jednim delom to je posledica ishitrenih reformi zakonodavstva koje su usledile kako bi se prihvatili odgovarajući standardi predviđeni u pravnim propisima Organizacije ujedinjenih nacija i Saveta Evrope. Drugi razlog je vezan za činjenicu da u balkanskim državama (kao i u većini drugih država kontinentalno-pravnog sistema) ne postoje posebne probacione službe koje bi preuzele izvršenje alternativnih sankcija. Dok se u oblasti maloletničkog krivičnog zakonodavstva većinom angažuje postojeći sistem socijalne zaštite, dotle je u pogledu alternativnih sankcija namenjenih punoletnim učiniocima krivičnih dela potrebno ustrojiti čitav sistem organa zaduženih da prate izvršenje ili reformisati u tom cilju postojeću državnu upravu. To nije zadatak koji se može brzo i lako izvršiti.

Iako se probacioni sistemi u svim balkanskim državama osnivaju ubrzano u prvoj deceniji XXI veka, inspirisani sličnim uzorima iz Velike Britanije ili Holandije, društvene, kulturne i političke prilike u kojima su se balkanske države razvijale i u kojima su sada nalaze mogu značajno usloviti uspešnost ovih reformi. Primera radi, u bivšoj Jugoslaviji uslovna osuda je i ranije masovno izricana. Ali, u državama nekadašnjeg Varšavskog pakta iskustva su drugačija: uslovno kažnjavanje za punoletna lica bilo je retkost i povezano je sa nadzorom tokom kasnijeg boravka osuđenih na slobodi. Nadzor nad ponašanjem osuđenog na slobodi tokom uslovne osude, primera radi u Češkoj, Estoniji, Litvaniji, Rumuniji, Mađarskoj bio je poveren policiji, jednako kao i tzv. «zaštitni nadzor» nad politički nepodobnim licima[25]. Prema tome, neke od država bivšeg Varšavskog pakta morale su za kraće vreme da uspostave probacione sisteme u uslovima u kojima nisu postojale ni osnovne pretpostavke za njegovo delovanje. Iako u drugačijem društvenom uređenju, slična

[23] Više o ovim reformama u Turskoj na stranici: Conference on Probation and Aftercare, The Foundation of Probation System in Turkey, Istanbul 14-16 nov. 2005, dostupno na: http://coe.inf/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Prisons_and_alternatives/Conferences/ (pristup 30. 4. 2010. god.).

[24] M. Aebi, N. Delgrande, Council of Europe Annual penal Statistic, SPACE I, Survey 2007, pp. 21-22, dostupno na: http://www.coe.int/t/e/legal-affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives/statistics_space_i/PC-CP_2009, (pristup 21. 01. 2009).

[25] A.M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding, A Palette of Probation Systems in European Accession Countries, in: A. van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding (eds.), Probation and Probation Services in the EU accession countries, Nijmergen, 2003. god., str. 5.

situacija je postojala i u Turskoj, u kojoj je policija preko dve decenije bila zadužena da nadzire ponašanje osuđenih na uslovnu osudu ili puštenih na uslovni otpust tokom njihovog boravka na slobodi, a tek od 1997. godine u okviru zatvorske uprave počelo je da radi posebno odeljenje za postpenalnu zaštitu osuđenih lica[26].

Sa druge strane, republike Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija, Crna Gora, kao i Srbija, deleći zajedničko pravno nasleđe SFRJ, tradicionalno, još od sedamdesetih godina prihvataju u svojim zakonodavstvima neke alternativne krivične sankcije. U međuvremenu, sva ova zakonodavstva značajno su reformisana uvođenjem drugih alternativnih krivičnih sankcija. Nekadašnja Jugoslavija se među drugim socijalističkim državama isticala i po tome što je relativno rano zatvorska uprava izdvojena iz sastava ministarstva unutrašnjih poslova te je prešla pod nadležnost ministarstva nadležnog za pravosuđe. Ta okolnost bi ukazivala na nešto povoljnije uslove pod kojima bi se mogla osnovati probaciona sužba u Srbiji i drugim državama sa područja nekadašnje Jugoslavije (u poređenju sa državama nekadašnjeg Varšavskog pakta).

Zbog ovakvih okolnosti nije neobično što se zapažaju velike razlike u načinu organizacije i domenu funkcionisanja službi za probaciju, koje počinju da se osnivaju upravo u cilju izvršenja alternativnih krivičnih sankcija i pružanja postpenalne pomoći učiniocima krivičnih dela.

U situaciji kada u nekoj državi ranije nije postojao probacioni sistem veoma je teško predvideti koji bi organizacioni model bio najprikladniji. Specifičnost poslova koji zahtevaju nadzor i stalni kontakt sa osuđenim licem na slobodi onemogućavaju da se ovi zadaci povere zatvorskoj upravi. Trebalo bi da se ove sankcije izvršavaju u okviru lokalne zajednice, uz saradnju sa građanima i oštećenima. Zbog toga bi bilo veoma prihvatljivo da ovakve poslove preuzmu službe socijalne zaštite. Ali, u njihovom radu u zemljama zapadnog Balkana se već niz decenija zapaža kriza, pa bi bez radikalne reforme u okviru organa socijalnog staranja bilo nerealno očekivati da bi ove službe mogle uspešno da preuzmu izvršenje novih poslova vezanih za izvršenje alternativnih krivičnih sankcija.

Teškoće da se pronađe optimalni model organizovanja probacione službe doprinele su pojavi velike različitosti u praksi, ako poredimo rešenja u stranim zemljama. Pri tome ne treba zanemariti činjenicu da probacioni sistemi u svim državama vremenom doživljavaju svoju transformaciju, u skladu sa novim organizacionim zahtevima, potrebama prihvatanja dodatnih poslova i zadataka ili, jednostavno, radi povećanja delotvornosti rada probacione službe.

Važno je istaći da su u mnogim državama u kojima je probaciona služba osnivana nedostajali jasni polazni koncepti pa da su strana rešenja preuzimana nekritički (često i pod uticajima stranih stručnjaka koji su kao savetodavci angažovani), što je uslovilo kasnije neefikasan rad službe. Iskustva balkanskih država pokazuju da se pri izboru probacionog sistema vlade rukovode načešće kriterijumom

[26] Prema podacima navedenim u Projektu za razvoj probacione službe u Turskoj (Development of probation services in Turkey, 2004), dostupno na: http://ec.europa.eu/ (pristup 23. 04. 2010. god.).

od koje su strane države dobijale stručnu i tehničku pomoć. Na tom planu se naročito ističu Velika Britanija i Holandija. Na teškoće ove vrste ukazuje činjenica da su od država centralne i jugoistočne evrope samo u dve (u Češkoj i Rumuniji), bile donete polazne strategije kojima je definisana misija probacione službe, da bi se u skladu sa tim pristupilo njenom organizovanju[27]. Ovim zemljama se odnedavno pridružila i Republika Srbija, ali su u njoj strategija i misija Probacione službe utvrđene naknadno, tek pošto je doneta legislativa kojom su predviđene alternativne sankcije. U većini drugih zemalja misija probacione službe identična je misiiji ostalih organa zaduženih za sprečavanje kriminaliteta ili za rešavanje socijalnih problema, iako ona mora biti posebna, jer se izvršenje alternativnih sankcija samo jednim delom tiče sprečavanja kriminala. Drugim delom delatnost probacione službe treba da omogući delotvoran nadzor i saradnju sa različitim drugim subjektima na izvršenju sankcija u okrilju zajednice i da doprinese javnoj bezbednosti. U skladu sa istaknutim prioritetima, moraju se osmisliti organizacija i zadaci probacione službe.

Usluge probacije mogu se obavljati na različite načine. Mogu biti prepuštene privatnim subjektima ili vezane za aktivnosti državnih organa. U ovom drugom slučaju, ako se radi o javnim uslugama, probacioni sistemi mogu biti organizovani u okviru centralne države uprave ili vezano za socijalne službe ili po mešovitom modelu. Centralizovani probacioni sistemi su oni u kojima je probaciona služba sastavni deo organa državne uprave (i to po pravilu centralnih organa uprave). Balkanske države većinom prihvataju ovaj model. Uobičajeno se probaciona služba organizuje kao centralizovana državna služba, najčešće u sastavu ministarstva nadležnog za pravosuđe. Ovakvo rešenje je prihvaćeno u: Bugarskoj, Rumuniji, Srbiji i Turskoj. Postoje razlike u pogledu stepena saradnje koji probaciona služba ostvaruje sa lokalnom samoupravom i civilnim sektorom. Tako je u Rumuniji probaciona služba organizaciono ustrojena slično britanskom i holandskom modelu sa ciljem da se ostvari što intenzivnija saradnja države i civilnog sektora. U Hrvatskoj je naročitim Zakonom o probaciji donetim 10. 12. 2009. godine regulisana organizacija i nadležnost Probacione službe, kao posebnog državnog organa. Probaciona služba zadužena je da prati izvršenje alternativnih sankcija poput uslovne osude sa zaštitnim nadzorom i rada za opšte dobro.

Za organizovanje probacione službe u većini država u tranziciji (uključujući tu i Republiku Srbiju) zaduženo je ministarstvo nadležno za pravosuđe. Ono je odgovorno za koordinaciju i razvoj aktivnosti koje se tiču probacione službe. Ovo rešenje prihvaćeno je u Bugarskoj i Rumuniji[28], kao i u Hrvatskoj, Srbiji i Turskoj. Među pojedinim zemljama postoje razlike u zavisnosti od toga da li se najpre osnivala posebna organizaciona jedinica (odeljenje, departman, uprava i slično) za izvršenje alternativnih sankcija (kao na primer, u Hrvatskoj), ili se postojećoj upravi za zatvorske sankcije (zatvorska administracija) prepuštaju poslovi izvršenja

[27] A.M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding, A Palette..., str. 7-8, takođe i kod L. Ourednickova, P.Stern, Pavel, D. Doubravova, The Czech Republic, in: A. M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding (eds.), op. cit., str. 76.

[28] A.M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding, A Palette..., str. 22-23.

alternativnih sankcija. Ovo drugo rešenje bilo je najpre primenjeno u Bugarskoj, Rumuniji, kao i u Srbiji i Turskoj. Moguće je da u okviru uprave za zatvorske sankcije bude osnovano posebno odeljenje za alternativne sankcije (na primer, u Bugarskoj, Srbiji, Turskoj)[29]. Najvažnija praktična prednost takvog načina organizacije je u korišćenju postojećih materijalnih i ljudskih resursa, čime se izbegava dug proces formiranja nove organizacione strukture. Drugo, centralno upravljanje odeljenjem za alternativne sankcije (ili odgovarajućim poslovima u okviru zatvorske uprave) omogućava efikasan rad buduće probacione službe i njeno postupno širenje.

Rumunska probaciona služba organizovana je u sklopu zatvorske uprave uz pomoć engleskih stručnjaka u periodu od 1998. do 2002. godine, pod pokroviteljstvom Ministarstva pravde. Prihvaćena je strategija razvoja korak-po korak. «Dok je u pojedinim zemljama služba za nadzor nad licima koja se uslovno nalaze na slobodi u celini državna služba (Velika Britanija, Francuska) ili je organizovana kao nevladin sektor (Holandija i Austrija), u Rumuniji je ova služba izraz zajedničkog rada države i civilnog sektora. Ovakav organizacioni model je izraz postojeće regulative, kulturnog konteksta zemlje i materijalnih i ljudskih kapaciteta koja zemlja ima na raspolaganju»[30]. Na osnovu Zakona br. 129/2000 određena su ovlašćenja i odgovornosti probacionih službenika za pisanje izveštaja za tužioce. Ovim zakonom se definiše organizacija probacione službe, njena struktura, principi, odgovornosti, trening osoblja i proceduralna pitanja, u skladu sa Krivičnim zakonikom i Zakonom o krivičnom postupku. Na osnovu ovog Zakona, vladinom uredbom br. 92/2000 osnovana je nacionalna probaciona služba, nadležna za resocijalizaciju učinilaca krivičnih dela koji se nalaze pod njenim nadzorom[31] Probaciona služba podređena je Ministarstvu pravde. Njome upravlja direktor Odeljenja za probaciju. Svaki područni organ zapošljava od 2 do 13 probacionih savetnika. Odeljenje neposredno rukovodi radom područnih organa, usmerava ih u tome i nadzire[32].

Probaciona služba u Rumuniji organizovana je po uzoru na službe iz Velike Britanije i Holandije i uz finansijsku pomoć ovih država. S obzirom na veličinu Rumunije, rad probacione službe organizuje se za svaki okrug pojedinačno, uz saradnju sa nevladinim sektorom. Kroz pilot projekte koji se sprovode od 2000. godine nastoji se rešiti uočeni problem na koji način što više uključiti nevladin sektor u izvršenje alternativnih sankcija. Teškoće postoje zbog toga što uspešno izvršenje podrazumeva uspostavljanje odgovarajućeg partnerskog odnosa među državnim

[29] R. Tamašauskaite, Lithuania, u: A. M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding (eds.), op. cit., str. 226-227. Takođe i u navedenom pripremnom materijalu za Konferenciju o probaciji i postpenalnoj zaštiti, Istanbul, 2005. god.

[30] Odeljenje za društvenu reintegraciju i nadzor, Ministarstvo pravde Rumunije, Uslovno kažnjavanje – rumunski model, u: Alternative zatvorskim kaznama, Fond za otvoreno društvo, Beograd, 2005, str. 145-146.

[31] I. Durnescu, Romania, u A. M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding (eds.), op. cit., str. 259-261.

[32] I. Durnescu, op, cit., str. 266-267.

organima i nevladinim sektorom, koji mora prihvatiti i odgovarajuću odgovornost za moguće propuste u svom radu. S druge strane, uspostavljanje ovakve saradnje preduslov je da se može uopšte govoriti o izvršenju sankcija u zajednici[33].

U većini država probacioni sistemi centralizovanog tipa ispoljavaju odlike mešovitih. To su sistemi u kojima se, uprkos tome što je probaciona služba osnovana kao državni organ, dopušta učešće organa socijalnog rada ili privatnih organizacija. Ovakva organizacija je po pravilu svojstvena maloletničkom pravosuđu zaduženom za izvršenje krivičnih sankcija prema maloletnicima ili mlađim punoletnim licima. Čak i u onim državama u kojima takva podela nadležnosti nije izvršena, te se ista Probaciona služba stara o izvršenju alternativnih sankcija prema odraslima, kao i prema maloletnicima, zadužuju se nadležni organi da u slučaju izvršenja programa prema maloletniku uspostave posebnu saradnju sa socijalnim radnicima, lokalnom zajednicom, nevladinim organizacijama, crkvenim i drugim organizacijama[34].

Primer funkcionisanja takvog mešovitog modela jeste delovanje lokalnih komisija za prevenciju maloletničke delinkvencije u Bugarskoj, u čijem sastavu se nalaze socijalni radnici zaduženi za neposredni nadzor, pomoć i podršku maloletnim učiniocima krivičnih dela i saradnju sa članovima njihovih porodica. Izvršenje alternativnih mera, u sklopu socijalnog rada, sprovodi se na lokalnom nivou, uz uključenje policije, osoblja socijalne zaštite, tužioca, predstavnika nevladinog sektora, pravnika, lekara, političkog rukovodstva lokalne zajednice. Za poslove post-penalne zaštite i pomoći osuđenim licima posle izvršenja kazne zatvora zadužena je naročita nadzorna komisija, koja deluje u okviru saveta lokalnih samouprava[35]. Ministarstvo za unutrašnja poslova nadležno je za staranje o deci beskućnicima koja su uhapšena zbog bežanja od kuće, prostitucije, stavljanja u promet ili korišćenja opojnih droga. Rad područnih organa ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove odvija se pod nadzorom javnog tužioca. Za prevenciju maloletničkog kriminaliteta nadležni su Biroi za prevenciju maloletničkog kriminaliteta koji posluju na lokalnom nivou uz odobrenje ministra uutrašnjih poslova. Zaduženi su za sprovođenje i kontrolu sprovođenja nacionalne politike u ovoj oblasti. Nadzire ih u radu javno tužilaštvo. Zaposleni u ovim Biroima imaju status inspektora (službenih lica) i istovremeno odgovarajući položaj u nacionalnoj policiji. Njihov zadatak jeste da pronalaze, nadziru i prate maloletnike za koje postoji visok rizik da će izvršiti krivična dela, kao i žrtve takvog maloletničkog kriminaliteta (naročito sa elementom nasilja). Osim njih, socijalni rad sa omladinom obavljaju socijalni radnici i posebni nadzornici, koji su zaduženi za socijalnu podršku i pomoć maloletnicima i njihovim porodicima[36]. Od 2006. godine ustanovljena je i posebna Probaciona služba koja preduzima izvršenje alternativnih sankcija prema punoletnim licima. Ona ima direktorijum u Sofiji, a

[33] Ibid, str. 25.
[34] A. van Kalmthout, S. Vinding, A Palette …, str. 22-25.
[35] D. Stoyanov, Bulgaria, u: A. M.van Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding (eds.), op. cit., str. 48.
[36] D. Stoyanov, op. cit., str. 45 i 47.

obuhvata 112 regionalna biroa u 28 teritorijalnih okruga. Direktorat ima specifičan odnos sa Zatvorskom upravo, čiji je sastavni deo[37].

Pretpostavka uspešnosti u primeni alternativnih krivičnih sankcija jeste da se izvršavaju u okrilju zajednice. Ovaj zadatak može se ostvariti samo tako što je probaciona služba upućena na neposrednu saradnju sa lokalnom zajednicom, nevladinim sektorom koji pruža pomoć u reformi pravosuđa i sa nadležnim ministarstvima za rad i socijalno staranje. Neposredna saradnja sa sektorom zaduženim za socijalno staranje utoliko je bitnija što se u većini evropskih država, u skladu sa promenama pristupa maloletničkoj pravdi, izvršenje mera prema maloletnim učiniocima krivičnih dela organizaciono izmešta iz nadležnosti ministarstva pravde u delokrug ministarstva socijalnog staranja. Zato postoji mogućnost da se i poslovi vezani za izvršenje alternativnih sankcija prema odraslima povere organima socijalnog staranja.

Ovakav model je primeren državama sa malim brojem stanovnika. To je, na primer, uspešno iskorišćeno u Sloveniji, u kojoj su centri za socijalni rad i kadrovski i materijalno bili kadri da prihvate nove poslove u vezi sa izvršenjem alternativnih sankcija. Modelu socijalne zaštite među evropskim državama inklinira sistem prihvaćen u Makedoniji. Slično slovenačkom rešenju i u Makedoniji su centri za socijalni rad zaduženi za izvršenje zaštitnog nadzora pri uslovnoj osudi, uslovnom otpustu i za kontrolu izvršenja rada u javnom interesu, dok uspešnost izvršenja prati sud[38].

Osim izvršenja alternativnih krivičnih sankcija, probaciona služba može preuzeti i niz drugih zadataka koji su povezani sa krivičnim postupkom ili pomoći osuđenom licu posle izvršene kazne zatvora. Zbog toga organizaciono rešenje po kome se rad probacionih službenika odvija u sklopu Zatvorske uprave može da bude samo privremena faza u razvoju probacione službe, dok ona ne bude organizaciono izdvojena kao samostalna služba. Trebalo bi da svaka država u kojoj ne postoji probacioni sistem strategijski preduzima aktivnosti na stvaranju Probacione službe, što zahteva i donošenje posebnog zakonodavstva. Ovakav postupni razvoj probacione službe očekuje se u balkanskim državama tokom narednih godina, kao što pokazuju sledeći primeri.

Donošenjem Zakona o izvršenju krivičnih sankcija[39] 2005. godine omogućeno je u Srbiji delovanje poverenika zaduženih za izvršenje alternativnih krivičnih sankcija (uslovne osude sa zaštitnim nadzorom i rada u javnom interesu). Veliki nedostatak postojećeg zakonodavnog okvira jeste nedostatak posebnog zakona kojim bi se uredila organizacija i regulisao način rada Probacione službe. U nedostatku tog zakona, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u odredbama čl. 181. i 186. pominje da

[37] S. Pitts, V. Karaganova, Establishing a probation service in Bulgaria, CEP Bulletin, June 2006, pp.6-7.

[38] Љ. Чонева, Можностите на центарот за социјална работа во извршувањето на алтернативните санкции и мерки, у: Елиминирање на пречките за практична имплементација на условна осуда со заштитен надзор, Скопје, септември 2002. год., стр. 53-56.

[39] "Službeni glasnik RS" br. 88/05 i 72/09.

su za izvršenje rada u javnom interesu i uslovne osude sa zaštitnim nadzorom zaduženi organizaciona jedinica Uprave za zavodske sankcije za tretman i alternativne sankcije i poverenik. Međutim, ovim Zakonom nije mogao da bude status poverenika. Osim toga, u momentu donošenja Zakona o izvršenju krivičnih sankcija iz 2005. godine zakonodavac nije imao jasnu ideju kome će organu prepustiti njihovo izvršenje, pa čak ni kako predvideti način izvršenja. Ove manjkavosti zakona nisu mogle da se prevaziđu podzakonskim aktima. Zbog toga su Zakonom o izmenama Zakona o krivičnim sankcijama iz 2009. godine, menjane osnovne odredbe o izvršenju kazne rada u javnom interesu i uslovne osude sa zaštitnim nadzorom.

Bez obzira na postojeći normativni okvir, stvarni uslovi za rad povereničke službe stekli su se tek 2008. godine, kada je u novembru otvorena prva Kancelarija za poverenike u Beogradu. Osim toga, u saradnji sa Pravosudnim centrom sprovedeno je stručno usavršavanje 135 tužilaca i sudija u oblasti alternativnih sankcija. Uporedo sa time, teče stalna obuka izabranih poverenika, čiji se broj povećava. Tako je do kraja 2010. godine otvareno šest regionalnih kancelarija Povereničke službe u: Nišu, novom Sadu, Kragujevcu, Subotici, Leskovcu i Valjevu. U skladu sa razvojem povereničke službe, očekuje se da u skoroj budućnosti (do 2011. godine) bude usvojen novi Zakon o probaciji i da na tom osnovu ona preraste u posebnu Probacionu službu.

Pripremne aktivnosti za osnivanje probacione službe u Turskoj započele su 2004. godine, uz tehničku pomoć Velike Britanije. Osnivanje Probacione službe omogućeno je donošenjem Zakona o izvršenju krivičnih sankcija 2005. godine[40]. Probaciona služba se nalazi u sastavu zatvorske uprave, pod pokroviteljstvom ministarstva nadležnog za pravosuđe. Probaciona služba je organizovana prema centralizovanom sistemu, pri čemu ima posebna odeljenja za punoletne, za maloletne i za postpenalnu pomoć. Kadrovsko jezgro buduće službe čine zaposleni u zatvorskoj upravi. Pilot projektima realizovanim u Ankari i u još tri grada proveravana je uspešnost budućeg rada probacione službe[41].

Probaciona služba u Grčkoj počela je sa radom od 2007. godine. Ona je organizovana u četrnaest distrikta. Služba deluje u sastavu ministarstva pravde. Neobično je da je grčki probacioni servis kao najmlađi 28. član Evropske organizacije za probaciju primljen u ovo udruženje zajedno sa građanskom organizacijom Epanodos. Ova organizacija već duže vremena deluje kao pravno lice, ima svega osam zaposlenih i bavi se poslovima vezanim za pomoć osuđenim licima. Aktivnosti Epanodos-a finansiraju se iz donacija pravnih i fizičkih lica[42].

I u Crnoj Gori, u okviru projekta reforme pravosuđa, koji je uz finansijsku podršku Evropske komisije počeo da se realizuje 2007. godine (a traje do 2011. godine) predviđeno je, između ostalog, osnivanje sudova za maloletnike i probacione službe.

---

[40] Zakon br. 647.

[41] Prema podacima navedenim u: Development of probation services in Turkey, op. cit.

[42] Vesti Evropske organizacije za probaciju od 14. 9. 2009. dostupno na: http://cep_probation.org/, pristup od 01. 5. 2010.

U skladu sa osnovnim konceptom da je probaciona služba deo državnih organa uprave, probacioni službenici imaju status službenih lica sa naročitim ovlašćenjima i obavezama u odnosu na lica koja se nalaze na probaciji, kao i prema građanima i drugim državnim organima. Status javnih službenika imaju službenici probacije u Grčkoj[43]. U Bugarskoj oni imaju status naročitih inspektora u oblasti izvršenja sankcija, u nekim drugim državama, poput Hrvatske i Srbije, nazivaju se poverenicima. U Rumuniji je još uvek nejasan status probacionih savetnika, kao i način njihovog delovanja. Oni nisu civili, nego se nalaze između službenika i eksperta – tzv. specijalno osoblje izvan pravosudnog autoriteta. Zato se ističe da bi bilo neophodno da se jasnije odredi njihov profesionalni status, jer je to uslov da pruže adekvatnu uslugu. Iako su veoma kvalifikovani za posao koji rade, njihove prinadležnosti nisu tome adekvatne, a ni uslovi u kojima obavljaju svoj posao.[44]

Vrste obaveza koje treba da nadziru probacioni službenici uobičajeno se regulišu krivičnim zakonodavstvom, dok se posebnim zakonima ili podzakonskim aktima određuju uslovi za izbor i imenovanje službenika probacije. Službenici probacije obavljaju svoj posao prema pravilima struke, procedurama koje su normativno uređene zakonodavstvom i usklađene sa međunarodnim standardima u pogledu primene alternativnih sankcija i zaštite prava osuđenih lica.

Što se tiče zahtevanog obrazovnog nivoa profesionalnih službenika, uočljivo je da uslovi variraju od države do države, s tim što se uobičajeno zahteva da službenik probacije ima najmanje stečeno srednjoškolsko obrazovanje. Većinom se traži visoko obrazovanje iz oblasti socijalnog rada, sociologije, prava, psihologije, pedagogije ili drugih srodnih oblasti.

U postupak izvršenja alternativnih sankcija uključuje se društvena zajednica. Time se nastoji pomoći učiniocu krivičnog dela da shvati izraz društvene osude i da razvije vlastitu svest o štetnosti svog ponašanja kako za samog sebe, tako i za društvenu zajednicu[45]. Istovremeno, time se izražava i interes društvene zajednice za učinioca krivičnog dela i izražava njena spremnost da mu pomogne i pruži podršku u cilju ponovnog uključivanja u društvo.

Jedan od oblika uključivanja pojedinaca iz zajednice u izvršenje alternativnih krivičnih sankcija je učešće volontera iz različitih udruženja i organizacija za pomoć žrtvama. Naročito uspešno može biti njihovo angažovanje u sklopu pripremnih aktivnosti na poravnanju i pomirenju žrtve i učinioca.

Načini uključivanja članova zajednice u izvršenje alternativnih krivičnih sankcija najpre zavise od potreba Probacione službe. Najčešće se određuju odgovarajućim sporazumima o saradnji. Ovakvim sporazumima se preciziraju

[43] L. Daga, La traitment reeducaif du condamne et les mesures alternatives a la detention, in: Prigione in Africa, UNSDRI, Rome, no. 22, 1988, str. 160.
[44] I. Durnescu, op. cit.,str. 284.
[45] S. Uzelac, Zaštitni nadzor, Metodika socijalnopedagoškog rada, Nakladni zavod Globus, Edukacijsko-Rehabilitacijski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002. god., str. 39.

aktivnosti koje volontori preduzimaju tokom izvršenja, njihov odnos prema službeniku probacije, kao i naknada troškova koja ide u korist odgovarajuće organizacije čiji je član angažovani volonter. Volonteri koji se uključuju u izvršenje alternativnih sankcija moraju da imaju potrebne kvalifikacije, veštine, potrebno je da su prošli stručnu obuku i da ih karakterišu lični kvaliteti. Za svoj rad na izvršenju alternativnih krivičnih sankcija oni po pravilu nisu plaćeni (nego eventualna sredstva idu u korist udruženja iz koga oni potiču). Država po pravilu ne plaća za njih osiguranje[46].

Tradicija karitativnog volonterskog rada katoličke crkve ima velikog značaja u angažovanju volontera iz crkvenih udruženja u Mađarskoj, Češkoj ili Poljskoj. U balkanskim državama se ne zapaža ovakav potencijal hrišćanskih crkava niti islamske verske zajednice, kao što ni države sa verskim organizacijama značajnije ne sarađuju na tom planu. Učešće volontera omogućeno je prema propisima u Hrvatskoj i Turskoj.

Uprkos izdacima za osnivanje i finansiranje rada nove probacione službe, trebalo bi da se, dugoročno, ovakvi troškovi isplate. Primera radi, u Rumuniji troškovi probacionih usluga po jednom nadziranom licu iznose oko 143 evra godišnje, dok po jednom osuđenom koji se nalazi u zatvoru država izdvaja 1685 evra[47].

[46] G. Lažetić-Bužarovska, Alternativi za zatvorot, Studentski zbor, Skopje, 2003. god., str. 272-273.
[47] A. Kalmthout, J. Roberts, S. Vinding, A Palette…, str. 27.

Prof.Nataša Mrvić-Petrović, Ph.D
Faculty of Law University „Union“ Beograd

ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS IN BALKAN COUNTRIES

Summary

In all Balkan countres alternative criminal sanctions (community sanctions) have been introduced as those apllicable in the phase of the trial and execution, as well as measures to suspend the criminal procedings before the trial. Suspended sentence with supervision and parole, are sanctions that have a long tradition in Balkan countres. Sanction they are more sophistical are: the fragmentation of imprisonment (Turkey, Albania), community service as an independent sanction (Serbia, Montenegro) or substitute for imprisonment (Croatia, Bosnia and Hercegovina, Makedonia, Romania, Turkey, Albania, Greece), probation (Bulgaria), condition termination of criminal procedure (Makedonia). Actions are similar to juvenile justice reforms that allowed diversion measures and victim and offender mediation. The success of execution of alternatives sanctions depends on the organization of probation services. They are organized in the most countries of the centralized way (Croatia, Serbia, Romania, Bulgaria, Turkey), while in Makedonia using social welfare. Probation services in Balkan states are established only after 2000 year.

Key words: alternative criminal sanctions, judicial reform, Balkan countries, probation services, execution of sanctions.

Prof. Renata Treneska - Deskoska, Ph.D.
Law faculty – Skopje, Macedonia

COMMITTEE AND COMMISIONS FOR INTER-COMMUNITY RELATIONS AS INSTRUMENTS FOR INTER-ETHNIC DIALOGUE IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Abstract

Eight years after delivering Ohrid Framework Agreement, inter-ethnic dialogue is still high on the national agenda in our country because the process of its building and promotion was subject to difficulties, conflict and setbacks. One of the formal instruments for inter-ethnic dialogue on central level provided in the 2001 Constitutional amendments was the Committee for Inter-Community Relations. The Committee should be a place for discussion of policies and promotion of policy ideas for good inter-ethnic relations, but during the whole period of the functioning of the Committee for Inter-Community Relations the political tensions from the Parliament were reflected in this body. It functioned as "little Parliament" and did not have strength to open debate on important issues which could had disturbed the relations between partners in the governmental coalition.

As instruments for inter-ethnic dialogue on local level this paper analyses the commissions for inter-community relations. The structures of these commissions have been created to accompany all municipal work in order to institutionalize inter-ethnic dialogue and to function in a preventive rather than reactive manner. But even when they have to act in reactive manner, the problems of inter-ethnic character are directed to the local political leaders than to the commission. Practically even the local administration bypasses the commissions.

Key words: Ohrid Framework Agreement, inter-ethnic dialogue, committee, commission, local administration.

1. Introduction

Inter-ethnic dialogue is crucial for building good community relations, trust and tolerance. Real trust can only emerge through a growing experience of reliability while working together and negotiation of difficult but vital conversations. Finding ways toward tolerance and trust requires direct engagement of central and local government, as well as civil society in the most volatile areas of public life. Growth of trusting relationship across society is essential for every sustainable democracy, but it is more difficult, slow and complex process in countries which has gone trough ethnic conflict.

Eight years after delivering Ohrid Framework Agreement (OFA), inter-ethnic dialogue is still high on the national agenda in Republic of Macedonia because the process of its building and promotion was subject to difficulties, conflict and setbacks. The 2001 Ohrid Framework Agreement (OFA) was based on the recognition that the only way to reach reconciliation and trust is to face up to intractable issues. OFA established the foundation for inter-ethnic stability through promotion of the rights of ethnic communities and by identifying the decentralisation and participation of non-majority communities in public sphere as key aspects of good inter-ethnic relations.

The OFA laid the foundation for subsequent constitutional and legal frame of position of ethnic communities in the constitutional and political system of the country. In the Annex A of OFA the Constitutional amendments which were agreed to be adopted were contained. These agreed amendments were the same year adopted in the Parliament.

One of the formal instruments for inter-ethnic dialogue on central level provided in the 2001 Constitutional amendments was the Committee for Inter-Community Relations. It replaced previous Interethnic Relation Council introduced by the 1991 Constitution. The main task of this replaced body was to review the issues related to the interethnic relations in the Republic and to provide opinions and proposals for their management. This body was founded and elected by the Parliament of the Republic of Macedonia. The President of the Parliament was also President of the Council that was composed by two members of each of the Macedonians, Albanians, Turks, Vlachs, Roma and two members from the other national minorities.

The new body - Committee for Inter - Community Relations consists of 19 members out of whom 7 are from among the Macedonian MPs and 7 from the Albanian MPs, while the Turkish, Vlach, Romas, Serbian and Bosniak communities are represented by one MP each. The members are elected by the Parliament. If some community is not represented in the Parliament, the Ombudsman, after consultation with relevant community leaders, shall propose the remaining members from outside the Assembly.

It is not clear what criterion were used to come up with these numbers within the Committee. They neither express the proportion among the communities in the population of the country, nor is there parity representation of the communities. The Committee is competent to decide cases of dispute that might emerge when voting for laws that require majority of the votes of the present MPs that belong to the non majority - communities in the country. Also in its competence is to consider issues of inter-community relations in the Republic and to make appraisals and proposals for their solution. The Assembly is obliged to take into consideration the appraisals and proposals of the Committee and to make decisions regarding them.

Apart from introducing decentralization, OFA and the Constitution do not contain and introduce formal mechanisms for inter-ethnic dialogue on local level. This is left to the Law on local self-government and other acts regulating this sphere,

which introduce commissions for inter-community relations and so called "Badenter rule" for adoption of decisions on certain issues by the municipal councils.

2. Committee for Inter-Community Relations

2.1. Law on Committee for Inter-Community Relations

The conditions and procedure for election of the members of the Committee for Inter-Community Relations, competences of this body, the procedures of its work and decision-making are regulated in the Law on Committee for Inter-Community Relations.[1] The need of adoption of the Law was subject to political and experts debates. The question whether such law should be adopted was raised. The opponents of its adoption pointed out that its adoption was not agreed in the OFA.

The Committee for Inter-Community Relations is the only parliamentary body which is regulated by special law. Adoption of this Law on Committee for Inter-Community Relations (which is *sui generis* parliamentary body) happened even before adoption of the Law on Parliament.

Its composition reflects not only ethnic structure of the country, but also the political parties` structure of the Parliament. When the Parliamentary Commission for election and appointments proposes MPs for members of the Committee for Inter-Community Relations, it ensures the criteria of equitable and proportional representation of the parliamentarian political parties. The member of the Committee is dismissed from its position in this body if he/she resigns on the proposal of the political party on whose list was elected for MP. Because it was debated on the ethnic origin of one MP member of the Committee, the law provides that the candidates for MPs together with their candidacy must submit to the State Electoral Commission statement for their ethnic origin. The president and the deputy-president of the Committee are elected from and by the members of the Committee for one year term.

The meetings of the Committee for Inter-Community Relations are called upon and presided by its President. Besides on its own initiative, the President is obliged to call on meeting if it is proposed by at least 1/3 of all members of the Committee. The Committee can work if 2/3 of its members are present to the meeting.

Competences of the Committee are to monitor implementation of the rights of the non-majority communities; to consider issues in the field of inter-community relations and implementation of the laws and other general acts which regulate the inter-community relations; to point to the need for adoption of the laws and other regulations and general acts which regulate relations between the communities; to consider implementation of the rights of the non-majority communities (rights to use of their languages and alphabet; right to education on their; right to expression of their identity) and to consider the implementation of the principle of just and

[1] "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 150/2007.

equitable representation of the citizens who belong to all communities in the state bodies and other public institutions in all levels.

The Committee considers issues of inter-community relations in the Republic and makes appraisals and proposals for their solution. The Parliament is obliged to take into consideration the appraisals and proposals of the Committee and to make decisions regarding them. The Committee also decides in the event of dispute among members of the Parliament regarding the application of the voting procedure for the laws which regulate issues in the area of culture, use of languages, education, personal documents and use of symbols. The Committee decides this dispute by majority vote of total number of its members. The Parliament is obliged to follow the decision of the Committee in the regard of the voting procedure for the law in question.

Apart of this general provision, the Law on Committee for Inter-Community Relations also contains the list of laws which should be adopted with special majority (so called Badenter majority – majority of vote of the all MPs plus majority of vote of the MPs belonging to the non-majority communities).

The meetings of the Committee are public. But, the Committee can decide to work without publicity, if such decision is proposed by the president of the Committee, representative of the Government or at least 1/3 of the members of the Committee. The decision for excluding the public from the work of the Committee is adopted by the majority of the total number of its members.

2.2. Work of the Committee for Inter-Community Relations from 2003 till 2009

During the whole period of the functioning of the Committee for Inter-Community Relations the political tensions from the Parliament were reflected in this body. It functioned as "little Parliament" and did not have strength to open debate on important issues which could had disturbed the relations between partners in the governmental coalition. This year the inter-ethnic relations were seriously endangered by several situations, as were: problems with the education in ethnically mixed schools in municipality of Struga, initiative for building a church on the square of the City of Skopje, publishing of the Macedonian Encyclopaedia by MANU (Macedonian Academy for Science and Arts) etc. None of these questions was on the agenda of the Committee for Inter-Community Relations.

During this period the Committee functioned more as technical body whose main competence was to decide on the voting procedure of the Parliament for some laws. The Committee of Inter-Community Relations was not recognizable by the public as a body for inter-ethnic dialogue and promotion of ideas for tolerance and trust building between communities. The Committee should be a place for discussion of policies and promotion of policy ideas for good inter-ethnic relations, but during the past period of its functioning the Committee did not fulfil its competencies from Article 9 of the Law on Committee on Inter-Community Relations. The reasons for that were several: starting from lack of political will for open and constructive debate

on hot ethnic issues, through lack of understanding of the importance and the meaning of the competences of this body, till lack of institutional capacities to support this body in fully executing of its competencies.

3. Municipal Commissions for Inter-Community Relations

3.1. Legal frame on Municipal Commissions for Inter-Community Relations and "Badenter rule" in decision-making process of municipal council

The commissions for Inter-ethnic relations as mechanisms for inter-ethnic dialogue on local level are provided in the Article 55 of the Law on Local Self-Government.[2] According to this article municipalities where more than 20% of the populations belong to a certain ethnic community are obliged to establish a municipal commission. The Law on Local Self-Governments does not introduce obligation for municipalities where the number of population belongs to less than 20% to establish such commission, but they can do that, if they decide that it will be useful for the inter-ethnic relations in their territory.

According to the "Law on territorial organization of the Republic of Macedonia"[3], adopted in 2004, the country is divided into 85 municipalities plus the City of Skopje, which has special status. According to the statistical data, 20 municipalities are obliged to establish Commission on Inter-Community Relations.

Law on Local Self-Government prescribes that the Commission for Inter-Community relation is composed of an equal number of representatives of each community represented in the municipality. That solution enables the commissions to be came a place where all ethnic communities in the municipalities will have *equal opportunities* to participate in debate and formulating recommendations for the issues which are of their concern, *no matter whether they are represented in the council or not.* The commissions for inter-community relations should provide a place where all ethnic groups, especially those who are not represented in the municipal council, could express their opinion and participate in decision-making on questions related to inter-community relations.

The Article 55 gives discretion to each municipality to regulate the manner of election of the members of the Commissions by its statute. So, the municipality can elect the members of the commission for inter-community relations from the members of the Council of the municipality, or from the people who are not members of the council. This last form is used especially in the cases when some communities are not represented in the municipal council.

In the competence of the Commissions of Inter-Community Relations is to review issues that refer to the relations among communities represented in the municipality and to give opinions and propose ways for their resolving. This norm referring to the competences of the commissions of inter-community relations is

[2] "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 5/2002.
[3] "The Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 55/04.

general and its intention is to cover all possible issues that could be of interest of the communities. In the attempt to find some guidance to determining what kind of issues can be raised in front of the commission, we could refer to the Art. 41 of the Law of Local Self-Government, which enumerates the areas which are of special interest for the communities and in deciding of which the Badenter (double) vote should be applied.

According to Article 41 of the Law of Local Self-Government, the decisions referring to culture, use of language and alphabet spoken by less than 20% of the citizens in the municipality, determining the coat of arms and flag of the municipality, shall be adopted by the majority of votes of the present council members, within which there must be a majority of votes of the present council members belonging to the communities which are not majority of the population in the municipality.

This provision from the Law on Local Self-Government is concretised in several other laws. For example in the area of culture[4] Badenter rule is applicable to: institutional and financial support to the cultural institutions and projects, construction of monuments; promotion of folklore, customs, old crafts and similar cultural values; organization of cultural events and support of various forms of creation.

Also, the names of the streets, squares, bridges and other infrastructure facilities are adopted by the council of the municipalities following Badinter rule.[5]

But, the role of the commissions for inter-community relations goes beyond questions which are decided by Badenter rule. They can discuss issues on employment of members of ethnic communities and other issues concerning inter-ethnic issues, disputes and relations. So, in the work of the municipal commissions for inter-community relations different communities could present their opinions, can communicate with other communities and make recommendations, which must be subject to review of the municipal council; i.e. the Law on Local self-governments regulates that municipal council is obliged to review the opinions and proposals from the commission and to make a decision with regard to them.

3.2. Municipal acts regulating commissions on inter-community relations

Because the Law on local self-government contains only one article regulating commissions on inter-community relations, which leaves a liberty to the municipality to regulate the details of composition and manner of functioning of these bodies, the municipalities usually cover these issues with the municipal statute and rules of

[4] Law on Culture, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 31/1998, 49/2003, 82/2005; 24/2007; Law on Libraries, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004, 89/2008;; Law on Museums, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004; Law on Monuments, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004; Law on Protection of the Cultural Heritage, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 20/2004

[5] Art. 4 of the Law for determination of names of streets, squares, bridges and other infrastructure facilities, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004

procedure of the municipal council or rules of procedure of the commission. Most of the statutes of the municipalities contain one or few articles regulating the status of the commission of the inter-community relations. Some of them just replicate the provision from the Law on Local Self-Government and leave the details to the Rules of procedure of the Council of the municipalities. Some other determine the number of the members of the commissions and the procedure for their election (who elects them and on whose proposal).

In certain statutes of the municipalities the commission for inter-community relations is treated as one of the permanent bodies of the municipal council. Another approach of establishing the status of the commissions for inter-community relations is to treat them as special bodies and to extract them from the list of other permanent working bodies of the council. This approach could be suggested as better and more applicable to the needs and specifics of this commission. This approach is applied in most of the latest statutes or in those which were changed lately.

The statutes of the municipalities should regulate the composition of the commissions on inter-community relations the number of its members, the (in)compatibility of its position and the term of office. Most of the statues of the municipalities replicate the provision from the Law on Local Self-Government that the commission on inter-community relations is consisted of equal number of representatives of all communities in the municipality. Some of the statutes determine the number of the members of this commission. If the statute does not determine the number of the members of the commission of inter-community relations, that will be left to be decided by the council of the municipality. Also the municipal council should decide which communities should be represented in the commission on the basis of the results from the last census. So the number of the members of the commissions on inter-community relations depends on the number of the communities that should be represented. In most cases the council should determine the number of the members of the commission that is optimal for open and effective debate on the one hand and providing opportunity for representation of different views within each community.

Some statutes of the municipalities contain rules on compatibility or incompatibility of the membership of the commission of inter-community relations with the membership of the municipal council. Some other statutes do not contain such provision and leave the freedom to the municipal council to select the members of this commission without restrictions on the incompatibility of this office.

Those statutes which contain such provisions on (in)compatibility of the membership in the commission on inter-community relations accept different solutions. Some of them introduce incompatibility of the of the position member of the commission of inter-community relations with the position member of the council; and some of them introduce mixed composition of the commission – part of the members are members of the municipal council, other part are not members of the council

The practice of functioning of these commissions show that is not necessary and it is not possible to require the members of the commission to be members of the municipal council because some communities are not represented in the council.

On the other side, the approach of some municipalities to have mixed composition of this commission showed the tendency that those members who were at the same time members of the municipal council had bigger influence in the work of the commission. Despite of the weaknesses that this kind of composition of the commission on inter-community relations, having such members in the commission, who are in the same time members of the municipal council, contributed to better presentation and advocacy of the conclusions and recommendation of the commission in the sessions of the municipal council.

The statutes of the municipalities do not contain the criteria for selection of representatives of the communities in this commission. Respecting some criteria for selection of the members of the communities in this commission is very important, because the members of the commissions for inter-community relations should be respected from the communities in the municipality, should know the situation in the municipality, the traditions and values of the communities that live in the municipality, and should be tolerant and to have understanding for the differences and needs of the "others".

The statutes of the municipalities determines the term of office of the commission on inter-community relations. This term of office usually overlaps with the mandate of the municipal council and is four years.

Usually the members of the commission on inter-community relations are elected by the council of the municipality on proposal of the commission for mandate's issues, elections and appointments. This proposal is submitted on the basis of previously obtained proposals from the political parties represented in the council. In some municipalities the commission elects its president by its own, and in other the municipal council elects the president and the members of the commission.

In the Handbook published by the Association of Units of Local Self-Government (ZELS) is recommended the president of the commission to be representative of the community which is not majority of the municipality and the president and the deputy-president to be elected for a term of one year.[6] Advantage of this method for nomination of the members of the commission for inter-community relations is that it is efficient and the members of the municipality council propose persons with whom they can cooperate easier. But, this method is criticized because it allows political influence in the process of nomination of the members of this commission and the communities that are not represented in the council can feel that the candidate from their community as imposed by the council. Also, disadvantage of

[6] "Handbook for the work of the commissions for inter-community relations", (in Macedonian language), ZELS, 2009, p. 21.

this method is the limited choice of the candidates for the membership in this commission that is offered to the municipal council.

Because of that in many municipalities this procedure is supplemented with public call for candidates for membership in the commission. The municipal council announces public call for candidates for members in this commission. This procedure for creation of the commission for inter-community relations is more transparent and it gives opportunity to interested persons and NGOs to submit their application for membership in the commission. On the basis of the received applications the commission for mandate's, elections and appointments makes the proposal and submit it to the council of the municipality. This procedure is longer, but it gives more possibilities for the council to select more appropriate and experienced candidates for this commission. On the other side, because some times there is no applications for candidates from certain community, the commission of mandate's, elections and appointments is put in a position to propose a candidate for the commission of inter-community relations, who has not send application on the public call.

3.3. Work of the commissions on inter-community relations from 2004 till now

The provision of the Law on Local Self-Government which provide creation of commission on inter-community relations was meant to be implemented after the new territorial organization of the country which was adopted in 2004. But from 2004 till 2006, most of the commissions for inter-community relations existed only "on paper". In 2006 some municipalities claimed they had formed a commission on inter-community relations, but these bodies never actually convened or only met for their first constitutional session.[7] The perception of commissions of inter-community relations in 2007 was much different, when most of the commissions had regular meetings.[8]

Now all municipalities that are obliged to established commissions for inter-community relations have fulfilled their obligation and commissions have been created even in some municipalities not compelled to establish them. So, in 14 municipalities the commissions on inter-community relations are established on voluntary basis.[9] But in practice the work of the commissions is not on satisfactory level. Very little progress has been achieved from the time of their introduction till today. Their responsibilities have not been carried out completely. Most commissions

[7] In 2006 only 5 commissions were considered as active (had at least one meeting and discussed issues related to existing conflicts in the municipality). See: "Survey on decentralization 2007", OSCE Spillover Mission to Skopje, p.31.

[8] In 2007, 20 commissions were considered as active. See: "Survey on decentralization 2007", OSCE Spillover Mission to Skopje, p.31.

[9] Commission of the European Communities, 2009 Progress Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010 {COM(2009) 533}, Brussels, 14.10.2009 SEC(2009) 1335, p. 21-22.

do not function properly and most have very little credibility.[10] It is quite rare that the solution of a problem is attributed to the work of these commissions.

There are several reasons for that. The commissions are not well defined and operational.[11] Existing shortcomings refer to the composition of the commissions and their institutional capacity. There is no institutional system for finishing the process, no clear set up of commissions and their task.[12]

Apart from already mentioned delay of establishment of the commissions on inter-community relations, in some municipalities the commission of inter-community relations have not been organized according to Article 55 of the Law on Local Self-Government. Article 55 paragraphs 2 demands that the commissions are comprised of equal number of representatives of each community living in the municipality. This legal obligation was disrespected in some municipalities, in which

a)Not all communities living in the municipality have been included in the commission on inter-community relations, or/and

b) Unequal number of representatives of each community has been included in the commission.

Many municipal councils faced a dilemma which communities should be included in the commission on inter-community relations. They used the data from the last census, but it still opens the question, where to "drew the line", or which is the lowest percent that one community should represent in the total number of population in the municipality in order to obtain membership in the commission on inter-community relations. In most cases communities which are less than 1% of the total population in the municipality are not represented in the commission. The Association of Units of Local-Self Governments (ZELS) made a list of communities which is recommendable to be represented in the commission on inter-community relations in each municipality, but it is not obligatory document and the municipalities by themselves have to decide whether they will respect it or not.

Another problem in constitution of the commission is high political influence on the process of nomination of its members. The role of the political parties in the nomination and selection of the members of the commission is very substantial. Especially, the nomination of the members of the commission is primarily from the governing majority in the municipality. Also, the nomination and election of external members of the commissions in some municipalities are made in a non-transparent manner and are liable to political influence of the ruling coalition.

---

[10] "Commissions for inter-ethnic relations in the municipalities in Macedonia " Center for strategic research and documentation Forum and CSS Project for Integrative Mediation, 2008, p. 6.

[11] Policy Paper – "Commissions for Inter Community Relations – possibility for effective participation of ethnic communities (minorities) in the decision-making process on local level in the Republic of Macedonia", Common Values, 6/20/2007, p. 5.

[12] Policy Paper – "Commissions for Inter Community Relations – possibility for effective participation of ethnic communities (minorities) in the decision-making process on local level in the Republic of Macedonia", Common Values, 6/20/2007, p. 5.

Five years after new territorial organization of the country it could be noticed that there is still need for clarification of the mandate of the commissions on inter-community relations to their members and to members of the municipal council.[13] In some municipalities in which all communities are represented in the municipal council there is feeling that there is no need for such special commission. There is also feeling that the activity of these commissions is a signal of crisis among communities and indication of non-functioning interethnic cooperation. Some even think that the commission itself could be a source of new problems and confrontations.[14] In some municipalities the commissions are not realizing their role and are passive. The structures of these commissions have been created to accompany all municipal work in order to institutionalize inter-ethnic dialogue and to function in a preventive rather than reactive manner. But even when they have to act in reactive manner, the problems of inter-ethnic character are directed to the local political leaders than to the commission. Practically even the local administration bypasses the commissions.

If we sum up the work of these commissions in the previous period we can see that they were rarely invited to discuss topics related to street names, symbols and monuments.[15] One of the issues that were discussed by the commissions on inter-community relations is the issue of fights between pupils. Another issues discussed by the commissions were: proportional representation of the communities in local administration and municipal public institutions; organization of certain multicultural manifestations, introducing education in the language of some community etc. But, it seems that in the past period the commissions on inter-ethnic relations have not contributed much in trust building is the third critical element of any inclusive pace-building strategy, alongside the constitutional politics and agreed legal and security arrangements.

4. Conclusion

Republic of Macedonia after the war events in 2001 established different legal instruments for enabling inter-ethnic dialogue. One of them on central is the Committee for Inter-Community Relations. The Committee should be a place for discussion of policies and promotion of policy ideas for good inter-ethnic relations,

[13] Association of Units of Local Self-Government organized trainings for the members of the commission on inter-community relations and for the members of municipal administration and municipal councils, but invited participants in certain municipalities did not expressed interest to participate in the trainings. So, it happened that in one training from 25 invited participants, only 4 were present.

[14] Mirjana Maleska, Lidija Hristiova and Jovan Ananiev, "Power sharing – new model for decision-making in multicultural societies" (in Macedonian language), Research report, New Balkan Politics, p. 11.

[15] According to one research published by OSCE in 2008, in the 22 municipalities, which established commissions for inter-community relations, the cultural initiatives initiated by the respective municipal council were reviewed by the commission only in 22 per cent of the cases "Survey on decentralization 2008", OSCE Spillover Mission to Skopje, p. 9.

but till now it functioned as "little Parliament" and did not have strength to open debate on important issues which could had disturbed the relations between partners in the governmental coalition.

On local level the commissions on inter-community relations were established. The structures of these commissions have been created to accompany all municipal work in order to institutionalize inter-ethnic dialogue and to function in a preventive rather than reactive manner. The analysis of the legal norms regulating these commissions shows that their mandate should be strengthen. For this several solutions should be considered, as are introducing as an obligatory precondition, that the commission of inter-community relations should submit written opinion to the municipal council, for adoption of decisions on which "badenter" (double-majority) rule is applied; and introducing deadlines for the municipal council to review the opinions and proposals of the commission on inter-community relations

Also, for better work of the commissions on inter-community relations the questions of limiting political influence over the commission and enhancing the influence of the communities which are not majority in the municipality should be considered. Nomination and election of members should be more broadly-based with inclusion of NGOs, relevant representatives of the communities etc. Also, longer term of office of the commission on inter-community relations, which will not totally overlap with the mandate of the municipal council, should be established, as well as the legal obligation that the commission chairman should not be representative of the municipality's majority community.

The cooperation and links between Committee on inter-community relations and municipal commissions on inter-community relations are incidental and ad hoc. For better functioning of central and local bodies on inter-community relations legal obligation for permanent links and systematic exchange of information between them is needed.

And at the end, mostly needed in the Republic of Macedonia is building institutional capacities for implementation of these legal rules, as well as having a political will to use these instruments for inter-ethnic dialogue in order to build an atmosphere of tolerance and mutual respect.

BIBLIOGAPHY:

LEGAL SOURCES

1. "The Constitution of the Republic of Macedonia"
2. Law on Committee for Inter-Community Relations, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 150/2007.
3. Law on Local Self-Government, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 5/2002.

4. "Law on territorial organization of the Republic of Macedonia", "The Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 55/04.
5. Law on Culture, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 31/1998, 49/2003, 82/2005; 24/2007;
6. Law on Libraries, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004, 89/2008;
7. Law on Museums, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004;
8. Law on Monuments, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004;
9. Law on Protection of the Cultural Heritage, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 20/2004
10. Law for determination of names of streets, squares, bridges and other infrastructure facilities, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 66/2004
11. Law on Government of the Republic of Macedonia, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 59/2000, 12/2003, 55/2005, 37/2006, 115/2007, 19/2008.
12. Law on Ombudsman, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 60/2003.
13. "Law on improvement and protection of the rights of the members of the communities who are less than 20% of the population in the Republic of Macedonia", "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No 92/2008
14. Decision of the Constitutional court, U. No. 149/2006, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", No. 50/2007.
15. Rules of Procedure of the Ombudsman
16. Statutes of the several municipalities
17. Rules of procedure of several Municipal Councils
18. Rules of procedure of several commissions on inter-community relations

OTHER SOURCES

1. Ohrid Framework Agreement
2. People Centred Analyses Report, UNDP, 2008
3. National Human Development Report – Decentralization for Human Development, UNDP, Authors: dr. Dimitar Eftimov (team leader), dr. Goran Petrevski, dr. Ilija Todorovski, Margareta Nikolovska, dr. Renata Treneska-Deskoska, dr. Saso Kjosev, 2004
4. "Handbook for the work of the commissions for inter-community relations", (in Macedonian), ZELS, 2009
5. "Committees for Inter Community Relations – Establishment, mandate and existing experiences", CDI, 2007
6. "Survey on decentralization 2007", OSCE Spillover Mission to Skopje

7. Commission of the European Communities, 2009 Progress Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010 {COM(2009) 533}, Brussels, 14.10.2009 SEC(2009) 1335.

8. "Commissions for inter-ethnic relations in the municipalities in Macedonia " Center for strategic research and documentation Forum and CSS Project for Integrative Mediation, 2008.

9. Policy Paper – "Commissions for Inter Community Relations – possibility for effective participation of ethnic communities (minorities) in the decision-making process on local level in the Republic of Macedonia", Common Values, 6/20/2007

10. "Improving Interethnic Relations on Local Level through Strengthening the Commissions for Interethnic Relations within Municipalities", Common Values Policy Paper, June 2008.

11. Mirjana Maleska, Lidija Hristiova and Jovan Ananiev, "Power sharing – new model for decision-making in multicultural societies" (in Macedonian language), Research report, New Balkan Politics.

12. "Post-Election Assessment – Macedonia" 09-13 June 2008, CSSP.

13. "Analysis of the interethnic relations in Republic of Macedonia", "Common values", 2009.

14. Andrzej Rzepliński (ed.), "International Conference on Human Rights and Freedoms in New Constitutions in Central and Eastern Europe", Warsaw, 24-29 April 1992,.

Prof.dr Renata Treneska – Deskoska
Pravni fakultet Skoplje, Makedonija

ODBORI I KOMISIJE ZA ODNOSE MEĐU ZAJEDNICAMA KAO INSTRUMENTI ZA MEĐUETNIČKI DIJALOG U REPUBLICI MAKEDONIJI

Summary

Osam godina nakon donošenja Ohridskog okvirnog sporazuma, međuetnički dijalog je i dalje visoko na dnevnom redu države, obzirom da je process njegove izgradnje i promocije bio praćen problemima, sukobima i neuspesima. Jedan od formalnih instrumenata za međuetnički dijalog na centralnom nivou koji je predviđen 2001.godine ustavnim amandmanom je Odbor za odnose među zajednicama. Odbor je trebalo da bude mesto za diskusiju o politici i promociji ideje za dobro međuetničkih odnosa, ali je tokom celog perioda, funkcionisanje Odbora za odnose među zajednicama bilo praćeno političkim tenzijama koje su dolazile iz Parlamenta, što se odrazilo na rad Odbora. Odbor je funkcionisao kao "mali parlamenta" i nije imao snage da otvori raspravu o važnim pitanjima koja bi uzdrmala odnose između partnera u vlasti koalicije.

Kao instrument za međuetnički dijalog na lokalnom nivou, rad analizira i Komisiju za odnose medju zajednicama. Strukture ovih komisija stvorene su da prate sve opštinske poslove u cilju institucionalizovanja međuetničkog dijaloga, kao i funkcionisanja više na preventivni, nego na represivni način. Međutim, čak i kada se deluje na represivan način, problemi međuetničkog karaktera su usmereni ka lokalnim političkim liderima, pre nego na komisiju. Praktično i lokalne uprave zaobilaze navedene komisije.

Ključne reči: Ohridski okvirni sporazum, međuetnički dijalog, odbor, komisija, lokalna uprava.

Prof. dr Ljubiša Dabić
Ekonomski fakultet u Beogradu

PORESKO SAVETOVANJE U REPUBLICI SRPSKOJ I DRUGIM ZEMLJAMA U REGIONU

Apstrakt

U zemljama u tranziciji, uključujući Republiku Srpsku i druge zemlje u regionu (Makedonija, Hrvatska, Crna Gora, Srbija), poresko savetovanje i pravni status poreskih savetnika su postali predmet pravnog regulisanja unazad desetak godina. U Srbiji ova pitanja do danas nisu uređena zakonom, osim što je Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji nagovešteno donošenje posebnog zakona o delatnosti poreskog savetovanja.

Autor u svom radu analizira veći broj pitanja od značaja za poresko savetovanje i poreske savetnike: izvori prava za poresko savetovanje; poimanje poreskog savetovanja; pojam i vrste poreskih savetnika; pravni status poreskih savetnika; odgovornost poreskih savetnika; ugovor o pružanju usluga poreskog savetovanja; osiguranje od odgovornosti poreskih savetnika; profesionalna i strukovna udruženja poreskih savetnika i dr.

Ključne reči: poresko savetovanje, poreski savetnici, profesionalna odgovornost, osiguranje od profesionalne odgovornosti, komora poreskih savetnika

Istorijat poreskog savetovanja

Poresko savetovanje ima dugu istoriju, a prvi njegov začetak nalazimo još u starom veku. U antičkoj Grčkoj se Demosten (384-322 p.n.e.) zanimao za pravo i poresko zakonodavstvo, a iz njegovih govora i njegovih spisa već se mogla odrediti profesija poreskog savetnika.

Istorija poreskog savetovanja doseže i u razdoblje Rimskog carstva, kada su oratori u svojim govorima davali savete na forumima i razloge za plaćanje poreske obaveze. Kasnije su slične poslove obavljali pisari i knjigovođe za trgovce.

U srednjem veku se stručni zastupnik razvio iz prvobitnog zastupnika udruženja. Sa različitim imenima se pojavio kao glavna pravnička figura za opšte pravno savetovanje i poreskopravnu pomoć. Kao privredna figura, on se javlja u srednjovekovnoj poreskoj istorijskoj pojavi pisara (činovnika). U tom licu treba tražiti začetke savetovanja i revizije koju poznajemo danas.

U razdoblju novog veka razvilo se trgovačko knjigovodstvo, koje je zahtevalo promenu pisara u knjigovođe i računovođe. Njihov zadatak u oblasti poreza bio je

temeljit prikaz poreskih prihoda, koji je bio potreban i zbog carinskih poslova. Značajnu fazu u razvoju knjigovodstva predstavlja uvođenje dvojnog knjigovodstva, koje se u XVI veku iz Italije proširilo na Nemačku. To je doprinelo da „knjigovođa" napreduje u „bilansistu", što se odrazilo i u oblasti poreza.

Za uvažavanje poreskog savetovanja bila je prelomna 1799. godina, kada se u Engleskoj pojavio moderan porez na dohodak i on je do kraja XIX veka bio prihvaćen i u drugim delovima Evrope. To je bio prelomni trenutak za uvođenje poreskog savetnika u pravni sistem evropskih država. Brzi rast potreba za poreskim savetnicima je pobudio, pre svega, specijalizaciju revizora za poresko savetovanje, jer su advokati već bili usmereni na civilno, krivično i procesno pravo.

Profesija poreskog savetnika, koji je taj posao obavljao kao isključivu samostalnu profesionalnu uslugu, razvila se tek početkom XX veka u razvijenim tržišnim privredama, u zavisnosti od zahteva države za uređenjem poreskih obaveza. Tada su se već počeli pojavljivati i prvi primeri zakonskog uređenja te profesije. Tako, u Nemačkoj je bio donet prvi zakon o poreskom savetovanju 1935. godine. Od tada do danas se profesija poreskog savetovanja brzo razvijala i tako stekla status jedne od najuglednijih profesija.

U zemljama u tranziciji Centralne i Istočne Evrope, uključujući i Republiku Srpsku, u poslednjoj dekadi XX veka i na početku XXI veka pojavila se potreba za uslugama poreskog savetnika (npr. Poljska, Češka, Mađarska, Slovenija, Hrvatska, Crna Gora, Republika Srpska, Makedonija, Srbija).

Izvori prava za poresko savetovanje

Analizirajući status lica koje savetuje poreskog obveznika u poreskom postupku, može se konstatovati da su rešenja u državama sveta vrlo različita i dosežu od potpuno uređenih do potpuno neuređenih sistema, a načelno postoje tri različita pristupa u nacionalnim zakonodavstvima: 1) sistem potpunog uređenja (npr. Austrija, Kina, Japan, Češka, Poljska), u kojem se zakonom uređuje profesija poreskog savetnika na detaljniji način; 2) sistem delimičnog uređenja (SAD-e, Australija) je model u kojem može svako, i bez kvalifikacije, da daje poreske savete ili da pripremi poresku prijavu ili poreski obračun za neko drugo lice; obaveza je lica koje priprema poresku prijavu, odnosno obračun da taj dokument potpiše, istovremeno navede preduzeće za koje radi, socijalni broj koji se korist za poreske namene i poslodavčev broj, čime je sastavljač poreskog obračuna preuzeo odgovornost za poreski obračun; stranku, odnosno poreskog obveznika u poreskom postupku pred poreskom upravom može zastupati advokat, licencirani revizor i „pripremljen zastupnik" kojeg licencira ministarstvo finansija; u Australiji je samo advokatu i poreskom zastupniku dopušteno da priprema poreske obračune za plaćanje; 3) sistem potpunog neuređenja imaju uglavnom nerazvijene zemlje i zemlje u tranziciji, u kojima delatnosti poreskog savetovanja, izrade poreskih obračuna i poreskih prijava nisu posebno zakonom uređena; npr. Holandija nema formalno uređeno vršenje poreskog savetovanja, ali ima dve vrlo moćne organizacije koje preovlađuju u toj oblasti, koje utvrđuju

obrazovne, etičke i profesionalne norme i koje je vlada odredila za oblasne partnere u raspravama o problemima u vezi sa poštovanjem poreskih pravila i celog poreskog sistema uopšte[1]. Pravilo je da se u ekonomski razvijenim evropskim zemljama poresko savetovanje poima sa određenim karakteristikama „slobodne profesije“ (jer se u kontinnentalnom pravu pravi razlika između „zanimanja“, „profesije“ i „slobodne profesije“), a u anglosaksonskom pravu sa karakteristikama „profesije“ odnosno „komercijalne delatnosti“ (jer se pravi razlika samo između „zanimanja“ i „profesije“).

U zavisnosti od kriterijuma subjekata koji donose pravila za poresko savetovanje, regulativu za ovu slobodnu profesiju možemo podeliti na: 1) zakonsku, 2) podzakonsku i 3) autonomnu (profesionalnu). Dok zakonske i podzakonske akte donose nadležni državni organi, dotle autonomne akte donose profesionalne komore, odnosno druge profesionalne organizacije (udruženja, društva i sl.).

U Republici Srpskoj je započeta poreska reforma 2000. godine, koja je donela pozitivne pomake u njenom fiskalnom pravu, što se ogleda kroz sledeće pokazatelje: ekonomska i socijalna klima za sve građane učinjena je povoljnijom; zakonodavstvo u oblasti poreskog prava je usklađeno sa evropskom legislativom i međunarodnim konvencijama; kontrolne institucije su postale efikasnije, fiskalnost visoka i zastupljenost pravičnog oporezivanja svih obveznika; poreska uprava napravljena je po ugledu na poresku upravu zemalja Evropske unije; inspektorat, koji se stara o javnom interesu građana, predstavljaju savremenu instituciju koja se brine o javnom redu, miru i napretku građana[2].

Republika Srpska je početkom 2008. godine donela Zakon o poreskom savetovanju, kojim je uređena oblast poreskog savetovanja, pružanje stručne pomoći u pitanjima koja se odnose na poreska prava Republike Srpske, način i uslovi sticanja zvanja poreskog savetnika, kao i njihovo profesionalno organizovanje[3]. Donošenjem ovog zakona stvorene su pretpostavke da poreski savetnici mogu obavljati svoju delatnost u oba entiteta Bosne i Hercegovine i Distriktu Brčko, štiteći interese poreskih obveznika na celoj teritoriji Bosne i Hercegovine[4]. Krajem maja 2008. godine, ministar finansija Republike Srpske doneo je Pravilnik o načinu polaganja ispita za poreskog savetnika[5].

I u Hrvatskoj je donet poseban zakon o poreskom savetovanju[6], u kome se polazi od definicije poreskog savetovanja, da bi se zatim prešlo na detaljnije

---

[1] Simič Ivan, Vloga davčnega savetovalca v davčnem postopku, Podjetje in delo, št. 6-7/1999, str. 1487.
[2] Raković Milena i Salić Dragan, Zanimanje poreski savjetnik, Pravna riječ, Banja Luka, br. 16/2008, str. 40-41.
[3] Zakon o poreskom savjetovanju („Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 17/2008), čl. 1. stav 1. (dalje: zakon Republike Srpske).
[4] Raković Milena i Salić Dragan, op. cit., str. 41.
[5] Pravilnik o načinu polaganja ispita za poreskog savjetnika, „Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 49/2008 (dalje: pravilnik Republike Srpske).
[6] Zakon o poreznom savjetništvu, „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 127/2000 (dalje: zakon Hrvatske).

regulisanje pravnog statusa poreskog savetnika. Zakonom je na opšti način uređeno osnivanje društva za poresko savetovanje, kao i pitanja osnivanja, statusa i delatnosti profesionalne komore poreskih savetnika. Zakonodavac je do organizovanja profesionalne komore stavio u dužnost ministru finansija da donese pravilnik o prijavi i polaganju ispita za poreske savetnike, da imenuje povereništvo i odredi visinu troškova, kao i da izdaje odobrenja za rad poreskog savetnika, odnosno društva za poresko savetovanje.

U Crnoj Gori je 2006. godine izrađen predlog zakona[7], a polovinom 2007. godine donet je Zakon o poreskim savetnicima[8], sa akcentom na poreske savetnike, kojim su uređeni uslovi za obavljanje delatnosti poreskog savetnika i druga pitanja od značaja za obavljanje te delatnosti. Za razliku od zakonodavca Hrvatske, zakonodavac Crne Gore je predmet svog zakona postavio nešto uže.

U Makedoniji je izrađen Nacrt zakona o poreskim savetnicima[9], koji je trebalo da stupi na snagu polovinom 2008. godine. Ovim nacrtom zakona uređena je poslovna pomoć u delatnosti poreza i ko, pod kojim uslovima i na koji način, može da pruža pomoć u poslovima poreza. Odredbe Nacrta zakona se primenjuju u pružanju pomoć po svim osnovima, a pomoć se odnosi na poreze uspostavljene od službi Republike Makedonije. Nacrtom zakona su regulisana sledeća pitanja: ispit, imenovanje, odbijanje zahteva za imenovanje poreskog savetnika; oduzimanje, opoziv, ponovno imenovanje poreskog savetnika; prava, obaveze i odgovornost poreskog obveznika; društva poreskih savetnika; komora poreskih savetnika i disciplinska odgovornost poreskih savetnika.

U Srbiji je Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji definisan poreski savetnik, sa upućivanjem da se posebnim zakonom uređuje obavljanje delatnosti poreskog savetovanja[10]. Do danas nije donet nagovešten poseban zakon o poreskom savetovanju[11]. Ministarstvo finansija i Poreska uprava Republike Srbije, uz stručnu i finansijsku pomoć nemačke Organizacije za tehničku saradnju (GTZ), izradili su tekst zakona o poreskim savetnicima, za koji se očekuje da bude donet u Narodnoj skupštini najkasnije do kraja 2010. godine[12].

---

[7] Vlada Republike Crne Gore – Ministarstvo finansija: Predlog zakona o poreskim savjetnicima Crne Gore, 2006.

[8] Zakon o poreskim savjetnicima, „Sl. list Republike Crne Gore“, br. 26/2007, 34/2007 (dalje: zakon Crne Gore).

[9] Закон за даночни советници – Нацрт, Здружение на даночни советници на Република Македонија, www.donocnisovetnici.org.mk (dalje: nacrt zakon Makedonije).

[10] Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji („Sl. glasnik Republike Srbije“, 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005. i 61/2007. i 20/2009), čl. 17 (dalje: zakon Srbije).

[11] U prelaznim i završnim odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji Srbije nema pomena o rokovima za donošenje pomenutog zakona ili bilo šta u vezi sa poreskim savetnicima.

[12] Slobodan Kostić, Stižu poreski savetnici sa evropskom preporukom, „Politika“ od 1. februara 2010. godine, str. 9.

Poimanje poreskog savetovanja

Porezi su imali i imaju vrlo značajnu ulogu u svakoj društvenoj zajednici, odnosno državi. Država je s njima punila svoju blagajnu - budžet, a za poreske obveznike oni su bili veće ili manje breme. I kroz istoriju, i danas, vrlo su cenjena ona lica koja su znala da poreske obaveze isplaniraju i raspodele tako da se državi plaća samo onoliko koliko je bilo potrebno.

Pojam i definisanje - Pod izrazom „poresko savetovanje" podrazumeva se stručno savetovanje u poreskim poslovima i drugim stvarima u vezi sa obaveznim davanjima (plaćanje poreza i drugih naknada) i pravima pojedinaca (fizičkih lica), pravnih lica i drugih entiteta.

Zakonodavac Republike Srpske ne definiše izraz „poresko savetovanje", iako je ovaj izraz ugrađen u naziv zakona („Zakon o poreskom savjetovanju"), a predvideo je da se zakonom „uređuje oblast poreskog savjetovanja". Zakonodavac još u odredbi člana 1. čini neku vrstu zamene izraza „poresko savetovanje" sa izrazom „pružanje stručne pomoći u pitanjima koja se odnose na poreska prava Republike Srpske", odnosno „pružanje stručne pomoći u poreskim pitanjima". Naime, zakonodavac nabraja šta sve obuhvata „pružanje stručne pomoći u poreskim pitanjima", i to: 1) pomoć pri vođenju evidencija koje se od značaja za poreska pitanja; 2) pomoć pri izradi poreskih bilansa i dokumenata koja su od značaja za oporezivanje; i 3) zastupanje u poreskim pitanjima pred nadležnim organima[13]. Slično zakonodavcu Republike Srpske, zakonodavac Makedonije polazi od izraza „pomoć u poslovima poreza", koji naročito obuhvata: savetovanje trećih lica po svim poreskim pitanjima; pomoć pri ispunjavanju poreskih obaveza, posebno pomoć pri vođenju poslovnih knjiga i evidencija kao i pri izradi godišnjih računa, koji su od značaja za oporezivanje; zastupanje po svim poreskim pitanjima pred Upravom za javne prihode i druge nosioce prava na poreze kao i pred sud; zastupanje u slučaju odgovornosti za poresko krivično delo ili poresko protivpravno činjenje pred Upravom za javne prihode, finansijskom policijom i pred sudom; i poslove kao stručnog lica za Upravu za javne prihode i za sudove[14].

Za razliku od zakonodavaca Republike Srpske i Makedonije, hrvatski zakonodavac poresko savetovanje („porezno savjetništvo") definiše kao „delatnost kojom se u skladu sa pravnim, privrednim, poreskim i računovodstvenim sistemom države obezbeđuje na pouzdan način pravilna primena poreskih propisa od poreskih obveznika". Reč je o delatnosti „davanja saveta o poreskim pitanjima, zastupanja u poreskim postupcima pred poreskim telima i izrade poreskih prijava". Poresko savetovanje obuhvata i poslove zastupanja pred poreskim telima i veštačenja po odluci poreskog tela[15]. Zakonodavac Crne Gore, za razliku od zakonodavca

[13] Zakon Republike Srpske, čl. 1. stav 2.
[14] Nacrt zakona Makedonije, čl. 2. stav 2.
[15] Zakonodavac Hrvatske, polazeći od naziva zakona, upotrebljava izraz „poresko savetništvo", a ne „poresko savetovanje". Takođe, zakonodavac za osnovu uzima „savetnika", a ne „savet".

Republike Srpske, Makedonije i Hrvatske, delatnost poreskog savetnika proteže i na carinski postupak, odnosno na „davanje saveta o carinskim pitanjima i na zastupanje u carinskim postupcima pred ministarstvima i sudskim organima“. U zakonima Hrvatske i Crne Gore predviđeno je da se uz poslove poreskog savetovanja mogu obavljati i sledeći poslovi: vođenje poslovnih knjiga; izrada finansijskih izveštaja; i drugi srodni poslovi.

Poresko savetovanje je deo šireg preduzetničkog savetovanja. S jedne strane se „poresko savetovanje“ može definisati kao proces, odnosno postupak, a s druge strane kao aktivnost koja za rezultat ima pruženu uslugu. Za ovu uslugu se vezuju određena svojstva koja ona mora da ima. Polazeći od drugog pristupa, „poresko savetovanje“ kao usluga mora da ima sledeća svojstva: savetovanje je savetodavna usluga – ona nije bilo koja komercijalna usluga, već samo ona usluga koja je po svojoj prirodi savetodavna; savetodavna usluga je povezana sa strankom (klijentom), a odnos koji poreski savetnik uspostavlja sa strankom je poseban pravni odnos; savetodavna usluga se priprema i pruža od posebno kvalifikovanog i osposobljenog lica, koje se naziva poreski savetnik; savetodavna usluga je intelektualna usluga koju po pravilu mogu da pružaju samo određena lica, pod uslovima i na način određenim zakonom; savetodavna usluga se pruža na objektivan i nezavisan način, u skladu sa zakonom, određenim standardima i etičkim kodeksom poreskih savetnika; savetodavna usluga se pruža radi pomaganja stranci da sazna i reši problem, a ako je poreski savetnik ovlašćen, on je dužan da problem u oblasti poreza identifikuje, analizira ga, predloži rešenja i pomogne pri njegovom rešenju kod nadležnih poreskih vlasti i dr.

Cilj – Cilj poreskog savetovanja je pomaganje poreskim obveznicima u izvršavanju njihovih poreskih obaveza, u skladu sa zahtevima državne vlasti i njihovim privrednim koristima.

Svrha poreskog savetovanja je, pre svega: pružanje pomoći stranki da pravilno primeni poreske propise; da stranka na osnovu važećeg poreskog zakonodavstva plaća minimalne poreske obaveze; pružanje pomoći stranki u izradi poreskih izveštaja; učešće poreskog savetnika pri komunikaciji sa poreskim organima i dr.

Načela - Načela poreskog savetovanja su profesionalno-etička i strukovna načela kojih se moraju pridržavati poreski savetnici u postupku poreskog savetovanja stranaka. Reč je o načelima zakonitosti, samostalnosti i nezavisnosti, stručnosti i savesnosti, čuvanja profesionalne tajne i drugim, koja se međusobno uslovljavaju, prepliću i dopunjuju.

Delatnost - Delatnost poreskog savetovanja je široka i ne dopušta da se razgraniči isključivo na određene aktivnosti poreskih savetnika. Uopšte, možemo reči da je poresko savetovanje svaka savetnička delatnost, čiji je cilj da umanji poresku obavezu stranke kojoj pruža uslugu, odnosno da uveća njenu neto dobit.

Osnovni subjekti (stranke) - Poreskim savetovanjem se ne može baviti bilo koje fizičko lice, već samo ono fizičko lice kome je profesionalna komora (komora poreskih savetnika) dala odobrenje za rad. Ta fizička lica nazivaju se poreski savetnici. Za lice (subjekt) koje koristi usluge poreskog savetovanja koriste se sledeći termini ili izrazi: stranka, klijent, poreski obveznik, poreski platac, naručilac poreskog

savetovanja i dr. Stranka, kao jedan od subjekata poreskog savetovanja, u zavisnosti od svojih potreba koje proizlaze iz karakteristika posla koji obavlja, može zahtevati uslugu savetovanja različitog oblika i obima.

Organizacija - Poresko savetovanje, kao predmet poslovanja, može biti organizovano u pravnom licu, kao poreskom obvezniku, u sopstvenoj unutrašnjoj organizaciji i režiji. Dalje, poresko savetovanje može da bude tako organizovano da predstavlja predmet obavljanja delatnosti fizičkog lica - individualni preduzetnik. Zatim, poresko savetovanje može da predstavlja predmet obavljanja delatnosti društva za poresko savetovanje. Poreski savetnici i društva za poresko savetovanje pružaju svoje usluge strankama na osnovu zaključenog ugovora. Pravni oblici, individualni preduzetnik i društvo sa ograničenom odgovornošću, primereni su u slučaju nuđenja usluga određenim ciljnim grupama stranaka i za određeno područje oporezivanja. U tim slučajevima ide se na manju zajednicu poreskih saavetnika, u kojima unutrašnja organizacija i hijerarhija nisu složeni, zbog čega i poslovanje mora biti jednostavnije. Međutim, za savetovanje većih stranaka, koje su stručno zahtevnije, potrebno je angažovati tim savetnika u okviru društva za poresko savetovanje. Tu su obično, osim poreskih savetnika, udruženi i drugi stručnjaci iz različitih oblasti, kao na primer, revizori, advokati, procenitelji i dr. Nezavisno od toga kako su poreski savetnici pravno organizovani za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja, njihovi pravnoorganizacioni oblici moraju da ispunjavaju standarde u pružanju usluga, a oni da pripadaju uskom krugu stručnjaka, za koje važe određeni standardi i posebna pravila.

Postupak - Poresko savetovanje je proces (postupak) koji se realizuje u određenom vremenskom periodu, odnosno u određenom roku koji se po pravilu unapred utvrđuje između ugovornih strana. Postupak savetovanja se modelski može podeliti u pet faza: početak; dijagnoza stanja; planiranje delatnosti poreskog savetnika; izvršenje ugovorenog posla, odnosno pružanje usluge klijentu; zaključak. Navedena podela toka postupka poreskog savetovanja po fazama pomaže poreskom savetniku i stranci kojoj pruža uslugu da mogu sistematično da prelaze od faze do faze u međusobnoj saradnji.

Značaj – Poresko savetovanje postaje sve značajniji činilac u poslovanju individualnih preduzetnika, privrednih društava i drugih pravnih i fizičkih lica. Poreski savetnici su značajni pomoćnici privrednih subjekata, jer se sve češće uprava privrednog društva odlučuje za poslovno odlučivanje nakon što dobije njihovo mišljenje.

Pojam i vrste poreskih savetnika

Poreski savetnik se može definisati kao stručno i nezavisno fizičko lice koje svoje poslove i radnje (delatnost) obavlja samostalno, u vidu zanimanja (slobodno zanimanje), kao slobodnu profesiju. On se može okvalifikovati kao finansijski poverenik stranke, a njegove oblasti rada su u najširem smislu finansije i novac. U

leksičkoj literaturi se definse kao „specijalizovano lice koje, uz odgovarajuću naknadu, pruža usluge poreskim obveznicima u poreskim stvarima“[16].

Zakonodavac Republike Srpske ne definiše bliže poreskog savetnika, osim što utvrđuje da poresko savetovanje mogu vršiti i fizička i pravna lica, pod dva zakonom utvrđena uslova: 1) da su za to ovlašćena od nadležnog organa i 2) da su registrovana u odgovarajući registar[17]. Za razliku od ovakvog pristupa, zakonodavac Hrvatske daje uopštenu definiciju za poreskog savetnika: „Poreski savetnik je fizičko lice koje obavlja delatnost poreskog savetovanja i čiji su status i delatnost uređeni Zakonom“[18]. Zakonodavac Crne Gore takođe ne definiše poreskog savetnika, a iz naziva Zakona i njegove sadržine, polazeći od postupaka u kojima savetuje, poreski savetnik se može pojaviti kao: poreski savetnik u oblasti poreskog postupka i poreski savetnik u oblasti carinskog postupka. To ne znači da se jedan poreski savetnik ne može specijalizovati za oba postupka i da svom klijentu ne može pružati intelektualne usluge u oba pomenuta postupka. Pošto zakonodavac Makedonije polazi od poslovne pomoć, on utvrđuje da „poslovnu pomoć u poslovima poreza smeju da pružaju samo lica i društva koja su ovlašćena za to“[19].

Posao poreskog savetnika obuhvata poresko savetovanje (i carinsko savetovanje) i zastupanje preduzetničkih interesa stranke u toj oblasti. Zbog toga je poreski savetnik pravno-ekonomski savetnik u svim poreskim (i carinskim) pitanjima, a zbog razgranatosti ove oblasti, poreskom savetniku su potrebna posebna znanja, odnosno veći stepen specijalizacije.

Poresko-savetodavne usluge može da pruža samo „ovlašćeni“ poreski savetnik, koji ima odgovarajuće teorijsko i praktično znanje, kojim pomaže vlasnicima kapitala, odnosno upravi privrednog društva ili njihovoj stručnoj službi da spreči ili reši poreski problem. Takođe, ove vrste usluga može da pruža samo „registrovani“ poreski savetnik, koji se registruje u zakonom predviđeni registar.

Pravni status poreskog savetnika

Pojam - Poreski savetnik je stručno i samostalno fizičko lice koje ispunjava zakonom propisane uslove za obavljanje poslova, odnosno delatnosti poreskog savetovanja. Zakonom se određuje status poreskog savetnika. Zakonodavac Republike Srpske definiše poreskog savetnika kao „lice koje je u skladu sa Zakonom položilo ispit za poreskog savetnika“.

Način i uslovi sticanja zvanja poreskog savetnika – U Republici Srpskoj poreski savetnik je lice koje je položilo ispit za poreskog savetnika. Zakonodavac je našao za potrebno da uredi i pojedina pitanja vezana za upotrebu zvanje poreskog savetnika, tj. da zvanje „poreski savetnik“ mogu koristiti samo lica kojima je to pravo priznato na

[16] Ilić-Popov Gordana – Pavlović Đorđe, Leksikon javnih finansija, Beograd, 2003, str. 253.
[17] Zakon Republike Srpske, čl. 2. stav 1.
[18] Zakon Hrvatske, čl. 3.
[19] Nacrt zakona Makedonije, čl. 3.

osnovu zakona, uz izričito zakonsko rešenje „da uz profesionalno zvanje poreskom savetniku nije dozvoljeno upotrebljavati drugo zvanje“[20].

Zakonodavac Makedonije polazi od izraza „službeni naziv“, koji je neadekvatan jer je reč o profesionalnom zvanju. On stavlja u dužnost poreskom savetniku da se na profesionalnom planu mora koristiti službenim nazivom „poreski savetnik“, uz ostavljanje mogućnosti da se koristi i drugim službenim nazivima – „revizor“ i „advokat“[21].

U Hrvatskoj i Crnoj Gori zakonodavci polaze od uslova za obavljanje poslova poreskog savetnika. Takođe, poreskim savetovanjem mogu se baviti samo fizička lica kojima je komora poreskih savetnika izdala odobrenje (licencu) za rad. Poreski savetnik može postati samo fizičko lice koje ispunjava opšte i posebne uslove, koji su određeni zakonom.

Od poreskog savetnika se zahteva da ispuni sledeće opšte uslove: 1) da je državljanin države u kojoj želi obavljati poslove poreskog savetnika; 2) da ima poslovnu i zdravstvenu sposobnost; 3) da nije osuđivan za krivično delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje poslova poreskog savetnika (krivična dela protiv: imovine, platnog prometa i privrednog poslovanja, državnih organa, pravosuđa i službenog položaja, odnosno službene dužnosti)[22]. Zakonodavac Hrvatske insistira još na jednom uslovu – da poreski savetnik ima prebivalište na teritoriji Hrvatske. Takođe, zahteva od poreskog savetnika da govori hrvatskim jezikom i piše latiničnim pismom i drugim jezikom i pismom koji su u službenoj upotrebi na području na kome treba da obavlja delatnost poreskog savetovanja. Dalje, zahteva da poreski savetnik nije kažnjavan za određena krivična dela za vremenski period od pet godina po pravnosnažnosti presude kojom je osuđen, s tim što se u to vreme ne računa vreme provedeno na izdržavanju kazne ili da protiv njega nije izrečena mera bezbednosti zabrane obavljanja zanimanja koje je u potpunosti ili delimično obuhvaćeno predmetom poreskog savetovanja.

Uz opšte uslove, poreski savetnik mora da ispuni i posebne uslove: 1) da ima visoku školsku spremu, odnosno da je diplomirani ekonomista ili pravnik, s diplomom priznatom u zemlji; 2) da ima najmanje pet godina radnog iskustva na pripremi i primeni poreskih, carinskih i računovodstvenih propisa, odnosno na poreskim poslovima (rad na primeni poreskih ili računovodstvenih propisa)[23]; 3) da je

[20] Zakon Republike Srpske, čl. 7. st. 2-3.
[21] Nacrt zakona Makedonije, čl. 26.
[22] Zakon Hrvatske, čl. 8. stav 2. i zakon Crne Gore, čl. 4. stav 2.
[23] Pod radnim iskustvom na poreskim poslovima, u smislu zakona Hrvatske (čl. 9. stav 1. tačka 1.), podrazumeva se rad na poslovima koji uključuju poznavanje i primenu poreskih propisa, kao što su poslovi: obračuna poreskih obaveza i podnošenja poreskih prijava; vođenja upravnih postupaka u vezi poreskih pitanja; održavanja nastave (predavanja) iz poreskih predmeta i objavljivanja naučnih i stručnih radova iz oblasti poreza; i drugih poslova koji se po smislu mogu smatrati radom na poreskim poslovima. Pravilnik o programu i polaganju ispita za poreznog savjetnika („Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 54/2001, 79/2001. i 38/2003), čl. 7. stav 2 (dalje: pravilnik Hrvatske). Na osnovu zakona Crne Gore (čl. 4. stav 4.), pod radnim iskustvom smatra se „rad na pripremi i primeni poreskih, carinskih i računovodstvenih propisa“.

položio ispit za poreskog savetnika; 4) da je dobilo odobrenje (licencu) za rad od komore poreskih savetnika[24].

Organizovanje ispita za poreskog savetnika – Ispit za poreskog savetnika je načelno regulisan zakonom, a bliže odredbe su sadržane u podzakonskom aktu, odnosno pravilniku.

Zahtev za polaganje ispita se podnosi, sa dokazima o ispunjenosti uslova, komori poreskih savetnika, odnosno ministarstvu finansija, koji donose rešenje kojim odobravaju polaganje ispita licima koja ispunjavaju zakonom određene uslove.

Uz zahtev za polaganje ispita u Republici Srpskoj kandidat je dužan da priloži sledeće dopkumente: 1) izvod iz matične knjige rođenih; 2) dokaz o državljanstvu; 3) dokaz da nije kažnjavan za krivično delo koje ga čini nepodobnim za sticanje zvanja poreskog savetnika, kao i da se protiv njega ne vodi krivični postupak; 4) biografiju sa tačnim podacima o kandidatu i o njegovom radnom iskustvu; 5) overenu fotokopiju svedočanstava, diploma i ostalih dokaza o praktičnom iskustvu koje je potrebno za ispit poreskog savetnika; 6) overene kopije preporuka i dokaza o dosadašnjem profesionalnom radu kandidata; i 7) dokaz o plaćenoj naknadi za polaganje ispita[25].

Ispit za poreskog savetnika u Republici Srpskoj polaže se pred ispitnom komisijom, a može ga polagati poslovno sposobno fizičko lice (kandidat) koji kumulativno ispuni dva uslova, i to: 1) da ima diplomu ekonomskog ili pravnog fakulteta i 2) da ima najmanje pet godina iskustva u oblasti poreskog savetovanja[26]. Podneti zahtev kandidata za polaganje ispita odbiće se ako: 1) postoje dokazi na osnovu kojih bi kandidatu bila uskraćena dozvola za pristupanje ispitu; 2) kandidat vrši delatnost koja je nespojiva sa delatnošću poreskog savetovanja; 3) ne obezbedi potrebno osiguranje za naknadu štete koja bi mogla proisteći iz rada poreskog savetnika ili društva za poresko savetovanje. Rešenje o odbijanju zahteva za polaganje ispita, na predlog ispitne komisije, donosi ministar finansija, protiv kojeg nije dozvoljena žalba ali se može voditi upravni spor za njegovu ocenu zakonitosti.

Ispit za poreskog savetnika organizuje i sprovodi ministarstvo finansija (Republika Srpska, Crna Gora, Makedonija), odnosno komora poreskih savetnika (Hrvatska).

Ispit se polaže pred povereništvom (Hrvatska), odnosno ispitnom komisijom (Republika Srpska, Crna Gora), koja se sastoji od najmanje pet članova, a imenuje ih ministar finansija, odnosno ministarstvo finansija. U povereništvu, odnosno ispitnoj komisiji najmanje polovinu članova čine lica iz državnih poreskih vlasti, odnosno predstavnici ministarstva finansija (poreskog i carinskog organa), a ostale članove stručnjaci iz ekonomske, pravne i poreske teorije i prakse, odnosno stručnjaci ekonomske i pravne struke. Stručne poslove za potrebe ispitne komisije vrši sekretar

[24] Zakon Hrvatske, čl. 9. i zakon Crne Gore, čl. 4. st. 2-3.
[25] Pravilnik Republike Srpske, čl. 3.
[26] Zakon Republike Srpske, čl. 8. stav 1.

komisije. Predsedniku, članovima i sekretaru ispitne komisije pripada naknada za rad u visini koju utvrdi ministarstvo finansija[27].

O položenom ispitu za poreskog savetnika izdaje se uverenje. Ispit se polaže prema programu koji donosi komora poreskih savetnika, uz saglasnost ministra finansija, odnosno program i način polaganja ispita uređuje ministarstvo finansija, posebnim aktom.

Troškovi ispita stavljeni su na teret lica koje polaže ispit, a visinu troškova utvrđuje komora poreskih savetnika, odnosno ministarstvo finansija. Način i postupak polaganja ispita propisuje komora, odnosno ministarstvo finansija.

Nadzor nad zakonitošću organizovanja i sprovođenja ispita, kao i stručni nadzor sprovodi ministarstvo finansija.

Program ispita za poreskog savetnika – U pravu Republike Srpske program polaganja ispita za poreskog savetnika nalazi se u prilogu podzakonskog akta (pravilnika Republike Srpske), a od predmeta obuhvata: 1) upravno pravo i upravni postupak; 2) osnovi poreskog sistema i poreske politike; 3) osnovi računovodstva i revizije; 4) privredno pravo; 5) javne finansije i finansijsko pravo[28].

U pravu Hrvatske se „ispit za poreskog savetnika" polaže po unapred propisanom programu, pred ispitnim povereništvom[29].

Uslovi za izdavanje (sticanje), produženje i oduzimanje licence – Sve evropske zemlje, čije je zakonodavstvo usklađeno sa direktivama Evropske unije, zahtevaju od fizičkog lica koje želi da obavlja profesiju poreskog savetnika da ispuni ove uslove: 1) da ima visoko obrazovanje; 2) da ima tri godine pripravničkog staža u profesiji; 3) da je položio stručni (državni) ispit, i 4) da je položio zakletvu[30].

U pravu Republike Srpske nakon položenog ispita za poreskog savetnika svaki kandidat dobija uverenje, a na osnovu njega ministar finansija donosi rešenje kojim kandidatu odobrava rad poreskog savetovanja. Ovo rešenje ima prirodu dozvole odnosno licence.

U pravu Hrvatske i Crne Gore fizičkom licu koje ispunjava opšte i posebne uslove, koji su unapred određeni zakonom, odobrenje za rad – licencu izdaje komora poreskih savetnika. Poreski savetnik i društvo za poresko savetovanje su ovlašćeni i dužni da u pravnom prometu u poslovnim ispravama istaknu broj i datum izdavanja licence[31].

Poreski savetnik koji ne vrši poslove iz svoje delatnosti u periodu dužem od tri godine, dužan je da ponovo polaže ispit za poreskog savetnika, osim u slučaju privremenog mirovanja delatnosti[32].

Zakonodavstva Republike Srpske, Hrvatsake i Crne Gore prave razliku između prestanka i oduzimanja licence za rad. U pravu Republike Srpske licenca poreskom

[27] Zakon Hrvatske, čl. 10. i zakona Crne Gore, čl. 5.
[28] Pravilnik Republike Srpske, čl. 1. i Prilog ovog pravilnika.
[29] Pravilnik o programu i polaganju ispita za poreske savetnike Hrvatske, čl. 1-4.
[30] Simič Ivan, Vloga davčnega savetovalca v davčnem postopku, str. 1488.
[31] Zakon Hrvatske, čl. 11. i zakona Crne Gore, čl. 7. st. 1-2.
[32] Zakon Crne Gore, čl. 7. stav 4.

savetniku prestaje u dva slučaja, i to: 1) u slučaju smrti fizičkog lica sa zvanjem, tj. statusom poreskog savetnika i 2) u slučaju oduzimanja licence od strane nadležnog državnog organa. Zakonodavac je predvideo sledeće zakonske razloge za oduzimanje licence poreskom savetniku: 1) ako izgubi poslovnu sposobnost; 2) ako vrši delatnost koja je nespojiva sa zvanjem poreskog savetnika; 3) ako ne uplaćuje propisano obavezno osiguranje protiv opasnosti iz svoje profesionalne delatnosti. Licenca se oduzima poreskom savetniku rešenjem ministra finansija, potiv kojeg nije dopuštena žalba ali se može voditi upravni spor pred nadležnim sudom[33]. Poreski savetnici kojima je oduzeta licenca mogu ponovo dobiti licencu, pod uslovom da su prestali razlozi zbog kojih je ona oduzeta. U ovom slučaju mora se podneti zahtev za ponovno sticanje licence, uz plaćanje naknade od strane podnosioca[34].

U pravu Hrvatske status poreskog savetnika prestaje u zakonom određenim slučajevima, a ta činjenica ima za posledicu prestanak mogućnosti obavljanja delatnosti poreskog savetovanja, i to: 1) smrću, a delatnost prestaje danom smrti poreskog savetnika; 2) na lični zahtev poreskog savetnika, a delatnost prestaje istekom roka određenog u zahtevu; 3) gubitkom nekog od posebnih uslova, a delatnost prestaje pravnosnažnošću rešenja; 4) aktom u disciplinskom postupku, ako mu bude izrečena mera zabrane obavljanja delatnosti. Rešenje o prestanku ili zabrani obavljanja delatnosti poreskog savetnika donosi komora poreskih savetnika, a rešenjem se određuje dan od kada se ne sme baviti poreskim savetovanjem. Na doneto rešenje poreski savetnik ne može izjaviti žalbu, ali mu je dopušteno da pokrene upravni spor pred nadležnim sudom[35]. U Crnoj Gori poreskom savetniku profesionalna komora može oduzeti licencu za rad u sledećim slučajevima: 1) prestankom ispunjavanja opštih i posebnih uslova iz zakona za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja; 2) ako se ne pridržava načela zakonitosti, savesnosti, stručnosti i etičkog kodeksa poreskih savetnika. Profesionalna komora oduzima licencu donošenjem rešenja, koje je konačno i koje se može preispitivati u sudskom postupku – pokretanjem upravnog spora od strane nezadovoljnog poreskog savetnika.

Izuzeće poreskog savetnika – Zakonodavci Hrvatske i Crne Gore su upućujućom odredbom uredili pravni institut izuzeća poreskog savetnika. Naime, na izuzeće poreskog savetnika primenjuju se odredbe opšteg poreskog zakona o izuzeću službenog lica u poreskom postupku, odnosno shodno se primenjuju odredbe zakona koje se odnose na izuzeće službenih lica u poreskom, odnosno carinskom postupku. O izuzeću poreskog savetnika odlučuje službeno lice koje vodi poreski postupak, odnosno carinski postupak[36].

Prava i obaveze poreskog savetnika – Najpre, treba reći da poslove poreskog savetovanja može obavljati fizičko lice koje ispunjava zakonom propisane uslove. Zatim, poslove poreskog savetovanja mogu obavljati fizička lica kao samostalno zanimanje ili organizovana u pravnoj formi privrednog društva koje se mora

[33] Zakon Republike Srpske, čl. 11-14.
[34] Zakon Republike Srpke, čl. 12-14.
[35] Zakon Hrvatske, čl. 12.
[36] Zakon Hrvatske, čl. 15. i zakon Crne Gore, čl. 12.

registrovati za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja[37]. U obavljanju poslova poreskog savetovanja može da ga zameni drugi poreski savetnik (Hrvatska), uz saglasnost stranke (Crna Gora)[38].

U pravu Makedonije poreski savetnici u toku obavljanja svoje profesije naročito moraju da izvršavaju sledeće obaveze, i to: 1) da rade nezavisno, u skladu sa propisima; 2) da rade na sopstvenu odgovornost; 3) da rade savesno; 4) da obavljaju svoju profesiju sa obavezom čuvanja poslovne tajne; 5) da svoju profesiju obavljaju bez reklame koja se kosi sa njihovom profesijom; 6) da se uzdržavaju od svakog uticaja koje je nespojiv sa njihovom profesijom ili sa ugledom njihove profesije[39].

Poreski savetnik obavlja poresko savetovanje samostalno i nezavisno, uz odgovarajuću naknadu, a prema utvrđenoj tarifi. Tarifu je ovlašćeno da propisuje profesionalno udruženje (komora poreskih savetnika), uz saglasnost nadležnog državnog organa (ministra finansija)[40]. Zakonodavac Republike Srpske ne govori o tarifniku već o pravilniku o naknadama za rad poreskih savetnika, koji donosi Komora poreskih savetnika uz prethodno odobrenje ministra finansija[41].

Poreski savetnik je dužan da štiti prava i opravdane zahteve svoje stranke. Ta obaveza se proteže u okvirima zakonskih propisa i sopstvenog uverenja.

Sedište poreskog savetnika – Zakonodavac Republike Srpske nalazi za potrebno da eksplicitno uredi pitanje sedišta poreskog savetnika kao „mesto gde je poreski savetnik upisan u registar kod nadležnog suda“[42]. Takvim rešenjem je zakonodavac prihvatio anglosaksonski pristup određivanja sedišta po mestu osnovanja – koncept inkorporacije, tj. registrovanog sedišta. Zakonodavac Makedonije za sedište poreskog savetnika određuje mesto u kome on samostalno obavlja svoju profesiju[43] - koncept realnog, tj. stvarnog sedišta. U drugim predmetnim zakonima se ovo pitanje ne uređuje.

Neovlašćeno vršenje poslova poreskog savetnika i neovlašćeno korišćenje zvanja – Ova pitanja uređuje zakonodavac Makedonije. Naime, lice deluje protivpravno ako neovlašćeno pruža poslovnu pomoć u poslovima poreza ili se koristi zvanjem (makedonski zakonodavac koristi pojam „titula“) poreskog savetnika a da nije imenovan za poreskog savetnika. Isto zakonsko rešenje primenjuje se i na pravna lica koja nisu u statusu društva za pružanje poreskih usluga. Za ovo protivpravno delovanje određenog lica predviđena je sankcija u obliku novčane kazne[44].

[37] Zakon Hrvatske, čl. 6. i zakon Crne Gore, čl. 3.
[38] Zakon Hrvatske, čl. 16. stav 2. i zakon Crne Gore, čl. 10 stav 3.
[39] Nacrt zakona Makedonije, čl. 27.
[40] Zakon Hrvatske, čl. 14. st. 1-2.
[41] Zakon Republike Srpske, čl. 23.
[42] Zakon Republike Srpske, čl. 6.
[43] Nacrt zakona Nakedonije, čl. 23. stav 1.
[44] Nacrt zakona Makedonije, čl. 6.

Priroda i obim delatnosti poreskih savetnika

Delatnost poreskog savetovanja, odnosno osnovni ciljevi kojim se rukovode poreski savetnici ogledaju se u ovome: ostvarenje što većeg finansijskog efekta, uključujući i poslovni uspeh stranke, odnosno da posle izmirenja poreske obaveze poreski obveznik ostvari što veći ostatak dobiti. Poresko savetovanje polazi od sledeće postavke: ako poreski obveznik ima dužnost i obavezu plaćanja poreza, onda on ima i pravo da plati samo onoliko poreza koliko proizlazi iz važećeg poreskog zakonodavstva. Radi ostvarivanja pomenutih ciljeva, poreski savetnici koriste celokupna znanja i veštine, sa posledicom da finansijski rezultat bude što povoljniji za njegovu stranku kao poreskog obveznika. Poreski savetnici mogu da koriste svoja znanja i veštine u granicama primene domaćeg i stranog zakonodavstva. Oni ne mogu da koriste svoja znanja u kontekstu poreske utaje, osim za poresko planiranje, izbor i primenu najoptimalnijeg zakonitog i redovnog postupanja poreskih obveznika.

Osim poreskog savetovanja, vođenja poslovnih knjiga, izrade računovodstvenih i poreskih isprava, poreski savetnici nude svojim strankama široku paletu usluga u oblasti privrednog i preduzetničkog savetovanja. Često se poreski savetnici kod nabrajanja usluga povezuju sa specijalistima određenih užih struka, koji su ili zaposleni kod poreskog savetnika ili pak poreski savetnici s njima profesionalno učestvuju, kakav je na primer slučaj sa advokatima, revizorima, berzanskim posrednicima i procenjivačima[45].

Odgovornost poreskih savetnika

Polazeći od samostalnosti i nezavisnosnosti poreskih savetnika, može se konstatovati da je njihova odgovornost lična. Razlozi za njihovu ličnu odgovornost se ogledaju u povredama njihovih dužnosti i obaveza, kao što su: nepostupanje u radu saglasno načelu zakonitosti, nepristrasnosti i nezavisnosti; obaveza čuvanja profesionalne tajne; obaveza pružanja pravne pomoći i savetovanja i dr. Na primer, zakonodavac Republike Srpske određuje da su poreski savetnici dužni da svoju delatnost obavljaju „nezavisno, savesno i profesionalno, uz obavezu čuvanja poslovne tajne“. Zatim, „ne smeju obavljati delatnost koja je nespojiva sa delatnošću koju obavljaju“, a njihovi saradnici su dužni da čuvaju poslovnu tajnu[46].

Poreskom savetniku se stavlja u dužnost da stranci koju savetuje pruža stručnu pomoć o poreskim pitanjima, savesno i u skladu sa ustavom i zakonom. Ukoliko se poreski savetnik ne pridržava načela zakonitosti, savesnosti i stručnosti, odgovoran je po odredbama statuta profesionalne komore i etičkog kodeksa poreskih savetnika[47].

Poreski savetnik je odgovoran za nepoštovanje i propuste u vršenju svoje profesije, ali i za nepoznavanje profesionalnih obaveza. O težini učinjenog prestupa i odgovornosti poreskih savetnika odlučuje se u disciplinskom ili krivičnom postupku,

[45] Simič Ivan, Vloga davčnega savetovalca v davčnem postopku, str. 1485.
[46] Zakon Republike Srpske, čl. 22.
[47] Zakon Hrvatske, čl. 16.

a o njegovoj imovinskoj odgovornosti zbog pričinjene štete stranci odlučuje nadležan sud.

Osnovno pravilo je da je poreski savetnik odgovoran za svoj rad. Njegova odgovornost se zasniva na osnovu zakona i zaključenog ugovora o pružanju usluga poreskog savetovanja stranci. Na osnovu zaključenog ugovora, zakonodavac dopušta stranci da podnese prigovor poreskom savetniku, koja ima primedbe na rad poreskog savetnika. Za slučaj da poreski savetnik ne postupi po prigovoru stranke i ne otkloni uočene propuste u primerenom roku, stranki je dopušteno da uputi prigovor profesionalnoj komori ili da svoja prava ostvaruje pred nadležnim sudom.

Poreski savetnik podleže ugovornoj odgovornosti, tj. odgovoran je za učinjene propuste u poslovanju poreskog obveznika, koje se ogledaju u pomaganju ili prikrivanju utaje poreza. Odgovornost poreskog savetnika za učinjene propuste koji spadaju u utaje, ili pomaganje, ili prikrivanje utaje poreza, ili nezakonita umanjenja poreske obaveze stranke, utvrđuje se prema odgovarajućem poreskom zakonu[48].

Jedna od osnovnih obaveza na strani poreskog obveznika, koji je zaključio ugovor o pružanju usluga poreskog savetovanja, jeste saradnja sa poreskim savetnikom na način koji mu obezbeđuje izvršavanje ugovorom preuzetih obaveza. Međutim, ukoliko stranka ne sarađuje sa poreskim savetnikom na način kojim se obezbeđuje ispunjenje ugovorom preuzetih obaveza, poreskom savetniku je dopušteno da raskine zaključeni ugovor o pružanju usluga poreskog savetovanja[49]. Takođe, ako poreski savetnik posumnja u verodostojnost pojedine isprave koju mu je stranka dostavila, dužan je da upozori stranku na tu okolnost. U takvoj situaciji zakonodavac je ostavio mogućnost poreskom savetniku da raskine zaključeni ugovor[50].

Osim stranke, i profesionalna komora poreskih savetnika može pokrenuti odgovarajući postupak protiv poreskog savetnika, u kome mu može izreći disciplinsku meru ili mu privremeno može oduzeti licencu za rad[51].

Poreski savetnik je dužan da primenjuje poreske i računovodstvene propise i da postupa sa posebnom pažnjom urednog poreskog obveznika, u slučaju da on za stranku vodi i poslovne knjige, sastavlja finansijske i poreske prijave.

Ugovor o pružanju usluga poreskog savetovanja i davanje punomoćja poreskom savetniku

Poreski savetnici pružaju stručnu pomoć o poreskim pitanjima, prvenstveno, poreskim obveznicima. O pružanju usluga poreskog savetovanja obavezno se zaključuje ugovor u pisanoj formi. Reč je o formalnom ugovoru, o zakonskoj formi i o formi *ad solemnitatem*, koja predstavlja bitan uslov za punovažnost zaključenog

[48] Zakon Hrvatske, čl. 22. stav 3.
[49] Zakon Hrvatske, čl. 14. stav 4.
[50] Zakon Crne Gore, čl. 11. stav 3.
[51] Zakon Hrvatske, čl. 22. stav 4.

ugovora. Ako ovaj ugovor nije zaključen u pisanoj formi, on ne proizvodi pravno dejstvo. Samo izuzetno, ako se poresko savetovanje obavlja za pojedinačne slučajeve, zaključeni ugovor ne mora biti u pisanoj formi[52].

Pravni osnov za obavljanje poslova poreskog savetovanja je zaključen ugovor o pružanju usluga poreskog savetovanja. Reč je o pojedinačnom pravnom aktu, privatnopravne prirode, jer se zaključuje od saugovarača koji su privatna lica. Ugovor se zaključuje uz naknadu[53].

Ugovor o pružanju usluga poreskog savetovanja je dvostranoobavezan ugovor, jer se zaključuje između poreskog savetnika ili društva za poresko savetovanje i poreskog obveznika i iz njega proizlaze obaveze za obe ugovorne strane. Poreski obveznik, kao stranka u poreskom savetovanju, može biti fizičko i pravno lice, a u praksi je najčešće pravno lice. Reč je o teretnom ugovoru, jer se zaključuje uz naknadu i o komutativnom ugovoru, jer se u momentu njegovog zaključenja znaju međusobna davanja između obe ugovorne strane.

Konkretna ovlašćenja i dužnosti poreskog savetnika proizlaze iz zaključenog ugovora sa strankom. Na osnovu zaključenog ugovora o pružanju usluga, poreski savetnik se obavezuje da svoju stranku savetuje o poreskim pitanjima, da joj pomaže pri izradi poreskih prijava i „da je zastupa u poreskim postupcima pred poreskim organima, da učestvuje u poreskim sporovima pred sudovima“, da nadzire pravilnost vođenja poreskih i računovodstvenih evidencija koje se vode radi izrade poreskih prijava i drugih poreskih isprava. Takođe, poreski savetnik je ovlašćen da ispuni poresku prijavu i druge isprave koje je poreski obveznik dužan da sačinjava i dostavlja u poreskom postupku[54]. Pored zakonodavca Hrvatske i Crne Gore i zakonodavci Republike Srpske i Makedonije predviđaju da se poreski savetnik u postupku pružanja stručne pomoći u poreskim pitanjima pojavljuje u svojstvu „zastupnika u poreskim pitanjima pred nadležnim organima“[55], odnosno u svojstvu zastupnika „u svim poreskim pitanjima pred Upravom za javne prihode i druge nosioce prava na poreze kao i pred sudom“[56]. Za razliku od ovakvog pristupa navedenih zakonodavaca, zakonodavac Srbije je predvideo mogućnost da poreski savetnik nastupa i kao poreski punomoćnik a ne i kao poreski zastupnik poreskog obveznika, što predstavlja bolje rešenje. Naime, može se načelno konstatovati da je zastupanje poreskog obveznika u poreskom postupku u većini zemalja u svetu relativno slobodno. Većina pravnih sistema dopušta da poreskog obveznika u upravnom, odnosno poreskom postupku, pred sudomi drugim organima zastupa drugo lice koje nije advokat, ali po osnovu ugovora o punomoćstvu. Zbog toga, poreski savetnik nije automatski punomoćnik poreskom obvezniku. Da bi poreski savetnik mogao da nastupa kao punomoćnik, on treba da pribavi punomoćje poreskog obveznika za obavljanje poslova u vezi sa poreskim obavezama, na primer, da prima

[52] Zakon Hrvatske, čl. 4. st. 2.
[53] Zakon Crne Gore, čl. 10. stav 1.
[54] Zakon Hrvatske, čl. 3. st. 3-4. i zakon Crne Gore, čl. 2.
[55] Zakon Republike Srpske, čl. 1. stav 2. tač. v).
[56] Nacrt zakona Makedonije, čl. 2. stav 2. tač. v).

poreske akte, da podnosi poreske prijave, da plaća porez i dr. Nesporno je da je poreski savetnik na osnovu dobijenog punomoćja zastupnik poreskog obveznika, u granicama dobijenog ovlašćenja (punomoćja) i da nastupa u pravnom prometu u ime i za račun poreskog obveznika. Izgleda da je ustavno-sudska praksa u Hrvatskoj u konkretnom slučaju imala nešto drugačiji stav po napred razmatranom pitanju.

U Hrvatskoj je Advokatska komora podnela predlog Ustavnom sudu za ocenu saglasnosti sa Ustavom odredaba čl. 2. stav 2. i 3., čl. 4. stav 3. i čl. 7. Zakona o poreskom savetovanju. Ustavni sud Republike Hrvatske je, na sednici od 8. oktobra 2005. godine, doneo rešenje kojim nije prihvatio napred navedeni predlog za pokretanje postupka[57].

Podnosilac predloga je smatrao da osoprene odredbe zadiru u delatnost advokature[58].

Ustavni sud je stao na stanovište da predlog nije osnovan[59].

Jedan sudija Ustavnog suda (sudija Mario Kos) našao je argumente da u vezi sa predmetnom odlukom Ustavnog suda izdvoji mišljenje. Istakao je da se protivi i izreci i obrazloženju predmetnog rešenja, a u prilog toga izneo je niz argumenata[60].

---

[57] Odluka/rešenje o neprihvatanju predloga za ocenu akata zakonodavnog tela, U-I/362/2001. Ovaj akt je objavljen u „Narodnim novinama Republike Hrvatske“, br. 138/2005.

[58] U obrazloženju podnetog predloga Komora je navela da osporene odredbe, između ostalog, ovlašćuju poreske savetnike da zastupaju stranke u „poreskim sporovima“, što znači da su ovim izrazom obuhvaćeni svi sudski postupci koji se mogu voditi radi rešavanja bilo kojih sporova iz odnosa poreskih obveznika i poreskih vlasti. Još je istakla da prema odredbi čl. 27. Ustava Republike Hrvatske proizlazi da niko osim advokata ne sme građanima pružati pravnu pomoć, pa ni poreski savetnici. Smatrala je da se polaganjem ispita za poreskog savetnika ne može nadomestiti radno iskustvo koje je potrebno za valjano pružanje pravne pomoći. Komora je došla do zaključka da poreski savetnici, da bi postupali u skladu sa Ustavom, smeju obavljati samo poslove koje zakonodavac definiše kao „ograničeno poresko savetovanje“.

[59] Ustavni sud je bio stava: 1) ne postoje razlozi za utvrđivanje nesaglasnosti osporenih odredaba Zakona o poreskom savetovanju sa čl. 27. Ustava; 2) osporene odredbe ne narušavaju ni samostalnost ni nezavisnost advokature; 3) osporene odredbe ne stavljaju advokaturu u nejednak položaj pred zakonom, zajemčen odredbom čl. 14. stav 2. Ustava; 4) reč je o dva različita subjekta čiji je pravni položaj uređen posebnim zakonima; 5) eventualne nesaglasnosti između odredaba Zakona o advokaturi i Zakona o poreskom savetovanju, na koje je predlagač posredno ukazao, Ustavni sud nije nadležan ocenjivati u postupku ocene saglasnosti Zakona o poreskom savetovanju sa Ustavom.

[60] Ti argumenti se ogledaju u sledećem: u sprovođenju izričite ustavne odredbe o advokaturi donet je i Zakon o advokaturi, u kojem je zakonodavac u odredbi čl. 5. stav 1. izričit i nedvosmislen: „Pružanjem pravne pomoći kao zanimanjem smiju se baviti samo odvjetnici, ako zakonom nije drugačije određeno“; takođe, u u čl. 5. stav 2. i 3. navedenog zakona nabrojani su izuzeci od te izričite odredbe, u smislu da profesori i docenti pravnih predmeta na univerzitetu mogu za nagradu davati savete i mišljenja – ali ne i druge oblike pravne pomoći; navedene odredbe su primarno donete u interesu građana da prema potrebi dobijaju stručnu i kvalitetnu pravnu pomoć, zbog čega se pružanjem pravne pomoći kao zanimanjem smeju baviti samo advokati (za takvu poziciju advokature postoje najmanje tri razloga: stručnost – advokati moraju biti diplomirani pravnici sa položenim pravosudnim ispitom i dugogodišnjom praksom; profesionalnost i odgovornost; nije sporno da se posebnim zakonom može odrediti da određeni deo pravne pomoći mogu pružati i drugi pravnici, npr. javni beležnici, ali se obim i delokrug njihovog rada mora zakonom odrediti i ograničiti; advokati u pružanju pravne pomoći imaju posebnu, pa i ekskluzivnu poziciju u odnosu na druga lica; sasvim je sigurno da zakonodavac pri donošenju

Način i pravnoorganizacioni oblici za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja

Da bi bolje razumeli i objasnili način i pravnoorganizacione oblike za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja, potrebno je da prethodno odgovorimo na sledeće pitanje: ko sve može da obavlja delatnost poreskog savetovanja? Delatnost poreskog savetovanja mogu da obavljaju fizička i pravna lica, koja prethodno moraju da ispune zakonom određene uslove. Fizičko lice mora, najpre, da ispuni sve opšte i posebne uslove da bi steklo status poreskog savetnika, a zatim, da se registruje u nekom od pravnoorganizacionih oblika za individualno preduzetništvo (kancelarija, zajednička kancelarija, agencija) za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja. Pravno lice mora biti osnovano, da ispuni druge zakonom predviđene uslove i da se registruje za obavljanje delatnosti poreskog savetovanja. Proizlazi da se delatnost poreskog savetovanja može obavljati na dva načina: u nekoj od pravnih formi za individualno preduzetništvo ili za kolektivno preduzetništvo. U pravu Makedonije, poreski savetnici svoju profesiju mogu obavljati u nekoj od sledećih formi: 1) samostalno; 2) u zajednici ili u saradnji sa drugim poreskim savetnicima, revizorima i advokatima; 3) sa navedenim profesijama i u istim prostorijama; i 4) u pravnoj formi društva za poresko savetovanje[61].

Sa stanovišta pravne organizacije, poresko savetovanje se može obavljati u nekom od pravnoorganizacionih oblika za individualno preduzetnštvo ili u nekog od pravnih oblika za privredna društva[62]. Izuzetno od napred iznetog pravila, zakonodavac Hrvatske je dopustio da poresko savetovanje mogu u okviru svoje delatnosti obavljati, ali bez prava na zastupanje stranke u poreskim postupcima pred poreskim organima i poreskim sporovima: ovlašćeni revizori i revizorska društva u okvirima odredaba Zakona o reviziji; 2) trgovačka društva i radnje (obrti) za računovodstvene usluge u okviru svoje delatnosti i 3) poslodavci u predmetima vezanim za poreze na plate za svoje zaposlene[63].

Individualni preduzetnik (trgovac) – Poreski savetnici mogu obavljati delatnost poreskog savetovanja ako su dobili licencu za rad[64]. Oni mogu obavljati ovu delatnost kao samostalno i stalno zanimanje, uz zabranu da budu zaposleni kod drugih fizičkih ili pravnih lica. Fizička lica organizovana u ovoj pravnoj formi ostvaruju prava iz rada obavljanjem poreskog savetovanja kao samostalne delatnosti.

Zakona o poreskom savetovanju nije dovoljno vodio računa o napred iznetim činjenicama, čime je protivustavno proširio krug lica koja imaju pravo na pružanje pravne pomoći izvan Ustavom i zakonom utvrđenim okvirom, tj. daje se pravo licima koja nemaju završen pravni fakultet, nemaju položen pravosudni ispit i nemaju neophodno praksu za obavljanje izuzetno važnog posla pružanja pravne pomoći, čime se ozbiljno ugrožava pravna sigurnost građana; na osnovu napred iznetog, smatrao je da su postajali svi činjenični, pravni i ustavnopravni osnovi da Ustavni sud prihvati predlog za pokretanje postupka za ocenu saglasnosti sa Ustavom napred navedenih odredaba Zakona o poreskom savetovanju.

[61] Nacrt zakona Makedonije, čl. 25.

[62] Vidi: zakon Republike Srpske, čl. 2; zakon Hrvatske, čl. 6; zakon Crne Gore, čl. 3. i nacrt zakona Makedonije, čl. 25.

[63] Zakon Hrvatske, čl. 7.

[64] Zakon Republike Srpske, čl. 11.

Društvo za poresko savetovanje – U zakonodavstvu Republike Srpske sadržane su odredbe o osnivanju, radu i poslovanju društva za poresko savetovanje[65]. Dopušteno je da se ovo društvo organizuje kao društvo lica, tj. u pravnoj formi ortačkog društva ili komanditnog društva. Društvo za poresko savetovanje mora da se registruje kod nadležnog suda za obaljanje delatnosti poreskog savetovanja, uz prethodno odobrenje, u formi rešenja, koje donosi ministarstvo finansija. Uz zahtev za izdavanje odobrenja potrebno je da se prilože odgovarajući dokazi o: statusu; osnivačkom ulogu; licu ovlašćenom za zastupanje; statusu poreskih savetnika u društvu; kao i druge dokaze koji su predviđeni podzakonskim aktom.

U vezi sa licenciranjem društva za poresko savetovanje, zakonodavac Republike Srpske postavlja nekoliko preduslova: 1) da osnivači (vlasnici) društva ili direktor društva imaju zvanje poreskog savetnika; 2) da licenca ne sme biti data dok se društvo ne osigura od profesionalne odgovornosti; 3) da društvo uz zahtev za izdavanje licence obavezno plati naknadu u iznosu od šest prosečnih neto zarada u Republici za prethodnu godinu. Rešenje o izdavanju licence donosi ministarstvo finansija, a ona prestaje da važi prestankom društva za poresko savetovanje ili u slučaju oduzimanja licence (ukoliko se nakon njenog izdavanja nadležnom ministarstvu dokaže da je ona trebalo da bude uskraćena).

U pravu Crne Gore je dopušteno jednom ili većem broju poreskih savetnika da osnuju društvo za obavljanje poslova poreskog savetovanja[66]. Zakonodavac Hrvatske dopušta da društvo za poresko savetovanje bude osnovano samo kao društvo lica i isključivo u pravnoj formi javnog trgovačkog društva. Zakonodavac Crne Gore dopušta da društvo za poresko savetovanje bude osnovano i kao društvo lica i kao društvo kapitala, kao i u bilo kojoj pravnoj formi za društva lica i za društva kapitala. Mora se zapaziti da je zakonsko rešenje zakonodavca Crne Gore fleksibilnije i prihvatljivije za poslovnu praksu od rešenja zakonodavca Republike Srpske i Hrvatske.

Osnivač/osnivači, odnosno član/članovi društva za poresko savetovanje mogu biti samo fizička lica koja imaju licencu za obavljanje poslova poreskog savetnika.

Društvo za poresko savetovanje ima svoje poslovno ime (firmu, naziv), saglasno zakonu o trgovačkim (privrednim) društvima. U nazivu poslovnog imena društva pored firme društva ono mora da nosi naziv „društvo za poresko savetovanje“, odnosno mora da se koristi oznakom „poresko savetništvo“, odnosno „poreski savetnici“[67].

Osnovna delatnost društva je poresko savetovanje.

Komora poreskih savetnika daje saglasnost o ispunjenosti uslova za upis društva za poresko savetovanje u sudski registar, odnosno Centralni registar Privrednog suda (CRPS). Društvo je dužno da obavesti komoru poreskih savetnika o njegovom upisu u sudski registar, najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema rešenja o upisu[68]. Za slučaj da komora utvrdi da se društvo prilikom obavljanja delatnosti ne pridržava načela

[65] Zakon Republike Srpske, čl. 15-21.
[66] Zakon Crne Gore, čl. 13.
[67] Vidi: zakon Republike Srpske, čl. 19; zakon Hrvatske, čl. 17. stav 1. i zakon Crne Gore, čl. 13. stav 1.
[68] Zakon Hrvatske, čl. 17. stav 4.

zakonitosti i etičkog kodeksa, ona će brisati društvo iz svog registra i obavestiti nadležni sud radi brisanja društva iz CRPS-a[69].

Kod osnivača (članstva), sve što se u zakonu tiče poreskog savetovanja shodno se primenjuje na svakog člana društva za poresko savetovanje[70]. Time se samo potvrđuje da osnivači (članovi) društva za poresko savetovanje mogu biti samo fizička lica sa položajem poreskog savetnika.

Nadzor nad radom poreskih savetnika i društava za poresko savetovanje vrši profesionalna komora[71]. Ukoliko komora u postupku nadzora utvrdi da društvo za poresko savetovanje čini teže povrede zakona, statuta komore ili etičkog kodeksa poreskih savetnika, može rešenjem da zabrani rad društvu i da ga, posle pravnosnažnosti rešenja, briše iz imenika društava za poresko savetovanje. Doneto rešenje o zabrani rada društva je konačno, zbog čega protiv takvog rešenja žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor. Komora je dužna da pravnosnažno rešenje o zabrani rada društva za poresko savetovanje dostavi nadležnom sudu radi brisanja društva iz odgovarajućeg registra.

Osiguranje od odgovornosti poreskih savetnika

Poreski savetnici su dužni da se osiguraju od odgovornosti za štetu koju bi mogli pričiniti stranci obavljanjem delatnosti poreskog savetovanja. Pravni osnov za osiguranje poreskog savetnika od odgovornosti za štetu je zaključen ugovor sa društvom za osiguranje.

U pravu Republike Srpske je predviđeno da poreski savetnici moraju na odgovarajući način biti osigurani od opasnosti koje proizlaze iz njihove profesionalne delatnosti, sa upućivanjem da uslove osiguranja zajednički utvrđuju Komora poreskih savetnika i osiguravajuća društva[72]. Još je predviđeno da će se oduzeti licenca za obavljanje delatnosti ako poreski savetnik ne uplaćuje propisano obavezno osiguranje protiv opasnosti iz svoje profesionalne delatnosti, tj. izričito je zabranjeno da se licenca za obavljanje delatnosti dodeli društvu za poresko savetovanje pre nego što se ono osigura od profesionalne odgovornosti.

U zakonodavstvu Makednonije predviđa se pravni institut obaveznog osiguranja. Naime, nalaže se poreskim savetnicima da se obavezno osiguraju od profesionalne odgovornosti, uz najnižu osiguranu sumu koja iznosi 50.000 evra u denarskoj protivvrednosti. Poreski savetnik može ograničiti svoju odgovornost prema stranci (klijentu) do visine minimalne osigurane sume, po jednom zaključenom ugovoru, ili do četiri puta većem iznosu od visine minimalne osigurane sume, u skladu sa određenim uslovima iz zaključenog ugovora[73].

U drugim pravima ugovor o osiguranju od odgovornosti za poreske savetnike koji rade u društvu za poresko savetovanje (osnivači i članovi) dužno je da zaključi društvo

[69] Zakon Crne Gore, čl. 13. stav 5.
[70] Zakon Hrvatske, čl. 17. stav 5.
[71] Zakon Crne Gore, čl. 7. stav 5. i 13. stav 4.
[72] Zakon Republike Srpske, čl. 24.
[73] Nacrt zakona Makedonije, čl. 34.

za svakog poreskog savetnika. Dopušta se da ugovore o osiguranju od odgovornosti u ime poreskih savetnika i društva za poresko savetovanje zaključuje profesionalna komora[74]. U tom slučaju su poreski savetnici i društva dužna da profesionalnoj komori plaćaju naknadu, tj. dužni su da joj naknade troškove po osnovu plaćenog osiguranja od odgovornosti.

Zakonom se nalaže osiguravajućim društvima da zaključuju ugovore o osiguranju od odgovornosti sa poreskim savetnicima ili društvima za poresko savetovanje, ako im se obrate zahtevom. Uslove osiguranja od odgovornosti za štetu zajednički utvrđuju društva za osiguranje (u Hrvatskoj), u sporazumu sa ministarstvom finansija i profesionalnom komorom. Osiguravajuća društva su dužna da za svaku narednu godinu odrede osiguravajuće društvo koje će ih zastupati. Za slučaj da osiguravajuća društva tako ne postupe najkasnije do kraja oktobra tekuće godine, zastupnikom će se smatrati osiguravajuće društvo koje odredi ministarstvo finansija. Zakonom je izričito određeno da odluka ministarstva finansija o određivanju zastupnika nije upravni akt, zbog čega se ne može napadati u upravnom sporu pred nadležnim sudom.

Ukoliko se sporazum o uslovima osiguranja od odgovornosti ne postigne u roku od 30 dana od podnošenja zahteva bilo koje strane drugim dvema stranama, o uslovima osiguranja odlučuje, na predlog bilo koje zainteresovane strane, arbitraža – Stalni izabrani sud pri Hrvatskoj privrednoj komori. Odluka institucionalne arbitraže, kojom se utvrđuju uslovi osiguranja za narednu godinu je pravnosnažna za sva osiguravajuća društva, ministarstvo finansija, profesionalnu komoru, poreske savetnike i društva za poresko savetovanje. Zakonodavac Hrvatske uspostavlja prezumciju zaključenog ugovora o osiguranju od odgovornosti za štetu još u momentu kada je poreski savetnik podneo zahtev za osiguranje, nezavisno od toga da li je u to vreme već bio postignut sporazum o zajedničkom utvrđivanju uslova za osiguranje. Ovakvo zakonsko rešenje stavlja osiguravajuća društva u težak položaj, sa mnogo neizvesnosti ako u praksi dođe do realizacije osiguranog slučaja.

Poreski savetnici imaju zakonsku dužnost da uredno produžavaju osiguranje od odgovornosti[75].

Zakonodavac nalazi za potrebno, radi zaštite interesa stranaka koje savetuju poreski savetnici, odnosno društva, da utvrdi najnižu visinu osiguranog iznosa, na koji mora biti ugovoreno osiguranje od odgovornosti za štetu po svakom poreskom savetniku[76].

Komora poreskih savetnika

U Evropi deluje Evropsko udruženje profesionalnih udruženja poreskih savetnika (*Confederation Fiscale Europeene* - CFE), u koje je učlanjeno preko 20 evropskih

[74] Zakon Hrvatske, čl. 23. stav 5. i zakon Crne Gore, čl. 14. stav 2.
[75] Zakon Hrvatske, čl. 23. stav 6. i zakon Crne Gore, čl. 14. stav 4.
[76] Na osnovu hrvatskog zakona minimalni iznos je 200.000,00 kuna, a na osnovu crnogorskog zakona 3.000,00 evra. Zakon Hrvatske, čl. 23. stav 7. i zakon Crne Gore, čl. 14. stav 3.

država, a čiji članovi mogu biti u statusu redovnih članova ili po pozivu[77]. Ono je zaduženo za jedinstveno uređivanje poreskog savetovanja u Evropi. Navedeno udruženje uživa veliki ugled u Evropskoj uniji, naročito kada utvrđuje predlog svoje organizacije u Evropskoj komisiji.

Zakonodavac Republike Srpske je profesionalnu organizaciju poreskih savetnika postavio na principima dobrovoljnost i fakultativnosti, verovatno po ugledu na anglosaksonska rešenja, a ne na pricipima obaveznosti, kakva rešenja postoje u kontinentalnom pravu. Predvideo je da poreski savetnici „mogu" da formiraju profesionalnu komoru[78]. Zakonodavac ne utvrđuje pravni status ovog profesionalnog udruženja poreskih savetnika na jasan način, tj. ne određuje da li profesionalna komora ima svojstvo pravnog lica, iako uređuje sledeća pitanja: njen naziv („Komora poreskih savjetnika Republike Srpske"); njeno sedište (Banja Luka); ko „može" biti član Komore, tj. ko se može učlaniti u Komoru; koje poslove Komora obavlja za svoje članove; koji su organi Komore (skupština i predsednik); ko vrši nadzor nad radom Komore (ministarstvo finansija) i dr. Međutim, zakonodavac je pojedina rešenja zasnovao na principima obaveznosti, na primer: Komora je obavezna da se brine za pitanja od profesionalnog značaja za ukupno članstvo Komore i da nadzire ispunjavanje profesionalnih obaveza, kao i da zastupa svoje članstvo kod državnih organa i organizacija; članovi Komore obavezni su da plaćaju članarinu i dr. Ovakvo rešenje pravnog statusa Komore, između ostalog, proizlazi iz stava zakonodavca što poresko savetovanje tretira kao „profesiju", a ne kao „slobodnu profesiju".

U Hrvatskoj postoji Udruženje poreskih savetnika i pomagača (*Udruga poreznih savjetnika i pomagača Hrvatske*), čiji su zadaci: učešće u sastavu, uspostavljanju, izgradnji i unapređenju poreskog sistema i poreske politike u Hrvatskoj; saradnja s drugim srodnim institucijama u Hrvatskoj i u svetu; zalaganje za izradu etičkog kodeksa poreskih savetnika i pomagača; zalaganje za ugled i položaj profesije poreskih savetnika i pomagača; zalaganje za dodatno neinstitucionalno obrazovanje i razmenu stručnih mišljenja članova Udruženja; organizovanje savetovanja, seminara, okruglih stolova i drugih oblika informisanja članova o novinama u zakonodavstvu, struci i praksi u oblasti poreskog savetovanja i drugih komplementarnih područja[79].

U pravu Hrvatske, Crne Gore i Makedonije poreski savetnici se obavezno udružuju u profesionalnu komoru – komoru poreskih savetnika.

[77] Redovni članovi Evropskog udruženja profesionalnih udruženja poreskih savetnika su: Austrija, Belgija, Švajcarska, Češka, Nemačka, Danska, Španija, Francuska, Mađarska, Italija, Irska, Luksemburg, Holandija, Švedska i Velika Britanija, a njegovi članovi po pozivu su: Finska, Grčka, Malta, Poljska, Slovačka i Slovenija.

[78] Zakon Republike Srpske, čl. 25.

[79] www.business-navigator.biz.

Disciplinska odgovornost poreskih savetnika

Zakonodavac Republike Srpske uređuje lapidarnom odredbom odgovornost poreskih savetnika za teže povrede profesionalne obaveze i mere koje izriče Sud časti, uz opasku da će skupština Komore ta pitanja urediti posebnim aktom[80].

Zakonodavac Makedonije u posebnom četvrtom delu Nacrta zakona uređuje disciplinsku odgovornost poreskih savetnika, u okviru sledećih pitanja: disciplinske povrede (zbog neurednosti i disciplinske povrede); disciplinske mere radi neurednosti (usmena ili pismena opomena i novčana kazna u visini od 500 evra u denarskoj protivvrednosti); disciplinske mere radi disciplinskih povreda (novčana kazna u visini od 1000 evra u denarskoj protivvrednosti za teže povrede, privremeno oduzimanje licence za obavljanje delatnosti i oduzimanje licence za obavljanje delatnosti); brisanje iz evidencije poreskog savetnika; rok zastarelost za pokretanje disciplinskog postupka; disciplinski organi (disciplinska komisija pri Komori kao prvostepeni organ, upravni odbor Komore kao drugostepeni organ i upravni spor) i izvršavanje disciplinskih odluka[81].

Umesto zaključka

U Srbiji oblast poreskog savetovanja do danas nije uređena zakonom, ako izuzmemo jednu odredbu Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, kojom je nagovešteno donošenje posebnog zakona o delatnosti poreskog savetovanja.

Da li u Srbiji postoji potreba zakonskog regulisanja poreskog savetovanja? Poreski sistem Srbije, koji je počeo da se oblikuje na drugačijim osnovama od 2001. godine, od kada se primenjuju novodoneti propisi o porezu na dobit preduzeća i porezu na dohodak građana, zaokružen je donošenjem i primenom Zakona o porezu na dodatu vrednost. Pomenuti propisi predstavljaju okosnicu poreskog sistema Srbije, a budući da su porezi najvažniji prihod budžeta, naplata budžetskih prihoda se zasniva na njihovoj doslednoj i efektivnoj primeni.

Na osnovu iskustva poreske uprave u Srbiji, postoji potreba zakonskog regulisanja poreskog savetovanja, kako bi stručno osposobljena lica, koja imaju znanja i iskustva iz ove oblasti (poreski savetnici), pružala usluge profesionalne i stručne pomoći poreskim obveznicima u postupku izvršavanja poreskih obaveza. Pretpostavka je da bi se zakonsko regulisanje i uvođenje u praksu poreskog savetovanja, kao posebne slobodne profesije, odrazilo na umanjenje troškova i povećanje efikasnost poreske administracije. S druge strane, došlo bi do uspostavljanja ravnoteže u odnosu između poreskih savetnika i državne vlasti, s jedne strane, i poreskih savetnika i njihovih stranaka – poreskih obveznika, s druge strane. Danas se poreskim savetovanjem bavi veći broj lica različitog nivoa obrazovanja i različitih kvalifikacija, najčešće su to računovođe, udruženja računovođa, revizori, advokati, špediteri, kao i određene

[80] Zakon Republike Srpske, čl. 32.
[81] Nacrt zakona Makedonije, čl. 56-62.

konsultantske agencije ili privredna društva koji su registrovana za pružanje različitih vrsta usluga.

Da li je Srbiji potreban poseban zakon o poreskom savetovanju? Ovaj zakon je Srbiji potreban, između ostalog, jer ima nerazvijeno zakonodavstvo o slobodnim profesijama, a poresko savetovanje je slobodna profesija koju je nužno urediti zakonom i na principima evropskog a ne anglosaksonskog prava. Takođe, pružanje profesionalnih usluga poreskog savetovanja od strane poreskih savetnika od značaja je za porast stranih i domaćih investicija, kao i za ukupan razvoj privrede.

Srbija treba u donošenju svog zakona o poreskom savetovanju da pođe od uporednopravnih rešenja u tržišno razvijenim zemalja, ali i od iskustava zemalja u tranziciji. Tvorci zakona ne bi smeli da nekritički prepisuju zakonodavna rešenja drugih država, već bi morali da kreiraju onakva pravna rešenja, koja će odgovarati, s jedne strane, ekonomskoj snazi Srbije, a s druge strane, njenim trenutnim potrebama i potrebama u budućem srednjoročnom periodu njenog razvoja.

Professor Ljubisa Dabic, PH.D.
Faculty of Economy, Belgrade

TAX COUNSELLING IN THE REPUBLIC OF SRSKA AND OTHER COUNTRIES IN THE REGION

Summary

In transition countries, including the Republic of Srpska and other countries in the region (Former Yugoslav Republici of Macedonia, Croatia, Montenegro, Serbia) the tax counselling and the legal status of tax counsellors became subject of legal regulation in the last ten years. In Serbia these issues have not been subject of statutory regulation except that the the Law on Tax Procedure and Tax Administration anticipates the passing of a special statute concerning tax counselling.

In this paper the author analyses a substantial number of questions significant to tax counselling and tax counsellors: the sources of law relating to tax counselling; the conception of tax counselling; the notion and kinds of tax counsellors; the legal status of tax counsellors; liability of tax counsellors; contract on tax counselling; insurance against liability of tax counsellors; professional associations of tax counsellors, etc.

Key words: tax counselling, tax counsellors, professional responsibility, insurance against liability, professional associations of tax counsellors.

Prof. dr Milan Milošević
Alfa Univerzitet, Beograd

PRAVNI OKVIRI PRIVATNE BEZBEDNOSTI – REŠENJA REPUBLIKE CRNE GORE, REPUBLIKE HRVATSKE I REPUBLIKE MAKEDONIJE

Apstrakt

Poslednjih godina su gotovo sve zemlje u tranziciji donele zakone kojima regulišu sistem privatne bezbednosti. Naime, usled svojinske transformacije i naglog porasta obima privatne imovine, privatno obezbeđenje je u poslednje dve decenije preraslo iz sporednog u jedan od ključnih subjekata zaštite lične i imovinske sigurnosti. Takvo stanje je nametnulo potrebu profesionalizacije i standardizacije privatnog obezbeđenja, ali se u prvom redu nameće potreba celovitog i kvalitetnog normativnog uređenja ove oblasti. Time se stvaraju osnovne pretpostavke za uspešno organizovanje i funkcionisanje preduzetnika, internih službi obezbeđenja i specijalizovanih preduzeća (agencija) za obezbeđivanje lica, imovine i poslovanja, ali i za sveukupnu zaštitu društva od kriminala, havarija i drugih štetnih pojava. Polazeći od toga, u radu se pokušavaju objasniti modaliteti privatne bezbednosti u Republici Crnoj Gori, Republici Hrvatskoj i Republici Makedoniji.

Ključne reči: privatna bezbednost, pravni okvir, Republika Crna Gora, Republika Hrvatska, Republika Makedonija

Uvod

Krajem prošlog veka se u svim zemljama u tranziciji mogao uočiti porast privatnog sektora bezbednosti u celini, a posebno delatnosti privatnog obezbeđenja. Naime, različiti činioci uslovili su potrebu za sofisticiranim oblicima zaštite od protivpravnih radnji koje date države nisu mogle (ili htele) da osiguraju: krupne promene u ekonomskom i političkom sistemu, brz proces privatizacije, visok stepen kriminala, korupcija u javnim institucijama, loši standardi u vršenju dužnosti policije itd. S tim u vezi, kao prethodno pitanje javlja se problem definisanja delatnosti privatnog obezbeđenja.

Nesporno je da oblast privatnog obezbeđenja obuhvata zaštitnu (odn. samozaštitnu) delatnost, koju čine fizičko i različiti vidovi tehničkog obezbeđenja lica, objekata i druge imovine. To podrazumeva angažovanje specijalizovanih radnika na poslovima sprovođenja i stručne kontrole bezbednosne zaštite, primenu posebnih mera prilikom skladištenja i čuvanja oružja i municije, fizičku i tehničku zaštitu objekata - pogotovo prostorija u kojima su smešteni vitalni pogoni i postrojenja, sistem tehničkog obezbeđenja zgrada i prostora, izdavanje službenih legitimacija i

bezbednosno-propusnih dokumenata, kao i posebno obezbeđenje pri čuvanju i transportu novca i dragocenosti, i sl

Prema tome, privatno obezbeđenje obuhvata niz normativnih, operativnih, informativnih i obrazovno-edukativnih radnji i mera kojima se uspostavljaju: organizacija vršenja poslova fizičko-tehničkog obezbeđenja lica, objekata i druge imovine; funkcionisanje službe fizičko-tehničkog obezbeđenja; kadrovski sastav službe fizičko-tehničkog obezbeđenja; opremljenost potrebnim sredstvima i opremom; obučavanje i stručno osposobljavanje izvršilaca fizičko-tehničkog obezbeđenja lica, objekata i druge imovine, i dr.

Takvi sadržaji privatnog obezbeđenja nametnuli su potrebu profesionalizacije i standardizacije, a pre svega potrebu celovitog i kvalitetnog normativnog uređenja ove oblasti. Realizovanjem datih potreba stvaraju se osnovne pretpostavke za uspešno organizovanje i funkcionisanje preduzetnika, internih službi obezbeđenja i specijalizovanih privrednih društava (agencija) za obezbeđivanje lica, imovine i poslovanja, ali i za sveukupnu zaštitu društva od krađa, havarija i drugih štetnih pojava.

Tokom poslednje dve decenije, privatno obezbeđenje je i u svim zemljama zapadnog Balkana preraslo iz sporednog u jedan od ključnih subjekata zaštite lične i imovinske sigurnosti. Polazeći od toga, u daljem tekstu sledi prikaz normativnog uređenja organizacije i funkcionisanja privatnog obezbeđenja u Crnoj Gori, Hrvatskoj, i Makedoniji. Pri tome će predmet uporedne analize biti tzv. privatno obezbeđenje (fizička i tehnička zaštita objekata, lica i javnih skupova čiji su nosioci za to specijalizovana privredna društava), kao esencijalni segment u sistemu privatne bezbednosti svake zemlje.

Privatno obezbeđenje u Crnoj Gori

Pravni osnov za obavljanje privatnog obezbeđenja u Republici Crnoj Gori predstavlja Zakon o zaštiti imovine i lica („Službeni list“, br.29/2005).[1] Ažurnost crnogorskog zakonodavca ogleda se i u donošenju podzakonskih propisa kojima je zaokružen dati normativno-pravni okvir. To su: Pravilnik o načinu osposobljavanja, programu i načinu polaganja stručnog ispita za vršenje poslova zaštite lica, imovine i dobara („Službeni list“, br.7/2006); Pravilnik o načinu postupanja lica u vršenju fizičke zaštite lica, imovine i dobara („Službeni list“, br.7/2006); Pravilnik o sadržaju i izgledu identifikacione oznake („Službeni list“, br.7/2006); i Pravilnik o obrascima, sadržaju i načinu vođenja evidencija iz oblasti zaštite lica, imovine i dobara („Službeni list“, br.7/2006).

Saglasno pomenutim propisima, poslovima fizičke i tehničke zaštite mogu baviti samo preduzetnici i privredna društva („subjekti zaštite“). Oni moraju biti registrovani u Centralnom privrednom sudu, s tim što se registracija obnavlja svake godine. U svakom slučaju za registraciju moraju ispunjavati sledeće uslove: da imaju

[1] Privatna detektivska delatnost zasebno je normativno uređena u Zakonu o detektivskoj djelatnosti („Službeni list RCG“, br.29/2005) i odgovarajućim podzakonskim aktima.

najmanje petoro zaposlenih, koji moraju biti državljani Crne Gore sa prebivalištem u Crnoj Gori, ne smeju biti osuđivani, niti se sme protiv njih voditi krivični postupak, moraju biti zdravstveno sposobni, sa najmanje završene dve godine srednje škole a odgovorno lice mora imati najmanje višu stručnu spremu, i da u poslednje tri godine nije kažnjavano za prekršaje javnog reda za koje je predviđena kazna zatvora.

Usluge koje subjekti zaštite mogu da pružaju prema aktuelnim crnogorskim propisima su: obezbeđenje imovine i objekata, zaštita prirodnih dobara, obezbeđenje lica i zaštita njihovih prava i integriteta, obezbeđenje transporta novca i drugih vrednih pošiljki, zaštita javnih skupova. Pomenuti poslovi mogu da se vrše samo na osnovu pisanog ugovora zaključenog između naručioca usluga i preduzetnika, a koji obavlja delatnost zaštite unutar štićenog objekta i oko lica koje se obezbeđuje ili prikuplja određene informacije za klijenta.S druge strane, zabranjeno je firmama za privatno obezbeđenje, kao i pojedincima, da pružaju usluge zaštite za domaće ili strane odbrambene, obaveštajne ili kontraobaveštajne službe.

Da bi konkretno lice moglo da obavlja poslove privatnog obezbeđenja, pored zdravstvenih sposobnosti, neophodno je i da prođe obuku u rukovanju vatrenim oružjem. U propisima nije preciziran sadržaj obuke, osim što se napominje da je "način osposobljavanja zaposlenih u privrednim društvima, program i način polaganja stručnih ispita, sadržinu i oblike stručnog usavršavanja i osposobljavanja i način provere stečenog znanja propisuje Ministarstvo"

Lica koja se bave poslovima projektovanja, ugradnje i održavanja tehničkih sistema zaštite, moraju imati završenu srednju stručnu spremu i pet godina radnog iskustva ili višu stručnu spremu (za procenu ugroženosti objekta i projektovanje tehničkih sistema) odnosno visoku stručnu spremu za poslove vođenja stručnog nadzora nad izvođenjem radova, reviziji i izradi projektne dokumentacije.

Zakon precizira nošenje uniformi i identifikacionih oznaka koji su obavezni za sve zaposlene tokom obavljanja poslova i prema njihovoj vrsti. Naime, izvršioci fizičke zaštite poslove obavljaju u uniformi koja po boji, kroju i oznakama ne sme biti ista ili slična uniformi pripadnika policije, vojske ili službenika drugih državnih organa. Radi dokazivanja svojstva pripadnici obezbeđenja imaju identifikacionu oznaku, koju izdaje preduzeće, i koja se mora nositi na vidnom mestu. Lica koja obavljaju poslove u civilnim odelima ne moraju nositi vidne oznake, ali je moraju imati

Dozvolu za rad subjektu zaštite izdaje organ uprave nadležan za policijske poslove na osnovu zahteva, uz koji se prilaže: potvrda o registaciji preduzeća, akt o sistematizaciji radnih mesta, akt o zaštitnom znaku, akt o uniformi, elaborat o prostornim uslovima, dokaz o zaposlenim licima (najmanje pet), dokaz o ispunjenosti uslova za odgovorno lice. Dozvola za rad se obnavlja svake godine, a može biti za vršenje poslova fizičke zaštite ili za vršenje poslova tehničke zaštite. Propisano je da nadzor i kontrolu rada subjekata zaštite obavlja Ministarstvo unutrašnjih poslova, preko ovlašćenog službenog lica, koje u slučaju otkrivanja nezakonitih radnji preduzima mere u skladu sa propisima o inspekcijskom nadzoru

Dozvolu za rad izvršiocima privatnog obezbeđenja izdaje organ nadležan za policijske poslove na osnovu: dokaza o odgovarajućoj stručnoj spremi - najmanje završena srednja škola, položenog stručnog ispita za vršenje poslova fizičke zaštite; i dozvole za držanje oružja u skladu sa propisima o oružju. Za obavljanje poslova tehničkog obezbeđenja traže se: dokaz o završenoj (najmanje) srednjoj školi tehničkog smera, položen stručni ispit, i dokaz o ispunjenosti uslova utvrđenih propisima o sistemu veza. Lica koja imaju najmanje tri godine radnog iskustva provedenog u policiji ili drugim bezbednosnim službama ima uslove za dobijanje dozvole za rad. Dozvola se može oduzeti u slučaju da jedan od uslova na osnovu kojih je izdata dozvola bude promenjen ili da lice izgubi zdravstvenu sposobnost.

Firmama za privatno obezbeđenje dozvoljena je nabavka vatrenog oružja u skladu sa Zakonom o oružju („Službeni list“, br. 49/2004), s tim da količina nabavljenog oružja ne sme preći jednu polovinu zaposlenih koji vrše poslove fizičke zaštite, jer je to standard utvrđen relevantnim međunarodnim dokumentima i preuzetim obavezama Crne Gore. Naime, Akcionim programom OUN za sprečavanje, borbu protiv i iskorenjivanje ilegalne trgovine lakim i malokalibarskim naoružanjem, koji proističe iz nje, utvrđena je obaveza država da kroz nacionalne zakone, propise i procedure utiču na sprečavanje, borbu protiv i iskorenjivanje ilegalne trgovine lakim i malokalibarskim oružjem u svim njegovim vidovima. U istom pravcu idu i rešenja iz Regionalnog pravilnika o mikro razoružanju za Jugoistočnu Evropu (RMDS) i drugih dokumenata. [2]

U svakom slučaju, izvršiocima obezbeđenja je dozvoljena držanje (službenog) oružja samo ako je Ministarstvo unutrašnjih poslova izdalo odgovarajuću dozvolu licu koje je zdravstveno sposobno, koje je obučeno da rukuje oružjem i koje poznaje propise iz oblasti rukovanja i nošenja oružja. Uverenje o sposobnosti za držanje i nošenje oružja izdaje.Subjekti zaštite mogu izdavati oružje i municiju zaposlenima i to tako da ga mogu nositi samo dok su na dužnosti, bez iznošenja van objekta koji se obezbeđuje. U slučajevima zaštite transporta novca, čuvari mogu nositi oružje koje im je povereno uz dozvolu za držanje i prenošenje koju im daje subjekt zaštite, o čemu mora biti obaveštena policija.[3]

Subjekt zaštite mora imati adekvatan prostor za smeštaj i čuvanje oružja i municije u skladu sa Zakonom o zaštiti lica i imovine. Od naoružanja mogu se koristiti pištolji i revolveri a nije dozvoljeno automatsko ili poluautomatsko oružje sa okvirom koji ima više od pet metaka.Upotreba vatrenog oružja dozvoljena je samo u slučajevima nužne odbrane i krajnje nužde, u skladu sa krivično pravnim propisima i pod uslovima i na način utvrđen propisima o unutrašnjim poslovima.

U pogledu upotrebe sredstava prinude, dozvoljena je upotreba fizičke snage i sredstava prinude (palice, sredstva za vezivanje) kao i upotreba dresiranih pasa. O primeni ovlašćenja i upotrebi fizičke sile i vatrenog oružja, lice koje obavlja poslove

[2] Uporedi: Milošević, M., Fizičko–tehničko obezbeđenje i protivpožarna zaštita, Glosarijum, Beograd, 2006, str. 24.

[3] Pojedinci koji rade kao profesionalni telohranitelji i čuvari lovišta, ribnjaka i slični mogu nositi oružje i kući, ukoliko su ispunjeni uslovi iz člana 17. Zakona o oružju i municiji.

fizičke zaštite dužno je da najkasnije u roku od osam časova od primene ovlašćenja, u pisanoj formi izvesti odgovorno lice u subjektu zaštite, koje će o svemu dostaviti pisani izveštaj policiji najkasnije u roku od 24 sata, kao i svoje mišljenje i dokazni materijal. Policija vrši ocenu zakonitosti primene ovlašćenja i o tome obaveštava odgovorno lice u subjektu zaštite.

Pripadnici obezbeđenja mogu upotrebiti vatreno oružje samo u slučajevima nužne odbrane. Subjekti zaštite mogu, radi obavljanja svoje delatnosti, nabavljati vatreno oružje najviše za polovinu zaposlenih, koji vrše poslove fizičke zaštite, i to pištolje i revolvere kalibra 7,62 mm – 9 mm i dugo oružje sa olučenim cevima i potrebnu količinu municije za to vatreno oružje. U toku obavljanja delatnosti subjektima zaštite je zabranjeno da prate treće lice, da vrše prismotru na javnim mestima (sa ili bez upotrebe odgovarajućih tehničkih sredstava), da prikupljaju podatke o licima bez njihovog odobrenja i da vrše zaštitu na način kojim se izaziva uznemiravanje trećih lica.

Najzad, prema mišljenju nezavisnih analitičara iz Centra za kontrolu lakog i malokalibarskog naoružanja (SALW), postoji veliki uticaj političkih činilaca na rad firmi za privatno obezbeđenje, kao i povezanost sa organizovanim kriminalom, što se pre svega odnosi na obezbeđenje pojedinaca koji su stekli kapital na sumnjiv način. Po istom izvoru, poverenje međunarodnih organizacija u celokupni sektor privatne bezbednosti u Crnoj Gori jako je mali, tako da se domaće firme za obezbeđenje lica i imovine ne angažuju, što je suprotno praksi koja se javlja u većini zemalja u svetu.[4]

Privatno obezbeđenje u Hrvatskoj

U Republici Hrvatskoj se problematika privatnog obezbeđenja reguliše Zakonom o privatnoj zaštiti iz 2003 godine („Narodne novine“ br. 68/2003). Stupanjem na snagu ovog Zakona, prestao je da važi Zakon o zaštiti osoba i imovine iz 1996 godine („Narodne novine“ br. 83/1996, 90/1996 i 75/2001), izuzev onih odredbi kojima se normativno uređuje delatnost privatnih detektiva.[5] S tim u vezi treba posetiti da je napuštanje određenih diskriminatorskih rešenja, kao što je favorizovanje „hrvatskih branitelja u Domovinskom ratu“ iz čl. 25. st. 2. Zakona o zaštiti osoba i imovine, izvršeno u cilju harmonizacije sa zakonodavstvom Evropske Unije.

Pored Zakona o privatnoj zaštiti, oblast privatnog obezbeđenja se reguliše i brojnim podzakonskim aktima, među kojima su najvažniji: Pravilnik o prostornim i tehničkim uvjetima koje mora ispunjavati prostor u kojem se obavlja zaštitarska ili detektivska djelatnost („Narodne novine“ br. 40/1997; 107/2002); Pravilnik o

[4] Ovakav stav zastupljen je u publikaciji „Centar za kontrolu lakog i malokalibarskog naoružanja i firme za privatno obezbeđenje u jugoistočnoj Evropi: uzrok ili posledica nesigurnosti?“. O tome videti: Dimitrijević, I. (ured.), Uporedni prikaz zakonodavstva industrije privatne bezbednosti u Evropskoj uniji, Klub studenata Fakulteta bezbednosti, Beograd, 2006 str. 18

[5] U međuvremenu je u potpunosti prestalo važenje Zakona o zaštiti osoba i imovine, jer je donet i poseban Zakon o privatnim detektivima („Narodne novine“ br. 24/2009).

uvjetima i načinima provedbe tehničke zaštite, („Narodne novine“ br. 198/2003); Pravilnik o čuvarskoj i zaštitarskoj iskaznici, („Narodne novine“ br. 202/2003); Pravilnik o načinu utvrđivanja opće i posebne zdravstvene sposobnosti čuvara i zaštitara u privatnoj zaštiti („Narodne novine“ br. 38/2004); Pravilnik o izobrazbi i stručnom ispitu za zaštitare i čuvare („Narodne novine“ br. 103/2004); Pravilnik o uvjetima i načinu polaganja te programu stručnog ispita za zaštitara-tehničara („Narodne novine“ br. 161/2004), i dr.

Saglasno navedenim propisima, punoletna lica mogu obavljati poslove privatnog obezbeđenja samo ako ispunjavaju sledeće uslove: da su zdravstveno sposobni, da nisu osuđivani i da se krivično ne gone po službenoj dužnosti, da nisu pod istragom i da nisu osuđivani za prekršaje sa elementima nasilja u poslednje tri godine, da imaju prebivalište u Hrvatskoj[6], te „da govore hrvatski i umeju da pišu latinicu“(sic!). Takođe je neophodna bezbednosna provera državne bezbednosne agencije za odgovorna lica u preduzeću, kao i bezbednosna provera policije za zaposlene, ali i adekvatna školska sprema.

Prilikom regulisanja ovlašćenja pripadnika obezbeđenja navedeni propisi prave razliku između dva tipa izvršioca i to čuvara (izvršioci nižeg ranga) i zaštitara (izvršioci višeg ranga). U zavisnosti kojoj grupi pripadaju radnici obezbeđenja imaju sledeća ovlašćenja: 1) davanje upozorenja; 2) proverava identiteta osobe koja ulazi/izlazi iz objekta; 3) zadržavanje izvršioca krivičnog dela i svedoka do dolaska policije; 4) pregled osobe, vozila i predmeta, prilikom ulaska u objekat koji se štiti; 5) upotreba dresiranih pasa (samo zaštitari) za napad i/ili odbranu ako postoje uslovi za upotrebu fizičke sile ili vatrenog oružje; 6) upotreba fizičke sile, kad postoji jasan protivpravan napad na radnike obezbeđenja ili osobe koje oni štite, ili kad je napad na imovinu koju štite u toku; 7) upotreba vatrenog oružja samo kad ne postoji drugi način da se zaštite osobe ili objekti.[7]

Izvršioci privatnog obezbeđenja moraju proći obuku i položiti ispit u ovlašćenoj ustanovi. Sadržaj obuke i način polaganja ispita detaljnije je regulisan posebnim podzakonskim aktom o načinu i programu polaganja ispita za obavljanje privatne zaštite i za detektivski posao („Narodne novine“ br. 198/2003). Kandidati koji već imaju srednjoškolsko obrazovanje obavezno pohađaju kurseve u trajanju od 40 sati za čuvare, odnosno 80 sati za zaštitare, dok za detektivske poslove nije predviđena dodatna obuka, već samo polaganje ispita. Međutim, bivši pripadnici policije, vojne policije, službi državne bezbednosti, bivši sudski i zatvorski stražari i sudski izvršitelji izuzeti su od ispita ukoliko imaju tri godine radnog iskustva na poslovima bezbednosti.

[6]Očigledno je i državljanstvo Republike Hrvatske, koje je po Zakonu o zaštiti osoba i imovine predstavljalo conditio sine qua non, u aktuelnom Zakonu eliminisano radi približavanja zakonodavstvu Evropske Unije.

[7] Kesić, Z., Privatni sektor u kontroli kriminaliteta, Dosije studio, Beograd, 2009, str. 156.

Dozvole za poslovnih organizacija (firmi) rad u oblasti privatnog obezbeđenja izdaje Sektor privatne zaštite Ministarstva unutrašnjih poslova, koji vrši i licenciranje zaposlenih, kao i registraciju vatrenog oružja. Najzad, nadzor i kontrolu rada takvih firmi, koji su prema procenama nezavisnih analitičara strogi i detaljni, obavlja Inspektorat Ministarstva unutrašnjih poslova preko Sektora privatne zaštite

Da bi konkretna firma mogla da se registruje za obavljanje poslove privatnog obezbeđenja, neophodno je da ispuni nekoliko uslova: da bude registrovana kao pravno lice u Trgovinskom sudu; da ima registrovano odgovorno lice koja mora biti punoletno, zdravstveno sposobno, sa prebivalištem u Hrvatskoj, da nije krivično gonjeno niti osuđivano, da ispunjava bezbednosne provere i ima najmanje višu stručnu spremu; da ima akt o sistematizaciji radnih mesta sa popisom odgovornih lica (tj. da ima formiranu organizacionu strukturu); da ima opšti akt o zaštitnom znaku firme i opšti akt o radnoj uniformi; i da raspolaže poslovnim prostorom koji ima uslove za smeštaj oružja, zaštitu od požara, krađe i ostalih zloupotreba.

U pogledu upotrebe sredstava prinude, propisano je da se upotreba fizičke sile dozvoljava samo u slučaju protivpravnog napada na objekte, lica ili imovinu koje štite. Upotreba tzv. nesmrtonosnih sredstava prinude kao što su službena palica, uređaji za izazivanje elektrošoka i lisice, nije dozvoljena. Na otvorenom prostoru psi se mogu koristiti smo u slučaju zaštite prirodne sredine.

Svi radnici obezbeđenja moraju imati dozvolu za nošenje oružja u skladu sa Zakonom o vatrenom oružju, a mogu biti naoružani samo pod uslovima: da štite finansijske ustanove; da obezbeđuju štićene ličnosti (telesna zaštita); da štite objekte koji sadrže radioaktivni materijal i ostale štetne supstance; da štite transporte novca i drugih vrednosti; i da štite objekte nacionalne odbrane.

Oružje koje poseduje firma za privatno obezbeđenje mora biti smešteno na propisan način, tj. u oružarnici u kojoj moraju biti sprovedene mere zašite od požara, protivprovalne zaštite i sl. Sličan prostor mora postojati i u objektima koje data firma štiti uz upotrebu vatrenog oružja. Izvršioci obezbeđenja se zadužuju i razdužuju po dolasku i odlasku sa radnog mesta. Za svako radno mesto sa dozvolom za korišćenje oružja i municije, vodi se registar koji izdaje Ministarstvo unutrašnjih poslova.

U slučaju upotrebe vatrenog oružja, izvršioci moraju upoznati nadležno lice firme za privatno obezbeđenje u roku od osam sati po preduzetim merama, koje o primeni tih mera obaveštava policiju pismenim putem, najkasnije u roku od 24 sata, pri čemu policija utvrđuje da li su mere prinude bile primenjene u skladu sa zakonom. Dozvoljena je upotreba samo oružja „kratke cevi"- pištolja i revolvera, koje mora biti u vlasništvu preduzeća. Nije dozvoljena upotreba privatnog oružja za vreme obavljanja dužnosti, kao ni upotreba vojnog oružja. Vatreno oružje se ne sme koristiti protiv lica koja nisu punoletna, kao ni u slučaju da postoji mogućnost ugražavanja života ostalih prisutnih lica.

Najzad, prema oficijelnim podacima MUP-a Republike Hrvatske, privatno obezbeđenje u Republici Hrvatskoj se trenutno obavlja u 180 ovlašćenih registrovanih trgovačkih društava, 250 unutrašnjih čuvarskih službi koje su osnovala trgovačka društva za svoje potrebe obavljanja zaštitarskih poslova, 87 ovlašćenih agencija

(„obrta“) i 8 detektivskih agencija. To znači da u ovoj zemlji ukupno ima oko 17500 zaposlenih zaštitara.[8]

Privatno obezbeđenje u Makedoniji

Delatnost privatnog obezbeđenja u Republici Makedoniji regulisana je Zakonom o obezbeđivanju lica i imovine („Služben vesnik“, br. 80/1999). Pored navedenog zakona, u Makedoniji postoji i podzakonska regulativa, koja se sastoji od četiri pravilnika koji se odnose na polaganje stručnog ispita za vršenje posla obezbeđenja lica i imovine, na javne isprave - dokumente (licence i legitimacije)[9], kao i na slučajeve i način upotrebe vatrenog oružja za potrebe obavljanja delatnosti i broj časova potrebnih za osposobljavanje u rukovanju vatrenim oružjem.

Obezbeđivanje se definiše kao delatnost od javnog interesa, a pravna lica koja se njime profesionalno bave su Agencije za obezbeđivanje lica i imovine. One stiču pravo vršenja delatnosti privatnog obezbeđenjamomentom upisa u trgovinski registar za šta je, pored uslova predviđenih opštim propisima za upis u taj registar, neophodno i dpostojanje najmanje pet osoba sa odgovarajućom licencom i dozvolom za rad izdatom od strane Ministarstva unutrašnjih poslova. Ovakvu Agenciju može da osnuje samo domaće pravno ili fizičko lice. Agencija sa strankama obavezno sklapa ugovor o pružanju usluga zaštite lica i imovine. Nije dozvoljeno vršenje delatnosti vezanih za naplatu dugova pri obezbeđivanju lica i imovine, i ne smeju se primenjivati metode i sredstva koji zakonom nisu dozvoljeni ili za čiju su primenu ovlašćeni samo nadležni državni organi.

Izvršioci obezbeđenja se udružuju u Komoru za obezbeđivanje lica i imovine, radi zaštite i unapređivanja stručnosti, profesionalnosti i poslovnosti, kao i zaštite profesije. Komora je ovlašćena da organizuje polaganje stručnog ispita i da izdaje legitimacije radnicima obezbeđenja. Za vršenje obezbeđivanja lica i imovine Komora vodi evidenciju pravnih lica kojima je izdata dozvola za privatno obezbeđivanja, kao i pravnih lica koja vrše obezbeđivanje lica i imovine za svoje potrebe (samozaštitna delatnost)[10] i evidencije radnika koji imaju licencu za rad. Naime, poslove obezbeđivanja lica i imovine mogu da vrše samo lica kojima je Komora izdala licencu za rad.

Za izdavanje licence neophodno je da konkretno lice, pored opštih uslova za snivanje radnih odnosa određenih zakonom, ispunjava i sledeće uslove: da je državljanin Republike Makedonije i ima prebivalište u toj Republici; da mu pravosnažnom presudom nije izrečena mera bezbednosti zabrane vršenja profesije,

[8] Delišimunović D., „Zaštitarstvo i medijska prezentacija zaštite“, Zaštita, br. 2, Sarajevo, 2006. str. 29.
[9] Npr. Pravilnik za obrazecot na licencata za rabota na obezbeduvanje na lica i imot („Služben vesnik“, br. 41/2000).
[10] Makedonska Vlada odlučuje koja su pravna lica dužna da vrše obezbeđenje lica i imovine za svoje potrebe, ako vršenje njihove delatnosti je povezano sa rukovanjem: radioaktivnim ili drugim po ljude i okolinu opasnim materijama; predmetima i objektima od posebnog kulturnog i istorijskog značaja, kao i u drugim slučajevima kada je to u interesu bezbednosti, odnosno odbrane Republike Makedonije.

delatnosti ili dužnosti dok takva mera traje; da ima najmanje srednje obrazovanje, odnosno srednje-tehničko obrazovanje neophodno za vršenje tehničkog obezbeđenja; da u poslednje dve godine pre izdavanja licence za rad nije obavljao poslove i zadatke iz oblasti bezbednosti i odbrane u organima državne uprave (policija, obaveštajna služba i sl.); i da ima položen stručni ispit za obavljanje poslova obezbeđivanja lica i imovine.

Stručni ispit se polaže pred mešovitom komisijom koju formira ministar unutašnjih poslova, a čine je po dva predstavnika Komore i Ministarstva unutrašnjih poslova. Proveru sposobnosti za rukovanje oružjem kao dela stručnog ispita vrši komisija sastavljena od ovlašćenih službenih lica Ministarstva unutrašnjih poslova.

Izvršilac poslova privatnog obezbeđenja raspolaže sledećim ovlašćenjima: da utvrđuje identitet lica prilikom ulaska na imovinu koju obezbeđuje; da naredi licu da se udalji od imovine koju obezbeđuje, ako se lice ne ovlašćeno zadržava na njoj; da ne dozvoli ulazak nepozvanom licu na imovinu koju obezbeđuje; da prijavi i preda policiji lice zatečeno na izvršenju krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti; da ne dozvoli ulazak odnosno izlazak vozila ili lica sa prtljagom ako je saglasan sa propisanim aktima za obezbeđivanje imovine potrebnu da se izvrši pregled vozila odnosno prtljaga, a vozač to ne dozvoljava; da ne dozvoli ne ovlašćeno snimanje ili unešenje sredstava ili opreme za takvu namenu; da vrši kontrolu i preduzima mere za zaštitu i izveštavanje o nastanku požara, eksplozija ili drugih nepogoda; da vrši bezbednosno-tehničku zaštitu pravnog lica; i da vrši lično-tehničku zaštitu lica, da vrši obezbeđivanje prenosa novca i drugih vrednosti ili poverljivih dokumenata za pravna lica.

U vršenju ovih poslova, radnik obezbeđenja ima pravo da primeni silu samo kada je to neophodno potrebno za ostvarenje zadatka, i to do dolaska policije. Pre primene fizičke sile, radnik obezbeđenja je dužan da glasno opomene lice prema kome će se upotrebiti to sredstvo fizčke prinude. Za upotrebu sredstava prinude, pravno lice koje vrši obezbeđivanje lica i imovine i izvršilac obezbeđenja dužni su da odmah, a najkasnije u roku od 24 sata da obaveste policiju.

Pri vršenju poslova obezbeđenja, radnici obezbeđenja mogu da budu naoružani u skladu sa propisima o nabavljanju, posedovanju i nošenju oružja. Izvršilac obezbeđenja ima pravo da koristi vatreno oružje samo ukoliko objektivno nije u stanju da pozove policiju, i ukoliko na neki drugi način nije u stanju da odbije istovremeni napad. Nije dozvoljena upotreba oružja protiv dece, vidljivo trudnih žena i starijih osoba - osim u slučaju oružanog napada na radnika obezbeđenja ili na osobu koju štite, odnosno kada postoji opasnost ugrožavanja života drugih građana.

Najzad, pored obuke u rukovanju vatrenim oružjem, koju moraju proći prilikom polaganja državnog ispita, neophodno je da izvršioci obezbeđenja dobiju dozvolu i legitimaciju od Komore[11] kao i odobrenje od Ministarstva unutrašnjih poslova za

[11] O Komori Republike Makedonije za obezbeđivanje lica i imovine (formirana 2000. godine) i Komori za obezbeđivanje lica i imovine i detektivske usluge „Detektiv“ (formirana 2006. godine) detaljnije videti: Kozirev, A., „Privatna bezbednost u Republici Makedoniji – aktuelno stanje i perspektive“,

nošenje oružja u skladu sa Zakonom o oružju („Službeni vesnik“, br. 7/2005). Oružje se može nositi samo tokom radnog vremena.

Kad je u pitanju vrsta naoružanja, prema pozitivnim propisima postoje izvesna ograničenja - tip oružja određuje Ministarstvo unutrašnjih poslova definisano je kategorizacijom oružja. Radnicima obezbeđenja dozvoljena je upotreba oružja B kategorije (može se nabaviti uz uobičajeno odobrenje) i C kategorije (nabavlja se na osnovu odobrenja koje se izdaje pod posebnim uslovima). Najčešće se koriste pištolji i revolveri a poluatomatske puške samo u posebnim okolnostima (npr. za obezbeđenje objekata van naseljenih mesta kao što su brane, repetitori i sl). Količina municije koju mogu da koriste Agencije je ograničena i iznosi do 50 metaka za svako oružje za koje je izdata dozvola.

Za nadzor i kontrolu rada Agencija za privatno obezbeđenje nadležni su Ministarstvo unutrašnjih poslova i Komora za bezbednost. Ministarstvo unutrašnjih poslova izdaje odobrenja Agencijama, vrši godišnju proveru gađanja iz oružja za izvršioce obezbeđenja kao i proveru znanja na državnom ispitu koji je neophodan za izdavanje dozvola izvršiocima, preispituje svaku upotrebu sile od strane izvršilaca privatnog obezbeđenja, daje profesionalnu podršku i kontroliše u kojoj meri se sprovodi Zakonom o aktivnostima lične i imovinske bezbednosti i nadgleda rad Komore za bezbednost i Agencija. Komora za bezbednost pruža profesionalnu podršku, izdaje dozvole za rad fizičkim licima sa položenim državnim ispitom za poslove obezbeđenja, izdaje bezbednosne autorizacione kartice (ID), i čuva zapise o fizičkim i pravnim licima koja se bave obezbeđenjem.

Na kraju treba istaći da fizička lica, posle polaganja državnog ispita, dobijaju dozvolu za rad od Komore za obezbeđenje lica i imovine, koja ih i registruje kao radnike obezbeđenja, na osnovu čega im se izdaje bezbednosna autorizaciona kartica. Prema podacima Komore iz aprila 2007. godine, položen stručni ispit, odnosno licencu za obezbeđenje lica i imovine u Makedoniji imalo je 12000 lica. Istovremeno je bilo registrovano je 145 Agencija za obezbeđenje, od čega je više od 70 aktivno vršilo tu delatnost. [12]

Umesto zaključka

Nesporno je da se delatnost privatnog obezbeđenja u zemljama zapadnog Balkana razvija u pozitivnom pravcu, pre svega kroz uspostavljenje različitih zakonskih mehanizama i prihvatanje kodeksa ponašanja i poslovanja, kako bi se iz ove oblasti eliminisali nepoželjni faktori. Značajan doprinos u tom smislu proizvela je tržišna utakmica, naročito zahtevi klijenata koji prilikom ugovaranja usluga obezbeđenja angažovali firme sa najvišim profesionalnim standardima, a izbegavali one koje su u bilo kakvoj vezi sa kriminalom, paravojnim formacijama ili političkim partijama.

Privatna bezbednost – stanje i perspektive (zbornik radova), Fakultet za pravne i poslovne studije, Novi Sad, 2008, str. 169-172.

[12] Uporedi: Slaveski, S., Bezbednosen sistem, Prv privaten univerzitet – Evropski unniverzitet na R. Makedonija, Skopje, 2009, str.353 i dalje.

S druge strane, prisutni su i problemi koji se, zbog zajedničkog pravnog, političkog i ekonomskog nasleđa javljaju u svim zemljama zapadnog Balkana. Šta više, ti problemi su u tolikoj meri podudarni, da se kritičkom analizom stanja u jednoj državi mogu sagledati problemi i u svim drugima.[13]

Prvi problem je odsustvo ili pak nedovoljno prisustvo odgovarajućih standarda i profesionlne etike u radu firmi za privatno obezbeđenje. Sledeći problem je postojanje brojnih neformalnih veza ovih firmi sa državnim bezbednosnim strukturama. Naime, veliki deo penzionisanih ili otpuštenih bivših pripadnika policije, vojske i obaveštajno–bezbednosnih struktura zaposlen je u privatnom obezbeđenju. Ponekad su komunikacije javlja netrpeljivost i želja za revanšizmom zbog dešavanja u prošlosti. Sve to može da dovede do problema u saradnji i zloupotrebe službenih položaja od strane ovlašćenih lica.

Nadalje, firme za privatno obezbeđenje se često suočavaju sa problemom neadekvatno obučenog kadra i nedovoljne materijalno-tehničke opremljenosti. S tim u vezi javlja se i problem sa naoružavanjem ovog segmenta privatne bezbednosti. Smatra se, naime, da suuprkos oficijalnim podacima firme za privatno obezbeđenje veoma dobro naoružane i da bi mogle pretstavljati značajnu silu u eventualnim unutrašnjim konfliktima.

Ipak, najveći problem se javlja u povezanosti ovih kompanija sa političkim partijama. Sa te strane javlja se opasnost od postojanja paralelnih bezbednosnh snaga, koji radi svoje netransparentnosti mogu biti pogodni za zloupotrebu. Isto tako, u proteklim godinama postoji veliki broj primera povezanosti politike sa firmama za privatno obezbeđenje, u kojima su aktuelni visoki policijski funkcioneri ili osnivači, ili su rukovodili određenim agencijama u ovom sektoru. Problem se usložava zato što ovakve firme za privatno obezbeđenje dobijaju finansijsku podršku od državnih institucija kada njihova partija dođe na vlast. Ona se sastoji u protekciji pri raspisivanju tendera i sklapanju ugovora za pružanje usluga obezbeđenja.

Literatura

Daničić, M.; Stajić, LJ., *Privatna bezbjednost*, VŠUP, Banja Luka, 2008.

Dimitrijević, I. (ured.), *Uporedni prikaz zakonodavstva industrije privatne bezbednosti u Evropskoj uniji*, Klub studenata Fakulteta bezbednosti, Beograd, 2006 (prema: SALW and Private Security Companies in South Eastern Europe: A Sause or Effect of Insecurity?, SEESAC, 2005).

Delišimunović, D., „Zaštitarstvo i medijska prezentacija zaštite“, *Zaštita*, br. 2, Sarajevo, 2006, str. 28-31.

Dorevski, Z., *Obezbeduvanje*, Komora na Republika Makedonija za obezbeduvanje na lica i imot, Skopje, 2006.

Ivanda, S., *Pregled policijskog prava*, MUP RH – Policijska akademija, Zagreb, 1998.

[13] Isto.

Kesić, Z., *Privatni sektor u kontroli kriminaliteta*, Dosije studio, Beograd, 2009.

Kozirev, A., „Privatna bezbednost u Republici Makedoniji – aktuelno stanje i perspektive“, Privatna bezbednost – stanje i perspektive (zbornik radova), Fakultet za pravne i poslovne studije, Novi Sad, 2008, str. 168-180.

Milošević, M., *Fizičko–tehničko obezbeđenje i protivpožarna zaštita*, Glosarijum, Beograd, 2006

Ostojić, A.; Skendžić, N., *Zakon o privatnoj zaštiti sa komentarom*, IPROZ, Zagreb, 2003.

Ostojić, A. i dr., Priručnik za izobrazbu čuvara i zaštitara, INTER SIG, Zagreb, 2005.

Savić, A, Mašulović, I., *Bezbjednosni menadžment,* Fakultet za poslovni menadžment, Bar, 2007.

Slaveski, S., *Bezbednosen sistem*, Prv privaten univerzitet – Evropski unniverzitet na R. Makedonija, Skopje, 2009

Prof. Milan Milošević, Ph.D
Alpha University, Belgrade

LEGAL FRAMEWORK OF PRIVATE SECURITY – SOLUTION APPLIED IN THE REPUBLIC OF MONTENEGRO, REPUBLIC OF CROATIA AND REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

In the last couple of years almost all countries have passed legislation which regulates of the private security system. Namely, in the last two decades primarily due property transformation and considerable expansion of private ownership, the private sector developed from the secondary into one of the key factors of protection of persons and property. Such situation has imposed the need for professionalism and standardization, but first of all complete and efficient normative regulation of this area. That would be the way of creating basic prerequisites for a successful organization and functioning of entrepreneurs, internal security services and specialized companies (agencies) for providing the safety of persons, property and business, including also the overall protection of society against theft, damage and other detrimental events. Starting from that, there is a try to explain to modality of the private security in Republic of Montenegro, Republic of Croatia and Republic of Macedonia.

Key words: Private Security, Legal Framework, Republic of Montenegro, Republic of Croatia, Republic of Macedonia.

Prof. dr Nataša Delić
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

POJAM KRIVICE U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU MAKEDONIJE

Apstrakt

Uvažavajući tekovine savremene krivičnopravne doktrine Krivični zakonik Republike Makedonije usvaja mešovitu, psihološko-normativnu teoriju krivice. U članu 11. Krivičnog zakonika Makedonije je propisano da je vinost (krivica) složena kategorija koja se sastoji iz uračunljivosti, umišljaja i nehata i svesti o protivpravnosti. U radu autor najpre, kroz analizu psiholoških, normativnih i mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice prikazuje na koji način je svest o protivpravnosti postala element krivice, a potom razmatra pojedina pitanja vezana za sadržinu i pravnu prirodu svesti o protivpravnosti. Na kraju rada su data zaključna razmatranja i određeni stavovi koje autor zauzima u pogledu ove izuzetno složene problematike.

Ključne reči: Krivični zakonik Republike Makedonije, Krivica, Teorije krivice, Svest o protivpravnosti.

I

U skladu sa načelom krivice savremeno krivično pravo polazi od inicijalne postavke da je krivično delo po svojoj prirodi i suštini duboko subjektivan čin i da krivičnopravna zaštita ima smisla jedino ukoliko se preduzima u cilju suzbijanja svesnih i voljnih radnji kojima se povređuju ili ugrožavaju najvažnija dobra kojima se krivičnim pravom pruža zaštita. Shodno tome, danas je evidentna subjektivizacija, personalizacija i individualizacija krivičnog prava, i stoga pitanje krivice, moramo reći sasvim opravdano dobija na značaju.

Prateći datu tendeciju zakonodavac u Krivičnom zakoniku Republike Makedonije u odnosu na ranije rešenje na sasvim novi način određuje krivicu, a dati način zakonskog definisanja posledica je napuštanja psiholoških teorija krivice i prihvatanja mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice što je u sistemu krivičnog prava od neposrednog značaja bilo i za rešavanje pitanja krivičnopravnog značaja/dejstva pravne zablude.

II

Psihološke teorije krivice su nastale u Nemačkoj krajem 19. veka pod snažnim uticajem pozitivističkog načina mišljenja koji je u to vreme imao značajano uporište u zapadnoevropskoj i anglosaksonskoj naučnoj misli i u skladu sa osnovnim

postavkama filozofskog pozitivizma (smatralo se da zakonitosti koje vladaju u prirodi treba otkriti i na području društvenih nauka) psihološke teorije krivice su afirmisale ideju da krivicu u osnovi treba posmatrati kao empirijski proverljivu činjenicu. Otuda se prema ovim teorijama krivica svodi samo na određene psihičke procese i veoma jednostavno definiše kao psihički odnos učinioca prema delu.[1]

Polazne osnove na kojima počivaju psihološke teorije krivice su:

a) Listov (*Liszt)* naturalistički, odnosno objektivno-kauzalni pojam radnje (koji je nastao pod uticajem mehaničkog i kontemplativnog materijalizma i bio kamen temeljac celokupne "objektivne" dogmatike), b) Belingova (*Beling)* podela elemenata krivičnog dela na objektivne, koji čine biće i subjektivne, koji čine unutrašnju stranu krivičnog dela, i c) Bindingov (*Binding)* objektivno-formalni pojam protivpravnosti.[2]

Osnovna karakteristika psiholoških teorija krivice jeste njihova jednostavnost. Međutim jasno je uočljiva i ograničenost njihove primene i to pre svega u odnosu na pojam nehata. Naime, pošto umišljaj i nehat po svojoj prirodi imaju heterogenu strukturu praktično je bilo nemoguće u skladu sa ovim teorijama nehat svesti samo na puki psihički proces jer je pre svega nesvesni nehat sadržinski nezamisliv bez normativne komponente.

Osim toga, simplifikovanje krivice isključivo na konstataciju određenog psihičkog odnosa kao puke činjenice imalo je za posledicu to da psihološke teorije zbog svoje etičke bezbojnosti i moralne indiferentnosti nisu mogle da daju odgovor na suštinsko pitanje, a to je zašto određeni psihički odnos predstavlja krivicu. Drugim rečima, ove teorije nisu mogle da izraze pravu suštinu krivice koja je nesumnjivo mnogo više od pukog psihičkog odnosa iz razloga što nisu raspolagale aparaturom koja bi bila pogodna da identifikuje i markira socijalno-etičku stranu krivice i osvetli njenu moralnu utemeljenost i društvenost. Jednom rečju, suštinski nedostatak psiholoških teorija je bio u tome što su nastojale da krivicu svedu na moralno indiferentni psihički proces koji kao takav ne može da rezultira odgovarajućim socijalno-etičkim prekorom.

Najznačajniji predstavnik psiholoških teorija krivice bio je List koji je u svojim radovima negirao polazne ideje klasične škole i pojam krivice utemeljen na slobodi, i suprotno tome svoje stavove o krivici bazirao na determinizmu, a krivicu posmatrao isključivo kao psihički proces. Međutim, tokom vremena je i sam autor uočavao skučenost dometa psiholoških teorija krivice (naročito prilikom definisanja umišljaja i nehata) i moglo bi se reći skoro intuitivno prepoznavao neophodnost integrisanja vrednosnih sudova u ovaj pojam, što se može videti kroz njegovo uvođenje tzv. "materijalnog pojma krivice" koji u sebi na određeni način nosi i jednu "notu" moralnosti. No, treba reći da i pored toga, ovaj autor suštinski nikad nije odstupio od

[1] C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, München, 2006, 855. i E. Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1975, 367.

[2] A. Schönke/ H. Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, München, 2001, 164-167.

psihološkog pojma krivice iako je već tokom njegovog života taj pojam bio u velikoj meri kritikovan (Lipeman /*Lipemann*/).[3]

Otuda je dalji razvoj krivičnopravne doktrine koji se, sa jedne strane, ogleda u napuštanju indeterminističkog učenja, a, sa druge strane, u tendenciji uvažavanja ličnih svojstava učinioca krivičnog dela, pod uticajem odgovarajućih kriminalnopolitičkih učenja doveo u sumnju i celokupno shvatanje krivice kao čisto psihološke kategorije.

Postepeno je postalo sasvim jasno da samo utvrđivanje psihičkog odnosa učinioca prema delu ne znači istovremeno i utvrđivanje onog psihičkog sadržaja/supstrata koji je sam po sebi podložan prekoru i osudi. Volja, kao takva, ne nosi u sebi i sa sobom prekor već se pojavljuje samo kao jedan psihički fenomen koji je pravno i moralno bezbojan, a sam sadržaj volje pokazuje se kao nedovoljan za zaključak o njenoj nevrednosti. Jednom rečju, volja se pojavljuje kao čist psihički proces koji još uvek ne daje odogovor na pitanje da li je određeni učinilac kriv ili ne. Na dati način bila je opovrgnuta ne samo teorija volje kao varijanta psihološke teorije, već i teorija svesti koja takođe svoje učenje o krivici zasniva na psihičkom odnosu učinioca prema delu, a iz razloga što ni svest kao psihički proces, isto kao ni volja, ne daje mogućnost da se objasni u čemu zapravo leži suština prekora koji se upućuje učiniocu krivičnog dela.

U skladu sa nevedenim psihološkim teorijama i u krivičnom pravu bivše Jugoslavije se polazilo od stava da krivica predstavlja psihički odnos učinioca prema delu i da taj odnos može biti dvojak, tj. da se može manifestovati kao umišljaj ili nehat.[4]

Tako su umišljaj i nehat postali vrste ili oblici krivice, a krivica koja se označavala pojmom vinost predstavljala je generički pojam za umišljaj i nehat. Osim toga, uračunljivost je bila (neopravdano) izdvojena iz pojma krivice/vinosti što je opet

[3] P. Novoselec, Temeljni aktuelni problemi krivnje u krivičnom pravu, DD, Zagreb, 1985, 110-112, M. Singer, Pojam radnje u sistemu krivičnog prava, DD, Zagreb, 1963, 58-60. i 70-79. i M. Singer, "O pojmu krivnje u krivičnom pravu", Naša zakonitost, 1965/5, 396.

[4] Tako primera radi, N. Srzentić i A. Stajić krivcu definišu kao skup psihičkih odnosa učinica prema delu, pri čemu treba imati u vidu da je sam psihički odnos prema delu jedan veoma složen odnos u kome se prepliću razni elementi unutrašnjeg života čoveka, ali od svih tih elementa pretežan zanačaj imaju svest i volja (N. Srznetić/A. Stajić, Krivično pravo, opšti i posebni deo, Beograd, 1968, 142), M. Karanović ističe da se samo pomoću komponentske zastupljenosti voljnog intelektualnog elementa mogu definisati i razgraničiti pojedini stepeni vinosti (krivice) i da stoga treba prihvatiti psihološko shvatanje dok, normativno i psihološko-normativno shvatanje vinosti (krivice) nema realnog oslonca (M. Karanović, Utvrđivanje vinosti u krivičnom postupku, Beograd, 1982, 64), N. Srzentić, A. Stajić i LJ. Lazarević ističu da krivicu treba odrediti psihološki, bez prihvatanja normativnih elemenata kao elemenata krivice jer je nedopustivo krivičnu odgovornost proširivati van umišljaja i nehata, kao i što bi bilo nedopustivo tvrditi da nema krivične odgovornosti kad postoji umišljaj ili nehat, uz uračunljivost učinioca (N. Srzenić/A. Stajić/LJ. Lazarević, Krivično pravo Jugoslavije, Beograd, 1996, 254), a LJ. Lazarević navodi: "u teoriji krivičnog prava, a i u najvećem broju krivičnih zakonodavstava, najviše je prihvaćeno psihološko shvatanje krivice, prema kome je krivica psihički odnos učinioca prema izvršenom delu i izražava se u svesti i volji, dok se krivično delo uzima u svom stvarnom i društvenom značenju, a ne i u pogledu svoje protivpravnosti" (LJ. Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Srbije, Beograd, 2006, 79-80).

dovelo do uvođenja (moglo bi se slobodno reći suvišnog) pojma krivične odgovornosti kao višeg rodnog pojma. Najzad, neposredna posledica ovakvog shvatanja je i nepriznavanje (neotklonjive) pravne zablude kao osnova koji isključuje krivicu.

Normativne teorije krivice su nastale u Nemačkoj početkom 20. veka na ideološkim osnovama subjektivnog idealizma i neokantovske filozofije vrednosti u skladu sa kojom se afirmiše mišljenje da su i u krivičnom pravu vrednovanje i objekt vrednovanja osnovne polazne tačke, te da tim dualizmom treba da budu prožeti i osnovni krivičnopravni pojmovi. Ova afirmacija teleoloških pristupa u krivičnom pravu imala je za posledicu to da i sam pojam krivice počinje da se vezuje za vrednosne ocene.

Posmatrano u širem kontekstu, nastanak normativnih teorija krivice vezan je za usvajanje novih koncepcija o pojmu radnje – finalni pojam, odnosno za napuštanje Listovog objektivno-naturalističkog pojma radnje krivičnog dela što je predstavljalo okosnicu celokupnog krivičnopravnog sistema kao i napuštanje deskriptivno-objektivnog shvatanja bića krivičnog dela koje je predstavljalo prepreku za unošenje vrednosnih sudova u sam pojam radnje i time onemogućavalo proširenje platforme odgovornosti učinioca sa terena čisto psihičkog odnosa prema delu na teren odgovornosti za samu nevrednost dela. Sve ovo je nadalje omogućilo slobodno preplitanje objektivnih i subjektivnih elemenata u samom pojmu krivičnog dela tako da na taj način krivično delo postaje objektivno-subjektivni fenomen pri čemu i protivpravnost figurira kao objektivno-subjektivni pojam, a krivica, kao što je napred istaknuto, dobija primese normativnog. Sve u svemu, nastanak normativnih teorija krivice predstavlja veoma radikalan zahvat u strukturu do tada opšteprihvaćenih instituta u nauci krivičnog prava jer se i mnogi instituti koji su se do tada smatrali nezavisnim od krivice, sada dovode u vezu sa njom, pre svega, takav slučaj je bio sa protivpravnošću koja se dugo vremena smatrala sasvim zasebnim krivičnopravnim pojmom, a koja u interpretaciji ovog učenja postaje kriterijum ocene nevrednosti kao osnova subjektivne prekorivosti.

Dakle, razvoj nauke krivičnog prava koji je obeležen a) nastankom finalnog pojma radnje, b) priznavanjem subjektivnih obeležja bića krivičnog dela kao i c) priznavanjem subjektivnih momenata konstitutivnih za protivpravnost nekog ponašanja, obezbedio je platformu za pojavu normativnih teorija krivice, što istorijski posmatrano, na neki način predstavlja okončanje jedne faze u razvoju doktrine, koja je, kao što je navedeno, započela kritikom osnovnih Listovih i Belingovih ideja.[5]

Nadalje, treba reći i to da su za nastanak normativnih teorija krivice od značaja bile sledeće teorije: a) Frankova (*Frank*) teorija "pratećih okolnosti" i "prekorivosti," b) teorija o krivici kao "mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje" i c) Velclova (*Welze)*l finalna teorija radnje.

Frankova teorija "pratećih okolnosti" i "prekorivosti" - Frank koji se smatra osnivačem normativnih teorija prvi je formulisao i razradio ideju da je krivica prekor

[5] A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 145. i C. Roxin, (2006), 282.

(*"Schuld ist Vorwurf"*) prebacivanje, a ostvareno biće krivičnog dela, objekt tog prekora. Prema ovom autoru krivica nije sadržana u psihi učinioca već predstavlja sud koji nam govori to da je jedno protivpravno ponašanje usled određenih okolnosti podložno prekoru, tj. da se učiniocu za to može prebaciti. Shodno tome, autor smatra da se krivica ne iscrpljuje u psihičkom odnosu učinioca prema delu, već u suštini predstavlja jednu normativnu ("*normativer*") pojavu tj. počiva na vrednosnom ("*wertender*") sudu.

Prema Franku postojanje prekora koji predstavlja suštinu krivice zavisi od tri preduslova, a to su: uračunljivost, umišljaj i nehat i "normalne prateće okolnosti" (*"normalen Beschaffenheit der Umstände"*).

Uračunljivost i postojanje umišljaja i nehata Frank ubraja u tzv. opšte osnove za izricanje prekora zbog preduzete protivpravne radnje koja sadrži obeležja bića nekog krivičnog dela. Međutim, da bi prekor koji je zasnovan na navedenim opštim pretpostavkama mogao biti upućen konkretnom učiniocu za konkretno delo, neophodno je da je on postupao/delovao u "normalnim pratećim okolnostima." Ovo nadalje znači da je moguće da u konkretnom slučaju postoje opšti uslovi za krivični prekor (uračunljivost i umišljaj) ali da se on zbog postojanja određenih okolnosti učiniocu ne može uputiti za dato delo, takva okolnost je prema autoru npr. stanje nužde. "Normalne prateće okolnosti" su zbog svoje prevashodno objektivne prirode kasnije pod uticajem kritike zamenjene subjektivnim elementom označenim kao "normalno motivisanje" ("*normale Motivierung*") odnosno "motivisajuće značenje" (*"motivierende Bedeutung"*), a što bi nadalje značilo da u konkretnom slučaju nisu postojale okolnosti koje bi onemogućile to da odgovarajuće pravne norme odvrate učinioca od izvršenja protivpravnog dela, odnosno da su ga postojeće okolnosti mogle motivisati na ponašanje koje bi bilo u skladu sa odgovarajućom normom, ali se on "oglušio" na njihovo delovanje. Suštinu ovako shvaćene krivice Frank je nazvao "prekorivost" (prekornost/prebacivost) ("*Vorwerfbarkeit*") i ovaj izraz je trebalo da označi da se zabranjeno ponašanje nekom može pripisati u krivicu samo ukoliko mu se na osnovu njega može uputiti prekor.[6]

Doprinos ovog autora ogleda se pre svega u tome što među prvima uočava osnovne slabosti psiholoških teorija i ukazuje na neophodnost sadržinskog obogaćenja krivice ističući da se ona ni u kom slučaju ne može iscrpeti samo u umišljaju i nehatu i da je očigledno da njena egzistencija zavisi i od nekih drugih momenata/elemenata, a što je u krajnjoj liniji za posledicu imalo unošenje normativnog elementa u pojam krivice.

Teorija o krivici kao "mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje" - Frankova teza o krivici kao prekoru dalje je razrađena od strane Goldšmita (*Goldschmidt*) i Frojdentala (*Freudenthal*).

Oba ova autora su u svojim radovima posebnu pažnju posvetila trećem elementu Frankovog pojma krivice, tj. pitanju da li je individualni učinilac u konkretnom slučaju, a s obzirom na okolnosti datog slučaja, u trenutku izvršenja krivičnog dela bio u stanju da se ponaša u skladu sa zahtevima pravnog poretka, ili

[6] Ibid., 195, Ibid., 856-857. i P. Novoselec, (1985), 127.

drugim rečima, da li se od njega u konkretnom slučaju moglo očekivati da se ponaša drugačije nego što se ponašao. Ako se od učinioca nije moglo očekivati drugačije ponašanje koje bi bilo u skladu sa zahtevima pravnog poretka, ne bi se moglo govoriti o njegovoj krivici.

Kako se navodi, povod za nastanak ovih teorija bili su neki slučajevi krajnje nužde kod kojih se u suštini nije moglo opravdati ni isključenje protivpravnosti, ali ni osuda učinioca (tzv. "slučaj neposlušnog konja" iz 1897. godine).[7] Naime, u datim situacijama nije bilo osnova za prekor učinioca, iako je u čisto psihološkom smislu krivica postojala. Otuda se kao novo obeležje krivice uvodi "mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje" (*"Zumutbarkeit Anderen Verhaltens"*) (kod nas od strane T. Živanovića prevedeno kao "pripismost," odnosno "pripisivost") i u tom smislu se smatra da krivica ne postoji ukoliko takve mogućnosti nije bilo. Pri tome, kako se ističe, ova mogućnost nije psihološke, već normativne prirode i u suštini predstavlja vrednosni sud o delu učinioca, tj. sud o nevrednosti dela kojim učinilac krši određenu normu.

Dakle, pristalice ovih teorija u pojam krivice unose novi, normativni element koji se sastoji u mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje. Shodno tome, učinilac se može prekoreti za svoje ponašanje samo ako se od njega moglo zahtevati drugačije ponašanje. Odnosno, nemogućnost da se zahteva drugačije ponašanje isključuje krivicu. Ovo shvatanje je najpre imalo uporište samo u odnosu na nehatna krivična dela, ali se kasnije proširilo i na umišljajna, a osim toge, uticalo je i na proširenje shvatanja pojma krajnje nužde.[8]

Nadalje, s obzirom na to na koji način je bio određen kriterijum mogućnosti da se zahteva drugačije ponašnje ova teorija ima dve varijante: a) individualizirajuću i b) generalizirajuću.

Individualizirajuća teorija - Glavni predstavnik individualizirajuće teorije je Frojdental koji Frankove "prateće okolnosti" označio kao "motivacione momente" ("*Motivationsdrucks*") od kojih zavisi da li se od učinioca moglo zahtevati ponašanje u skladu sa normama pravnog poretka i ukoliko su u konkretnom slučaju ove okolnosti bile takve da im se učinilac nije mogao odupreti (nije imao mogućnost), ne može mu se ni uputiti prekor za učinjeno delo, što znači da nema ni krivice. U skladu sa ovim shvatanjem, mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje postaje etički element krivice (tzv. etički utemeljena individualizirajuća teorija) jer se motivi koji su doveli do krivičnog dela prevashodno etički vrednuju i shodno tome se smatra da krivičnopravni prekor nije osnovan ukoliko je isključena mogućnost etičkog prekora.

---

[7] Učinilac je bio kočijaš kod privatnog preduzetnika i imao je konja za koga je znao da je sklon da u toku vožnje repom hvata uže, ali ga je svejedno jednog dana upregao jer se plašio da mu gazda ne otkaže ukoliko odbije vožnju. U toku vožnje desila se nezgoda i tom prilikom je jedna osoba zadobila teške telesne povrede. Kočijaš je bio oslobođen sa obrazloženjem da se od njega nije moglo zahtevati da odustane od date vožnje i da na taj način rizikuje da dobije otkaz na radnom mestu kočijaša. Cit. prema: P. Novoselec, (1985), 126.

[8] A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 197, C. Roxin, (2006), 860. i P. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004, 209.

No, moglo bi se reći da je osim prenaglašenog "etiziranja" nedostatak ovog shvatanja i u tome što se sud o krivici izvodi iz pukog fakticiteta tj. samo na temelju ispitivanja mogućnosti učinioca, uz neopravdano zanemarivanje dužnosti da se poštuje data norma.[9]

Generaliziraujuća teorija - Najznačajniji predstavnik generalizirajuće teorije je bio Goldšmit koji je opravdano insistirao na unošenju vrednosnih sudova u pojam krivice i u tom smislu pošao od razlikovanja krivičnopravne norme na "obavezujuću/dužnosnu normu" i "opravdavajuću normu" (*"Pflichtnorm und Rechtsnorm*"). Prema ovom autoru, predmet obavezujuće/dužnosne norme je spoljno ponašanje i ona je kao takva obavezna za svakoga i značajna za protivpravnost, a funkcija opravdavajuće norme je ta da utvrđuje uticaj norme na predstave i motive pojedinca i stoga je značajna za krivicu. Shodno datom, obavezjuća/dužnosna norma je ta koja uspostavlja dužnost da se poštuje pravna norma, no ta dužnost neće postojati ako u konkretnom slučaju prevazilazi psihofizičke mogućnosti ljudi. Otuda, ukoliko se od nekog u konkretnom slučaju ne može zahtevati drugačije ponašanje, pri čemu se kao relevantne ne uzimaju individualne psihofizičke mogućnosti pojedinca, već mogućnost opravdavajuće norme da deluje na motivacioni proces "prosečnog građanina" ("*Durchschnittsmenschen*"), onda mu se ni ne može uputiti prekor, te krivica ne postoji.[10]

Osnovna zamerka ovom shvatanju je što se kriterijum prosečnog građanina u svojoj osnovi povezuje sa determinizmom, a razlika između motivacije konkretnog učinioca i motivacije prosečnog građanina svodi na razliku njihovih karaktera. Shodno tome smatra se da je stav učinioca prema društvenim vrednostima, koji je došao do izražaja u vršenju krivičnog dela, pre svega izraz njegove deformisane ličnosti, njegovog asocijalnog karaktera.[11]

---

[9]Kao ilustraciju svojih shvatanja, autor navodi tri slučaja iz sudske prakse u kojima je prema njegovom mišljenju učinioce trebalo osloboditi zbog nemogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje. a) U jednom rudarskom mestu babica je potvrdama o rođenju u više navrata navodila da su deca rođena u ponedeljak, umesto u nedelju, razlog tome je bilo insistiranje očeva rudara koji su dobijali slobodan dan jedino ako je dete bilo rođeno radnim danom. b) Trgovački putnik je morao po nalogu svoje firme, da bi ostavio dobar utisak na potencijalne kupce, da odseda u skupim hotelima i da nosi luksuzna odela. Pošto su mu plata i dnevenice bili nedovoljni za sve to, on je da bi ispunio postavljene zahteve koristio novac firme. c) Jedna Sicilijanka koja je živela u SAD je izbola nožem ujaka i ujnu jer je ujna njenom mužu, koji ju je zbog toga i napustio, saopštila kako je ona pre braka imala nedozovoljene odnose sa svojim ujakom. P. Novoselec, (1985), 129.

[10]A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 195, C. Roxin, (2006), 857. i 861. i P. Novoselec, (1985), 130.

[11]Interesantno je napomenuti da je generalizirajuća teorija o mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje preko kriterijuma prosečnog građanina kao merila krivice imala značajan uticaj na nemačku doktrinu tridesetih godina 20. veka, mada je već i tada trpela i ozbiljne kritike. Nakon toga, ova teorija ponovo dobija na značaju po okončanju Drugog svetskog rata i to povodom suđenja lekarima koji su po Hitlerovoj naredbi ubijali duševne bolesnike da bi na taj način "spasli" preostale građane. Inače, pojam mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje prihvata se i u savremenoj nemačkoj doktrini samo na jedan novi, drugačiji način. Naime, mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje nije više normativni element krivice, odnosno razlog njenog isključenja, ali je praktično značenje ove mogućnosti i dalje veliki u slučaju tzv. izvinjavajući razloga ("Entschuldingsgründe") u koje prema nemačkom zakonodavstvu spadaju: izvinjavajuća krajnja nužda, prekoračenje granice nužne odbrane izazvano

Velclova finalna teorija radnje - Šire posmatrano, može se reći da je novi pojam radnje u naučnom sistemu krivičnog prava bio kreiran pod uticajem društveno-ekonomskih, ideoloških i kriminalno-političkih prilika koje su vladale u Nemačkoj početkom tridesetih godina 20. veka.

Naime, u to vreme je razvoj nauke krivičnog prava išao u pravcu uvažavanja subjektivnih momenata u do tada pretežno objektivno orjentisanoj dogmatici krivičnog prava. Međutim, realizacija tog razvojnog pravca poprimila je u konkretnim prilikama i veoma reakcionarne vidove u tom smislu što se u nemačkoj teoriji krivičnog prava, a pod uticajem društveno-ekonomskih i političkih prilika, u kontekstu datog sve izrazitijeg pomeranja težišta od objektivnog ka subjektivnom, sadržinski menja i sam pojam protivpravnosti tako da se ona sve manje shvata kao povreda ili ugrožavanje zaštićenog dobra, a sve više kao sud o moralnoj i etičkoj nevrednosti učinioćevog ličnog stava i političkog uverenja. Tako je suština protivpravnosti vezivana za različite subjektivne momente što je dovelo do "etiziranja" krivičnog prava i formiralo teorijski osnov koji je trebalo da omogući da se krivičnopravna sankcija prvenstveno "veže" za učinioćevo uverenje, njegov politički i moralni stav. Sam ideološki osnov datih shvatanja predstavljale su ideje neokantovske jugozapadne nemačke filozofske škole koje su svojim "spekulacijama" ("metoda vrednovanja") krivično pravo naprosto udaljile od stvarnog života, umesto da ga sasvim suprotno, uvažavanjem subjektivnih momenata približe životnoj stvarnosti.

U tom kontekstu, oslanjajući se na fenomenološku filozofiju Hartmana (*Hartmann*) i njegovu ontologiju Velcl kritikujući kako naturalizam i mehanički materijalizam tako u izvesnoj meri i neokantovsku filozofiju vrednosti prožetu subjektivnim idealizmom, a u osnovi zastupajući radikalni subjektivizam, u svojim teorijskim razmatranjima daje jedan novi pojam radnje u kojem je objektivni momenat potpuno zanemaren na račun subjektivnog.[12]

---

asteničkim afektima, određeni slučajevi postupanja po naređenju i određeni slučajevi sukoba dužnosti. Kako se navodi, kod izvinjavajućih razloga se u osnovi polazi od evaluiranja kvantiteta ostavrenog neprava i krivice, pa će stoga kod krajnje nužde biti umanjeno "lično nepravo radnje" s obzirom na opravdani cilj, otklanjanje opasnosti zbog koga je radnja bila preduzeta, takođe zbog vrednosti pravnog dobra koje se štiti sniženo je i "nepravo posledice," dok niži stepen krivice proizilazi iz činjenice da se učinilac nalazio u nesvakidašnjem položaju, koji je po svojoj prirodi takav da u potpunosti ne isključuje mogućnost postupanja koje bi bilo u skladu sa pravom, ali ga znatano otežava. Shodno tome da su nepravo i krivica na dati način umanjeni, iako ne i isključeni, smatra se da sa aspekata pravnog poretka nije opravdano učiniocu uputiti socijalno-etički prekor. Jednom rečju, za razliku od osnova koji isključuju krivicu kao element opšteg pojma krivičnog dela (neuračunljivost i neotklonjiva zabluda o protivpravnosti) kod izvinjavajućih razloga ona nije isključena, ali se shodno okolnostima konkretnog slučaja ipak odustaje od prekora (iako bi praktično manji stepen prekora još uvek bio moguć). A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 671-674. i P. Novoselec, (1985), 133. Suprotno rečenom, Roksin smatra da opravdavajuća krajnja nužda ne isključuje krivicu u navedenom smislu, nego kaznenu odgovornost u širem smislu i to zbog izostanka neophodnosti preventivnog kažnjavanja. C. Roxin, (2006), 877-878.

[12] C. Roxin, (2006), 203-204.

Polazna tačka u učenju o finalnoj radnji jeste da je ljudska radnja svrsishodni akt, odnosno da je finalnost bitna ontološka odlika radnje, a time i ljudske delatnosti uopšte, i da se po ovome ona razlikuje od kauzalnog zbivanja. Shodno tome, ljudska radnja ne može postojati ako nije ciljna jer ona predstavlja akt kome je ciljna usmerenost imanentna. Drugim rečima, ako ljudska radnja nije usmerena ka određenom cilju, onda ona prestaje da bude "radnja" i uključuje se u slepi kauzalni tok zbivanja.[13]

Iz ovoga proizlazi i osnovna postavka teorije o finalnoj radnji, a to je da je usmerenost na cilj, finalnost, identična sa umišljajem tj. da je radnja ciljno sprovođenje umišljaja. Dakle, umišljaj je nerazdvojni element radnje, što znači da je on istovremeno i osnovni subjektivni element umišljajnog bića krivičnog dela kao i važna indicija protivpravnosti svakog umišljajnog dela.

U tom smislu Velcl nadalje samu protivpravnost određuje kao jedan vrednosni sud, i to negativni vrednosni sud o odnosu radnje prema normi. Pri čemu se smatra da ovaj vrednosni sud može biti objektivan samo kao opšte merilo, a predmet tog suda jeste krivično delo koje predstavlja jedinstvo objektivnih i subjektivnih elemenata. Shodno tome, polazi se od mišljenja da je za postojanje krivičnog dela od primarnog značaja da se utvrdi nevrednost radnje s obzirom na moralni stav učinioca. Drugim rečima, nije bitan ostvareni rezultat neke radnje već su bitne trajne unutrašnje tendencije koje determinišu ponašanje učinioca.

Kao što se može videti, usvajanje subjektivnog pojma radnje za posledicu ima i suštinski drugačije shvatanje protivpravnosti tako da prilikom njene ocene odlučujući značaj ima subjektivni, socijalno-etički momenat koji je izražen u finalnom svojstvu radnje, u njenoj svrsishodnoj usmerenosti. Ovakvim pristupom Velcl elemente protivpravnosti nalazi pretežno u ličnosti učinioca, u nevrednom usmeravanju radnje, odnosno egzistenciju protivpravnosti nekog ponašanja primarno vezuje za subjektivne momente, što u krajnjoj liniji za posledicu ima to da za ovog autora krivično delo u prvom redu predstavlja povredu dužnosti, a tek uzgredno i povredu zaštićenog dobra.

Finalna teorija radnje imala je neposredni značaj i za pojam krivice jer, kao što je navedeno, time što je umišljaj kao integralni deo radnje i kao subjektivni element bića krivičnog dela postao konstitutivan za krivičnopravni značaj nekog ponašanja on je potpuno izuzet iz krivice. Tako, umišljaj kao objekt suda o nevrednosti nije više i element tog suda, odnosno krivice. Shodno tome, "izgubivši" umišljaj krivica je postala potpuno normativan pojam. Ona je otuda čist sud o nevrednosti dela, odnosno prekor upućen uračunljivom učiniocu što svoju odluku nije doneo u skladu sa moralno-etičkim vrednostima, iako je to mogao da učini. Ukratko, u datom kontekstu krivica zavisi od odgovora na pitanje da li je učinilac mogao i drugačije da postupi nego što je postupio u konkretnom slučaju.

Egzistencijalnim pretpostavkama krivice Velcl smatra slobodu volje i uračunljivost. Od egzistencijalnih pretpostavki krivice razlikuju se konstitutivni elementi krivice u odnosu na konkretno krivično delo u koje spadaju intelektualni i voluntativni element krivičnog prekora, odnosno "prekorivosti." Intelektualni element

[13] H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Berlin, 1969, 33.

krivičnog prekora sastojao bi se u tome da je učinilac znao i mogao znati bitna obeležja bića krivičnog dela sadržanog u njegovom ponašanju i da je znao i mogao znati da je njegovo delo protivpravno, pri čemu znanje bitnih obeležja bića krivičnog dela ima dvostruku funkciju, predstavlja konstitutivni element umišljaja i istovremeno konstitutivni element krivičnog prekora. Voluntativni element krivičnog prekora pak, svodio bi se na pitanje da li se u konkretnoj situaciji od određenog učinioca moglo očekivati da postupa u skladu sa zahtevima pravnog reda.[14]

Nedostaci finalne teorije radnje jasno su bili uočljivi pre svega kod nehatnih krivičnih dela kao i kod krivičnih dela nečinjenja. Osim toga, ovako ekstremno proširivanje pojma radnje za posledicu je imalo to da se u okvirima čisto normativnih teorija krivice pojam krivice krajnje sužava jer se ona odvaja od umišljaja i nehata i svodi samo na ocenu i zaključak o nevrednosti dela kao čisto objektivan sud, nezavistan od psihičkog odnosa učinioca prema delu. Zbog toga je i finalna teorija radnje pretrpela kritike i bila napuštena i u pretežnom delu nemačke doktrine zamenjena socijalnom teorijom radnje. No, u celini posmatrano (uz zanemarivanje ideološke strane) ovo učenje je ipak dalo doprinos progresivnom razvoju krivičnopravne nauke, a u tom smislu i nastanku i razvoju normativnih teorija krivice.[15]

Kao što je napred navedeno, normativne teorije krivice su pre svega nastale na spoznaji da se nehat ne može objasniti ukoliko se ostane u sferi čistog psihologizma jer se on shodno svojoj prirodi ne može svesti na puki psihički odnos. Došlo se do zaključka da je za krivicu potrebno još nešto osim umišljaja i nehata, koji su na taj način prvo "degradirani" na rang elemenata krivice, a potom prebačeni u nepravo. Krivica je tako "izgubila" vezu sa umišljajem i nehatom i bila je svedena samo na prekor, koji je bio kvalitativno jednak i kod umišljaja i nehata ("teorija jedinstvene krivice"). Ovaj nedostatak je na izvestan način otklonjen u "teoriji o dvostrukoj ulozi/funkciji umišljaja," prema kojoj umišljaj ima dve uloge, prva, da u okviru neprava pokazuje smisao radnje, i druga, da u okviru krivice pokazuje nevrednost dela. Datim rešenjem normativne teorije krivice su ipak posredno "priznale" da stepen krivice ne može biti jednak kod umišljaja i nehata.

Razvoj normativnih teorija krivice karakteriše to što se u pojam krivice umesto elementa koji se označavao kao "mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje" kao suštinski, ključni element, njeno centralno obeležje unosi svest o protivpravnosti.

Prema normativnim teorijama krivice, krivica se utvrđuje tako što se ocenjuje/vrednuje/valorizuje/evaluira odnos učinioca prema određenim normama i na osnovu toga donosi zaključak o opravdanosti prekora koji mu se upućuje. Jednostavno rečeno, krivica je objektivni vrednosni sud (negativna ocena) koji je

[14] Ibid., 139-141.
[15] M. Singer, (1963), 116-155.

zasnovan na kriterijumu svesti o protivpravnosti, tj. razlog prekora je odgovarajuća svest o protivpravnosti.[16]

Sve navedeno, rezultiralo je i stavom da je moguće da učinilac u konkretnom slučaju bude uračunljiv i da ima odgovarajući psihički odnos prema delu, umišljaj, ali da krivica (koja je izvan umišljaja i nehata) ne postoji jer, s obzirom na nepostojanje svesti o protivpravnosti, učiniocu nije opravdano upututi prekor. Drugim rečima, posledica ovog shvatanja je to da pravna zabluda pod određenim uslovima (neotklonjiva) može da isključi krivicu.

Ako sada dalje posmatramo genezu teorija krivice možemo videti da je suštinski nedostatak normativnih teorija krivice koji se sastoji u tome što na artificijelan način odvajaju sud o krivici od njenog psihološkog supstrata usmerio dalji razvoj teorija krivice u pravcu nastanka (umerenih) mešovitih, psihološko-normativnih teorija,[17] čiji je najznačajniji predstavnik Mazger (*Mazger*), koje polaze od kompleksnog pojma krivice i određuju je kao unutrašnji odnos učinioca prema delu zbog kojeg mu se može uputiti prekor.

Te teorije svoje uporište imaju u stavu da se ne može doći do ispravnog i potpunog suda o krivici ukoliko se ne procenjuje i subjektivni, psihološki sadržaj koji postoji kod učinioca u odnosu na delo koje je učinio. Stoga se uvek polazi od psihološkog sadržaja koji se dopunjava normativnim elementima i u tom smislu krivica je jedinstvo realnog, materijalnog, subjektivnog, psihološkog supstrata i objektivnog, vrednosnog, pravnog suda o njemu, koji ima svoju socijalno-etičku dimenziju i čija je sadržina određena dominantnim društvenim moralom. Jednom rečju, krivica je jedinstvo ontološkog i normativnog.

Prema ovim teorijama, krivica je viši rodni pojam, složena kategorija koja obuhvata sledeće elemente: uračunljivost, umišljaj i nehat i svest o protivpravnosti.

Uračunljivost je neophodna pretpostavka ili obavezan elemenat krivice i predstavlja sposobnost učinioca za krivicu koja podrazumeva ispravnost njegovog psihičkog aparata. Uračunljivost podrazumeva postojanje sposobnosti rasuđivanja i sposobnosti odlučivanja. Po pravilu, polazi se od pretpostavke uračunljivosti i ona se u konkretnom slučaju utvrđuje samo onda kada se pojavi sumnja da je reč o neuračunljivom učiniocu, što znači da se tada ne utvrđuje uračunljivost, već neuračunljivost.

Prema psihološko-normativnim teorijama krivice umišljaj i nehat su istovremeno i elementi i oblici krivice. Elementi zato što ne sadrže čitavu krivicu, kao u okviru psiholoških teorija, već moraju biti i vrednovani. Pri tome, oni su elementi od posebnog značaja i to iz dva razloga, prvog, jer daju suštinski pečat krivici i drugog, jer se ostali elementi (uračunljivost i svest o protivpravnosti) pretpostavljaju,

[16] Normativna teorija krivice prihvaćena je danas u Nemačkoj i Italiji. Vidi: A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 197-198, F. Antolisei, Manuele di diritto penale, Parte generale, Milano, 2003, 366-368, C. Fiore, Diritto penale, Parte generale, Torino 1995, 362-368. i A. Manna, Corso di diritto penale, Parte generale, I, Verona, 2007, 287-294. Uporedi: C. Roxin, (2006), 860-874.

[17] V. Kambovski mešovite teorije označava kao "normativno-psihološke". V. Kambovski, Kazneno pravo, opšt del, Skopje, 2004, 539.

pa je praktično u najvećem broju slučajeva utvrđivanjem umišljaja i nehata, rešeno i pitanje krivice. Istovremeno, umišljaj i nehat i su i dva pojavna oblika krivice, odnosno dva različita stepena krivice jer u osnovi umišljaj znači svesno kršenje društvenih normi i otvoreno suprotstavljanje temeljnim društvenim vrednostima, a nehat samo ravnodušnost prema njima. Shodno tome, krivično pravo uzima u obzir odgovarajuće socijalno-etičko vrednovanje i pravno ga artikuliše na taj način što se umišljajnom i nehatnom učiniocu upućuje prekor različite težine. Međutim, ovde treba imati u vidu i to da osim toga što umišljaj i nehat čine sadržinu same krivice, njihovi određeni segmenti pojavljuju se već na nivou predviđenosti u zakonu, tj. obuhvaćeni su bićem krivičnog dela. Dakle, u tom smislu oni su oblik ponašanja koje je predviđeno kao krivično delo i oblik krivice (teorija o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata).

Najzad, treći konstitutivni element krivice javlja se i svest o protivpravnosti, a uvažavanje svesti o protivpravnosti kao elementa krivice znači napuštanje načela *error iuris nocet* ili *nemo censetur ignorare legem* i shvatanja da je pravna zabluda irelevantna za postojanje krivice, odnosno samog krivičnog dela.

III

Prema odredbi člana 11. stav 1. Krivičnog zakonika Republike Makedonije krivično je odgovoran učinilac[18] koji je u vreme kada je učinio krivično delo bio uračunljiv i koji je postupao sa umišljajem ili nehatom, a bio je svestan ili je bio dužan i mogao biti svestan da je njegovo delo zabranjeno.

Shodno navedenom, u skladu sa prihvaćenom mešovitom psihološko-normativnom teorijom krivice, strukturu krivice čine tri komponente/elemanta i to: a) uračunljivost, b) umišljaj i nehat i c) svest (ili dužnost i mogućnost te svesti) o protivpravnosti.

U odnosu na svest o protivpravnosti kao element krivice najpre zapažamo da je svest o protivpravnosti samostalni element krivice i da može biti aktuelna i potencijalna.

Svest o protivpravnosti je samostalni element krivice koji se pretpostavlja i čije se postojanje ne mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju, te se polazi od oborive pretpostavke da ona postoji. Drugim rečima, polazi se od pretpostavke da je svaki prosečan, normalan čovek svestan dozvoljenosti, odnosno zabranjenosti sopstvenog ponašanja.

Svest o protivpravnosti je samostalna komponenta krivice i njeno postojanje ili odsustvo nema nikakvog značaja za postojanje umišljaja ili nehata. Naime, svest o

[18] Kako navodi V. Kambovski, "pojam krivična odgovornost je identičan sa pojmom vinosti (krivice)". Ibid., 523. Nije, pri tome, suvišno napomenuti da je u kontekstu pozitivnog zakonskog rešenja pojam vinosti po svojoj prirodi sadržinski bogatiji od pojma vinosti koji se ranije koristio i koji se zasnivao na psihološkim teorijama krivice, jer sada vinost (krivica) pored psihičkog odnosa učinioca prema delu obuhvata i odgovarajući socijalno-etički prekor.

protivpravnosti je znanje učinioca da se sa svojom radnjom sukobljava sa pravom, da čini nešto zabranjeno i razlikuje se od intelektualnog elementa umišljaja koji se sastoji u svesti o bitnim obeležjima bića krivičnog dela. Stoga se prvo utvrđuje da li je učinilac postupao sa umišljajem, a nakon toga i da li je postojala svest o protivpravnosti.

Svest o protivpravnosti može biti aktuelna ili potencijalna, odnosno ona ne mora uvek da postoji - dovoljno je da je postojala dužnost i mogućnost da se takva svest ima.

Navedena shvatanja da je svest o protivpravnosti samostalni element krivice i da je za postojanje krivice dovoljna i potencijalna svest o protivpravnosti posledica su usvajanja tz. "teorije krivice."

Naime, u krivičnopravnoj doktrini ne postoji jedinstven stav po pitanju mesta svesti o protivpravnosti u okviru krivice i tu se u osnovi razlikuju dva gledišta, jedno, prema kome je svest o protivpravnosti deo umišljaja i drugo, prema kome je ona samostalni element krivice. S tim u vezi je i pitanje da li je za postojanje krivice neophodna aktuelna svest o protivpravnosti ili je dovoljna potencijalna svest o protivpravnosti. S obzirom na način rešavanja datih pitanja izdvojile su se četiri teorije: a) stroga teorija umišljaja, b) ograničena teorija umišljaja, v) stroga teorija krivice i g) ograničena teorija krivice.

Pristalice stroge teorije umišljaja smatraju da umišljaj ne obuhvata samo svest o pojedinim obeležjima bića krivičnog dela već i svest o protivpravnosti. Osnovna ideja ove teorije je da svest o obeležjima bića krivičnog dela dobija smisao tek ako se poveže sa svešću o protivpravnosti. To znači da svest o protivpravnosti mora biti aktuelna, što ovu teoriju čvrsto vezuje za psihologizam jer se i svest o protivpravnosti tretira isključivo kao čist psihički proces bez normativnih elemenata. Shodno tome, osnovna slabost ovog shvatanja je što zanemaruje normativnost svesti o protivpravnosti i sam princip krivice definiše preusko jer nedovoljno naglašava značaj dužnosti svakog člana društva da prema svojim mogućnostima ispita ispravnost svojih postupaka. Osim toga, ova teorija ima slabosti i na planu dogmatike jer sa jedne strane, uvodi tzv. "pravni nehat", dok sa druge strane dolazi do neosnovanog cepanja umišljaja na dve vrste: redovni oblik umišljaja, koji je uključen u svest o protivpravnosti i "prirodni umišljaj" koji se iscrpljuje u svesti o zakonskim obeležjima krivičnog dela.[19]

Slabosti stroge teorije umišljaja pokušao da prevaziđe Mazger koji je zastupao ograničenu teoriju umišljaja i u tom smislu je odstupio od načela da svest o protivpravnosti uvek mora biti aktuelna i stao na stanovište da je dovoljna i potencijalna svest o protivpravnosti, čime se u stvari u velikoj meri približio samoj teoriji krivice. Naime, ovaj autor je uvideo neodrživost konstrukcije pravnog nehata i smatrao da će se u ovim slučajevima neosnovano pozivanje učinilaca na pravnu zabludu izbeći ako se teorija umišljaja ograniči u tom smislu da se pravnoj zabludi ne prizna dejstvo u slučajevima kada ona počiva na tzv. "pravnom slepilu", koje je kasnije zamenjeno pojmom "neprijateljskog stava prema pravu". Odstupanje od stroge

[19] P. Novoselec, (1985), 171-172.

teorije umišljaja autor je objašnjavao time da ova teorija vredi samo u meri u kojoj ne protivureči opštem pravnom principu prema kome se pravna zabluda u određenim slučajevima izjednačava sa svesnom pobunom protiv prava što nadalje znači da u takvim slučajevima učinilac treba da bude kažnjen kao da je umišljajno postupao.[20]

Prema strogoj teoriji krivice svest o protivpravnosti ili mogućnost svesti o protivpravnosti predstavlja samostalni element krivice koji je nezavistan od umišljaja. Za razliku od teorije umišljaja teorija krivice se zadovoljava i potencijalnom svešću o protivpravnosti. Prema ovom shvatanju krivica je isključena samo ako pravna zabluda nije skrivljena, a to će biti samo onda kada je neotklonjiva. Ako je pak, pravna zabluda bila otklonjiva, to nema nikakvog dejstva na postojanje umišljaja. Međutim, pošto se i u tom slučaju stepen krivice u suštini "smanjuje" učiniocu se kazna može ublažiti. Inače, teorija krivice vezana je za napred objašnjenu Velcelovu finalnu teoriju radnje i nastala je kao nužna konsekvenca izjednačavanja finalnosti i umišljaja. Naime, ako se pođe od toga da je umišljaj u suštini način upravljanja kauzalnim tokom i da shodno tome spada u nepravo, onda je sasvim logično i to da svest o protivpravnosti nema na njega nikakav uticaj jer umišljaj pripada sferi ontološkog, a svest o protipravnosti sferi normativnog. Zasluga ove teorije je pre svega u tome što je afirmisala potencijalnu svest o protivpravnosti kao dovoljnu za upućivanje prekora.[21]

Predstavnici ograničene teorije krivice slažu se sa predstavnicima stroge teorije krivice da je svest o protivpravnosti element krivice, a ne umišljaja. No, od njih se razlikuju po tome što zabludu o osnovima koji isključuju protivpravnost ne tretiraju kao pravnu zabludu i smatraju da ona isključuje umišljaj ukoliko se u konkretnom slučaju nije mogla izbeći, odnosno ukoliko se mogla izbeći postoji odgovornost za nehat ako se redi o krivičnom delu kod koga je nehat kažnjiv. Međutim, prilikom argumentovanja datog stava nastaju značajne poteškoće koje proizilaze iz toga što kod zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost ostaje sačuvana svest o obeležjima bića krivičnog dela kao i volja da se to biće ostvari, te shodno tome ostaje otvoreno pitanje zašto je umišljaj isključen.

S tim u vezi izdvojila su se tri stava: teorija o negativnim obeležjima bića krivičnog dela, teorija o analogiji između zablude o biću dela i zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost i teorija o izjednačavanju zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost i zablude o biću krivičnog dela samo u odnosu na sankciju. Teorija o negativnim obeležijima bića krivičnog dela polazi od toga da su okolnosti koje isključuju protivpravnost kao negativno obeležje sastavni deo bića krivičnog dela. Umišljaj se stoga mora odnositi na takvo prošireno biće krivičnog dela i osim svesti o biću krivičnog dela mora sadržati i svest o nepostojanju osnova koji isključuju protivpravnost. Otuda, prema ovom shvatanju zabluda o osnovima koji isključuju protivpravnost jeste jedna vrsta zablude o biću krivičnog dela. Osnovni nedostatak ove teorije u tome što je ona suštinski nerealna jer je umišljaj shvaćen na

[20] Ibid., 176-177.
[21] Ibid., 178-179.

dati način praktično nemoguć pošto u praksi učinioci krivičnih dela po pravilu nikad ne razmišljaju o odsustvu osnova koji isključuju protivpravnost. Teorija o analogiji između zablude o biću krivičnog dela i zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost polazi od strukturnih sličnosti ovih zabluda koje proizilaze iz toga što se obe odnose na deskriptivna i normativna obeležja nekog pravnog pravila, pri čemu se zabluda o biću krivičnog dela odnosi na obeležja bića, a zabluda o osnovima koji isključuju protivpravnost na obeležja osnova isključenja protivpravnosti i zbog toga se obe zablude u jednakoj meri razlikuju od pravne zablude kod koje postoji ispravno shvatanje svih pomenutih obeležja, samo je vrednosni sud o njima pogrešan. Zbog navedene sličnosti, smatra se nadalje, da je opravdano da zabluda o obeležjima bića krivičnog dela i zabluda o osnovima koje isključuju protivpravnost imaju isto krivičnopravno dejstvo te da je i kod jedne kao i kod druge zablude isključen umišljaj, kao i protivpravnost. Osnovni prigovor koji se upućuje ovoj teoriji jeste taj da se u krajnjoj liniji svodi na teoriju o negativnim obeležijima krivičnog dela jer u suštini nema argumente da opravda analogiju na kojoj cela konstrukcija počiva. Nedostaci teorije o analogiji doveli su do nastanka teorije prema kojoj je zabluda o osnovima koje isključuju protivpravnost izjednačena sa zabludom o biću krivičnog dela samo u pogledu sankcije. Ova teorija polazi od teorije o dvostrukoj ulozi/funkciji umišljaja te se uzima da je u slučaju zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost postoji umišljaj kao element protivpravnosti, ali da je isključena umišljajna krivica i da u obzir dolazi jedino odgovornost za nehat. Naime, učinilac je u tom slučaju sa umišljajem ostvario biće krivičnog dela, ali je pogrešno smatrao da postoje okolnosti, koje bi da su zaista postojale opravdavale njegovu radnju i ukoliko je tu zabludu mogao da izbegne učiniocu se, uzevši u celini, može uputiti prekor samo zbog nehata. Drugim rečima, umišljaj u odnosu na obeležja bića krivičnog dela i nehat u odnosu na okolnosti koje isključuju protivpravnost opravdavaju u totalitetu samo nehat. Čini se da je jasna protivrečnost u koju zapada ova teorija time što se smatra da umišljajne krivice nema u slučaju kada je biće krivičnog dela ostvareno sa umišljajem.[22]

Po pitanju šta čini sadržaj/predmet svesti o protivpravnosti, ili drugim rečima kada svest o protivpravnosti postoji, odnosno koje su to okolnosti koje učinilac mora znati da bi bio svestan protivpravnosti, treba reći da shodno zakonskoj odredbi ona postoji kada je učinilac bio svestan da je njegovo delo "zabranjeno".

Prema mišljenju V. Kambovskog svest o protivpravnosti, za šta je sinonim svest o zabranjenosti, podrazumeva da učinilac treba da bude svestan negativnog socijalnog značaja svoga dela, što bi značilo da se za postojanje svesti o protivpravnosti ne traži svest o formalnoj protivpravnosti, odnosno svest o tome da je dato ponašanje pravno zabranjeno, već svest o materijalnoj protivpravnosti datog ponašanja. Drugim rečima, učinilac treba da bude svestan društveno opasnog značaja svoga dela, odnosno treba da ima svest o tome da se svojim ponašanjem suprotstavlja društvenim normama koje su neophodne za socijalni život. Shodno tome, postojanje svesti o protivpravnosti ne znači da se zahteva da učinilac poznaje pravnu normu u njenom konkretnom obliku,

[22] Ibid., 180-186.

ali isto tako za postojanje svesti o protivpravnosti nije dovoljna ni samo svest o nemoralnosti datog ponašanja.[23]

Kada je reč o prirodi/suštini svesti o protivpravnosti čini se da V. Kambovski tu nema jasno definisan stav jer svest o protivpravnosti najpre određuje kao komponentu psihološkog supstrata krivice, koji, prema ovom autoru, čine: uračunljivost, umišljaj i nehat i svest o protivpravnosti,[24] a potom, ilustrujući primenu mešovite psihološko-normativne koncepcije krivice u zakonskom pojmu vinosti (krivice) koji je dat u članu 11. KZM, autor zaključuje da uračunljivost, umišljaj i nehat predstavljaju psihološke elemente ovog pojma, a svest o protivpravnosti njegov normativni element.[25]

No, ako pođemo od okolnosti da svest o protivpravnosti podrazumeva i aktuelnu i potencijalnu svest o protivpravnosti, moglo bi se najpre zaključiti da je to psihološko-normativna kategorija. Naime, u slučaju aktuelne svesti o protivpravnosti dominantna je svest učinioca kao psihička činjenica, dok kod potencijalne svesti o protivpravnosti dolazi do izražaja njen normativni karakter jer je učinilac bio dužan i mogao, a nije udovoljio datom zahtevu.

Međutim, smatramo da data konstatacija nikako ne može da bude definitivni odgovor na pitanje kakva je priroda svesti o protivpravnosti jer se do njega može doći samo posredno, tj. preko odgovora na još jedno pitanje, a to je, šta kod svesti o protivpravnosti ima veći značaj za opravdanje prekora koji se upućuje učiniocu - da li je to svest ili dužnost i mogućnost?

U vezi sa datim pitanjem moguća su dva odgovora.

Prvi, prema kome je svest o protivpravnosti primarno normativna kategorija jer je svest kao psihički proces po svojoj prirodi vrednosno neutralna i etički bezbojna i u tom smislu u kontekstu svesti o protivpravnosti po svom značaju ne prevazilazi sopstveni puki fakticitet. Sa druge strane, protivpravnost kao vrednosna kategorija uvek pretpostavlja određeni zahtev koji je stavljen pred učinioca, odnosno normu koja mu nalaže određeno ponašanje, i ako se on nije ponašao na dati način, a bio je dužan i mogao, sledi zaključak da nije udovoljio svojoj dužnosti, tj. da se odlučio za nepravo iako se mogao odlučiti za pravo, što upravo govori o njegovom negativnom stavu prema pravnom poretku. Drugim rečima, kod svesti o protivpravnosti psihički fakticitet se u osnovi integriše sa dužnošću i mogućnošću, koje nisu empirijske činjenice već pripadaju sferi vrednovanja, i tom prilikom svest o protivpravnosti zapravo gubi ontološki karakter, ali zadržava svoju ontološku suštinu, da bi vrednosna, normativna, aksiološka komponenta bila ta koja primarno definiše ovo neraskidivo psihološko-normativno jedinstvo.[26]

---

[23] V. Kambovski, "Normativna koncepcija za vinata", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu i zbornik radova Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju posvećen prof. dr F. Bačiću, Zagreb/Skoplje, 2007, 165. Uporedi: N. Delić, "Svest o protivpravnosti kao samostalna komponenta krivice", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2008/2, 161-179.

[24] V. Kambovski, (2004), 538.

[25] Ibid., 540.

[26] U tom smislu vidi: P. Novoselec, (1985), 195.

I drugi mogući odgovor, prema kome je svest o protivpravnosti primarno psihološka kategorija, pri čemu njegovo objašnjenje zahteva da se ovo pitanje posmatra u širem kontekstu.[27]

Naime, ako se još jednom podsetimo geneze teorija krivice, vidimo da su prvo nastale psihološke teorije prema kojima krivica ima čist psihološki supstrat definisan preko svesti i volje učinioca, a potom normativne teorije prema kojima se normativni supstrat krivice ogleda u prekoru zasnovanom na svesti o protivpravnosti. Date teorije su se potom, integrisale u vidu mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice koje u suštini povezuju psihološki supstrat i sud o nevrednosti dela, prekor. Shodno tome, uslovno rečeno, na jednoj, psihološkoj "strani" krivice, kao složene/kompleksne kategorije, nalaze se uračunljivost, umišljaj i nehat, a na drugoj, normativnoj "strani" je sud o nevrednosti dela. Međutim sud o nevrednosti dela po prirodi stvari uvek nosi, podrazumeva i svoj osnov, pretpostavku, a to je svest o protivpravnosti. Dakle, na normativnoj strani ovog kompleksnog pojma krivice, osim suda o nevrednosti dela, nalazi se i svest o protivpravnosti. Pri tome, ako bi se u okviru kompleksnog pojma krivice svest o protivpravnosti posmatrala kao primarno psihološka kategorija, kao segment materijalnog supstrata krivice, to bi praktično značilo modifikovanje izvornog psihološko-normativnog shvatanja pojma krivice, jer se svest o protivpravnosti, prema ovom gledištu, iz normativnog prebacuje u psihološki supstrat. Pri tome, nije suvišno naglasiti da ovakav način pristupa problemu nikako ne znači davanje prednosti psihološkim teorijama krivice, na račun normativnih teorija, već, sasvim opravdano, kvalitativno obogaćenje psihološkog supstrata na osnovu čega se prekor upućuje. Istina, na ovaj način, prekor, kao normativna kategorija, gubi svoju neposrednu/izvornu normativnu pretpostavku, ali istovremeno, što je daleko značajnije, dobija "novu" psihološku, kvalitativno složeniju pretpostavku.

Prema tome, stojimo na stanovištu da tretiranje svesti o protivpravnosti kao normativne kategorije u suštini predstavlja "samo" izvornu primenu psihološko-normativne teorije krivice, odnosno puko spajanje psiholoških i normativnih teorija krivice, dok stav, kome ovde dajemo prednost, prema kome je svest o protivpravnosti primarno psihološka kategorija, podrazumeva ne samo spajanje ovih teorija, već i njihovo progresivno integrativno modifikovanje. Ono je ostvareno na taj način što se svest o protivpravnosti sadržinski integriše u psihološki suspstrat koji time prestaje da bude vrednosno neutralan i etički bezbojan, odnosno dobija "svoju" primarnu "dozu" normativnosti, koja se potom u svojoj potpunosti (totalitetu) ostvaruje kroz sam sud o nevrednosti dela, kojim učinilac krši normu i sud o njegovom odnosu prema toj normi i dobru koje ta norma štiti, jednom rečju, kroz prekor koji se upućuje učiniocu krivičnog dela.

Shodno svemu navedenom smatramo da je u okvirima mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice sasvim osnovano tretirati svest o protivpravnosti kao primarno psihološku kategoriju tj. kao psihološki element krivice, koji zajedno sa uračunljivošću i umišljajem odnosno nehatom čini njen psihološki supstrat na kome se zasniva sud o nevrednosti dela.

[27] U tom smislu vidi: Z. Stojanović, Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 2007, 155-156.

IV

Prema odredbi člana 17. Krivičnog zakonika Republike Makedonije nije krivično odgovoran učinilac krivičnog dela koji iz opravdanih razloga nije znao i nije mogao da zna da je to delo zabranjeno (stav 1). Ako je učinilac krivičnog dela mogao da zna da je delo zabranjeno, kazna mu se može ublažiti (stav 2).

U skladu sa zakonskim tekstom opravdana pravna zabluda isključuje krivičnu odgovornost - vinost (krivicu) učinioca i postoji kada učinilac iz opravdanih razloga nije znao i nije mogao da zna da je to delo zabranjeno.

Dato rešenje je posledica prihvatanja mešovite psihološko-normativne teorije krivice i shodno tome definisanja krivične odgovornosti - vinosti (krivice) kao složene kompleksne kategorije koja, kao što smo videli, sadrži/obuhvata: uračinljivost, umišljaj i nehat i svest o protivpravnosti. Krivične odgovornosti – vinosti (krivice) u slučaju opravdane pravne zablude nema zato što kod učinioca ne postoji svest o protivpravnosti kao njen samostalni element. Prema tome, učinilac u opravdanoj pravnoj zabludi je uračunljiv, postupa sa umišljajem ili nehatom, ali nije znao i nije mogao da zna da je to delo zabranjeno tj. kod njega nije mogla postojati svest o protivpravnosti i stoga mu se za učinjeno delo ne može (nije opravdano) uputiti prekor.

U slučaju pravne zablude koja nije iz opravdanih raloga (neopravdana pravna zabluda) koja postoji kada je učinilac mogao da zna da je delo zabranjeno, kazna mu se može ublažiti.[28]

Jednom rečju, pravna zabluda bi bila negativna strana svesti o protivpravnosti kao elementa krivične odgovornosti – vinosti (krivice), dok bi podela pravne zablude na opravdanu i neopravdanu pravnu zabludu bila druga strana podele svesti o protivpravnosti na aktuelnu i potencijalnu.[29]

Nakon svega rečenog, moglo bi se zaključiti da je makedonski zakonodavac po pitanju pravne zablude, u skladu sa mešovitim, psihološko-normativnim teorijama krivice, usvojio jedno savremeno i pravno osnovano rešenje jer je predvideo da u slučaju opravdane pravne zablude nema krivične odgovornosti – vinosti (krivice), što u krajnjoj liniji znači da nema kažnjavanja onog učinioca koji iz opravdanih razloga nije znao da čini nešto što je zabranjeno.

[28] Pošto svest o protivpravnosti nije integralni deo umišljaja već samostalna komponenta krivice, u slučaju pravne zablude ne dovodi se u pitanje postojanje umišljaja, ali se dovodi u pitanje opravdanost/osnovanost prekora koji se upućuje učiniocu krivičnog dela, te ukoliko je pravna zabluda iz opravdanih razloga, onda nije opravdano uputiti prekor učiniocu, pak, ukoliko pravna zabluda nije bila iz opravdanih razloga, prekor je opravdan uz mogućnost blažeg kažnjavanja.

[29] V. Kambovski, (2007), 170. Vidi takođe: N. Delić, "Pravna zabluda", Pravni život, 2009/9, 751-769.

Nataša Delić, PhD, Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

NOTION OF GUILT IN CRIMINAL CODE OF MACEDONIA

Summary

In accordance to a modern inheritance of criminal legal theory the Criminal Code of Republic of Macedonia ascepts miscellaneous, psychological-normative theories of gilt. It is stipulated by the article 11. the Criminal Code of Republic of Macedonia the guiltiness is a complex category which consists of competence, intention and negligence and sense of prohibition of the act. In this piece of the work author firstly explains the way of sense of prohibition of the act become an element guiltiness by analyzing psuchological, normative and psychological-normative theories of guiltiness and subsequently analyzes particular matters relating to content and legal nature of sense of prohibition of the act. At the end of the work, the author briefly specifies the conclusions which the gained during the analysis of particular aspects of this extremly complex contention.

Key words: Criminal Code of Republic of Macedonia, Guilt/culpability, Theories of guilt, A sense of prohibition of the act.

dr Aleksandra Rabrenović,
Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd
mr Damir Ahmetovic,
Ekspert za upravljanje ljudskim potencijalima, Bosna i Hercegovina

RAZVOJ SISTEMA OCENE RADA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U BOSNI I HERCEGOVINI – OD TRADICIONALNOG KA SAVREMENOM MODELU OCENJIVANJA

Apstrakt

U poslednjoj dekadi sve strukture državne uprave Bosne i Hercegovine napravile su važne korake ka uspostavljanju sistema ocenjivanja državnih službenika. Prvi pravilnici o ocenjivanju koje su donele Agencije za državnu službu/upravu bili su zasnovani na tradicionalnim evropskim modelima ocenjivanja koji se baziraju na većem broju opštih, standardizovanih kriterijuma ocenjivanja. Veoma brzo, međutim, problemi vezani za korišćenje standardizovanih kriterijuma ocenjivanja kao jedinog osnova ocenjivanja pokazali su svoje slabosti u praksi, pa su gotovo svi nivoi BiH započeli prelazak na savremene modele ocenjivanja koji su zasnovani na dogovoru o radnim ciljevima kao važnom kriterijumu ocene rada. Da bi sistem ocenjivanja bio uspešan potrebno je ne samo stvoriti odgovarajući pravni okvir i sprovesti postupak ocenjivanja na adekvatan način, već i izvršiti mnogo dublje promene u menadžmentu državne uprave, koje podrazumevaju postojanje poverenja između službenika i rukovodilaca, razvijanje dijaloga, transparentnosti u radu i međusobnom uvažavanju.

Ključne reči: ocena rada državnih službenika, tradicionalni i savremeni modeli ocenjivanja, strukture državne uprave BiH

1. Uvod

Ocenjivanje državnih službenika jedan je od najvažnijih savremenih instrumenata upravljanja ljudskim resursima u državnoj upravi. Sistemi ocenjivanja državnih službenika imaju za cilj individualni razvoj i poboljšanje motivacije državnih službenika, kao i pružanje uvida u potrebu za obučavanjem i stručnim usavršavanjem.[1] Ocenjivanje je kontinuirani, interaktivni proces, koji zahteva stalnu i dobru komunikaciju između službenika i rukovodioca da bi bio uspešan i ostvario svoju glavnu svrhu. Pored uloge karijernog razvoja, ocenjivanje se sve više vezuje i

[1] H.A. Roll, Priručnik o ocenjivanju državnih službenika, DIAL, Beograd, 2006, str. 5.

za nagrađivanje, tj. povećanje plate državnih službenika, čime značaj ovog instituta značajno raste.[2]

U većini zemalja OECD-a ocenjivanje državnih službenika uvedeno je kao formalni instrument upravljanja ljudskim resursima 70-ih godina prošlog veka, takođe u vreme ekonomske krize sa slabim privrednim rastom i visokom nezaposlenošću, što je dovelo do potrebe za svobuhvatnom reformom javne uprave.[3] Osnovno pitanje koje se u ovakvim uslovima postavlja jeste kako poboljšati produktivnost i poboljšati rezultate rada uz ograničene ljudske resurse - pitanje koje se i danas u uslovima nove svetske ekonomske krize gotovo svakodnevno postavlja.

I mnoge zemlje u tranziciji, uključujući i Bosnu i Hercegovinu, su veoma brzo prihvatile ocenu rada državnih službenika kao značajan element službeničkog sistema, koji bi trebalo da motiviše službenike da postignu bolje rezultate rada, a samim tim doprinese i poboljšanju rada čitave organizacije. Bosna i Hercegovina je u poslednjoj dekadi uvela sisteme ocenjivanja državnih službenika kroz donošenje novog službeničkog zakonodavstva na svim nivoima vlasti – državnom nivou Bosne i Hercegovine, Bosansko-Hercegovačkoj Federaciji, Republici Srpskoj i Brčko distriktu, i od tada neprestano radi na njihovom unapređivanju.

Cilj ovog rada je upoznavanje sa pravnim osnovama sistema ocenjivanja državnih službenika u Bosni i Hercegovini. Pored analize rešenja postojećeg zakonodavnog okvira ocenjivanja na četiri različita nivoa u BiH – državnom nivou BiH, Federaciji BiH, Republici Srpskoj i Brčko distriktu, posebnu pažnju posvetićemo razvoju sistema ocenjivanja od tradicionalnog evropskog modela ocenjivanja ka savremenom modelu zasnovanog na dogovoru o ispunjenju radnih ciljeva i problemima u sprovođenju oba modela ocenjivanja državnih službenika u praksi.

2. Uvođenje pravnog okvira ocenjivanja državnih službenika u BiH zasnovanog na tradicionalnom modelu ocene rada

Ocena rada državnih službenika predstavlja jedan od važnih elemenata strategije reforme državne uprave BiH i akcionog plana za njeno sprovođenje (AP1). Strategija reforme javne uprave usvojena je od strane Vijeća ministra BiH, vlada entiteta (FBiH i RS) i Vlade Brčko distrikta BiH[4] u drugoj polovini 2006. godine i upotpunjena je sa Akcionim planom 1 koji sadrži niz preporuka i reformskih mjera za njenu operativnu implementaciju, kao i detaljan pregled aktivnosti za šest ključnih horizontalnih oblasti reforme. Jedna od ključnih oblasti reforme jeste upravljanje ljudskim potencijalima (poglavlje 6), u okviru koga su date smernice za pitanje

[2] OECD, Performance-related Pay Policies for Government Employees, OECD, 2005.
[3] Ibid. str. 26.
[4] Brčko distrikt BiH je teritorijalna jedinica, koja je uspostavljena u martu 2000. godine, kao samoupravna jedinica pod suverenitetom BiH, sa sopstvenom zakonodavnom, sudskom i izvršnom vlašću, sa jednakom autonomijom kakvu uživaju i dva entiteta u Bosni i Hercegovini (Federacija BiH i Republika Srpska)

upravljanja rezultatima rada i ocenjivanja državnih službenika u BiH. Time je uspostavljen strateški okvir za reformu celokupne javne uprave i date bliže smernice za realizaciju aktivnosti koje su vezane za ocenu rada državnih službenika.

Pravno regulisanje procedure ocenjivanja državnih službenika u strukturama javne uprave u BiH uvedeno je prvi put 2003. godine u Republici Srpskoj, a u narednim godinama i u drugim strukturama državne uprave u Bosni i Hercegovini, uz značajnu donatorsku podršku. Prvi pravilnik o ocenjivanju državnih službenika donela je Agencija za državnu upravu Republike Srpske[5] uz pomoć tadašnjeg Koledža za upravu Velike Britanije, a u skoro istovetnom obliku ga je usvojila i Agencija za državnu službu BiH polovinom 2004. godine.[6] Federacija BiH je prvi pravilnik o ocenjivanju usvojila 2005. godine [7] uz pomoć Programa za razvoj Ujedinjenih nacija (UNDP), a godinu dana kasnije to je učinjeno i u Brčko distriktu[8], takođe uz podršku UNDP-a.

Osnovna ideja uvođenja ocenjivanja bila je podsticanje zaposlenih na postizanje boljih rezultata u radu, konstantno unapređenje stručnih znanja i veština i stvaranje uslova za pravilno odlučivanje o napredovanju i stručnom usavršavanju. Ova ideja bila je podržana kako od strane rukovodilaca, tako i od većine državnih službenika koji su u instrumentu ocenjivanja videli mogućnost da pokažu svoje radne kvalitete i sposobnosti i, u skladu s tim, očekivali da budu adekvatno nagrađeni.

Pri izboru modela ocenjivanja, u većini struktura državne uprave BiH stalo se na stanovište da je tradicionalni evropski model ocenjivanja, koji se zasniva na oceni unapred utvrđenih kriterijuma uspešnosti (umesto na ispunjenju dogovorenih radnih ciljeva) bio najadekvatniji.[9] Kriterijumi radne uspešnosti mogu biti različite vrste aktivnosti, veštine, ponašanje državnog službenika i crte ličnosti kao što su posvećenost, pouzdanost, motivisanost. Kako se ocjenjivanje u ovom modelu zasniva na različitim kompetencijama koje se zahtevaju za obavljanje određenog posla, ovaj model omogućava primenu mnoštva različitih metoda ocjenjivanja i korištenja

[5] Pravilnik o ocjenjivanju i napredovanju državnih službenika, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 94/03.

[6] Pravilnik o postupku ocjenjivanja i unapređivanja državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH" br. 17/04.

[7] Pravilnik o ocjenjivanju rada državnih službenika u u organima državne službe u Federaciji Bosne i Hercegovine, „Službene novine Federacije BiH", broj 7/05.

[8] Pravilnik o ocjenjivanju broj. 01-014-017963/06 od 6.11.2006. godine, "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH" br. 17/06.

[9] Interesantno je pomenuti da je prvo ocjenjivanje rada državnih službenika u Federaciji BiH rađeno 2004. godine na osnovu pravilnika koji je donijela Agencija za državnu službu FBiH (na preporuku UNDP-a) koji se u potpunosti zasnivao na merenju rezultata koje je službenik postigao u odnosu na postavljene ciljeve. Ideja je bila veoma dobra, ali za njenu realizaciju potrebne su bile određene sposobnosti i vještine menadžera koji su imali obavezu da postave realne i mjerljive ciljeve. Tih kapaciteta nije bilo u 2004. godini, tako da je čitav pristup naišao na oštar otpor službenika na terenu, pa je kao rezultat takvog nezadovoljstva veliki broj institucija u potpunosti ignorisao obavezu da vrši godišnje ocjenjivanje.

raznovrsnih široko postavljenih kriterijuma ocene radnog učinka.[10] Prednost tradicionalnog sistema ocene učinka jeste činjenica da su standardizovane procedure ocene rada zasnovane na utvrđenim kriterijumima relativno lake za primenu i daju rukovodiocima mogućnost upoređivanja rada zaposlenih koji obavljaju najrazličitije vrste poslova i zadataka.[11]

Početak primene tradicionalnog sistema ocenjivanja pokazao je, međutim, da uvođenje ocenjivanja državnih službenika nije nimalo lako i jednostavno. Jedan od glavnih razloga za to bilo je nepostojanja detaljnog pravnog okvira koji reguliše ovu materiju. Naime, Pravilnik o ocjenjivanju i napredovanju državnih službenika Republike Srpske iz 2003. i Pravilnik o postupku ocjenjivanja i unapređivanja državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine iz 2004. godine bili su prilično ograničenog opsega i nisu u potpunosti regulisali proceduru ocenjivanja, već su se u najvećem delu oslanjali na formulare za ocenjivanje od kojih se očekuje ostvarenje standardizovane prakse ocenjivanja u svim institucijama.[12]

Drugi problem koji se javio bio je vezan za primenu osnovnih kriterijumi ocenjivanja koji su zasnovani na opštoj oceni kvaliteta rada i kompetencija državnog službenika, u skladu sa tradicionalnim evropskim modelima ocenjivanja službenika. Tako, član 6. i član 11. Pravilnika o ocjenjivanju i napredovanju državnih službenika Republike Srpske, kao i član 5. i član 10. Pravilnika o postupku ocjenjivanja i unapređivanja državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine previđaju 4 osnovna elementa kao kriterijume za ocenjivanje:

1.kvalitetno, efikasno, stručno i blagovremeno obavljanje poslova (do 50 bodova);

2.obavezno stručno obrazovanje i usavršavanje (do 10 bodova);

3.predanost i marljivost u službi, korektan odnos prema sredstvima za rad, racionalno korišćenje radnog vremena i prisutnosti na poslu (do 15 bodova);

4.iskazivanje ličnih osobina na poslu, kao što su odnos i ponašanje prema strankama i kolegama (do 10 bodova).

Međutim, rukovodiocima je bilo dosta teško da ocene kvalitet, tačnost, efikasnost i druge kriterijume radne uspešnosti bez konkretnih indikatora koji bi ukazivali na to koliko je kvalitetno i efikasno pojedinac izvršio svoj zadatak. Poseban problem pojavio se i kod pohađanja obuka kao kriterijuma za ocenjivanje. Naime, zaposleni koji bi često pohađali obuke, bez obzira na stepen primene znanja koja su stekli na obuci, našli su se u automatski boljem položaju od onih koji zbog svojih brojih radnih dužnosti nisu u mogućnosti da pohađaju obuke, iako su pokazivali dobre rezultate u radu.

[10] Demmke C (2007), Performance Assessment in the Public Services of the EU Member States, Procedure for performance appraisal, for employee inverviews and targe agreements, (European Institute of Public Administration Maastriht), str. 23-27.

[11] Ibid.

[12] Ured koordinatora reforme javne uprave (2006), Sistemski pregled javne uprave u BiH – Završni izvještaj, str. 79-82.

Sledeći problem koji se javio bio je vezan za efekte ocenjivanja, tj. vezivanje ocenjivanje za druge funkcije upravljanja ljudskim resursima, kao što su napredovanje i nagrađivanje. Iako je rad pojedinca mogao biti ocenjen na skali od 1-4, i to kao "nezadovoljavajući" (ako je zbir ispod 50 bodova); "zadovoljavajući" (50 do 60 bodova); "uspješan" (60 do 80) i "vrlo uspješan" (preko 80 bodova),[13] dobijanje pozitivnih ocena nije proizvodio nikakve konkretne posledice na status državnog službenika, niti na napredovanje, niti na povećanje plate. Usled toga prirodno se postavilo pitanje čemu zapravo sprovoditi ocenjivanje kad nema nikakvih efekata. Kao rezultat toga, menadžeri su uveli praksu davanja najviših ocjena svim zaposlenima nastojeći da izbegnu potencijalne konflikte u okviru organizacije.

Ukoliko bi rad državnog službenika bio ocenjen „nezadovoljavajući“, državni službenik bi bio u obavezi da prođe kroz određene programe poboljšanja, najčešće kroz neki vid dodatne obuke. O načinu obuke postiže se dogovor između pretpostavljenog i državnog službenika kroz zajedničku diskusiju,[14] a u slučaju dve uzastopne negativne ocjene državnom službeniku se izriče mera prestanka radnog odnosa.[15] Međutim, veoma su retki slučajevi kada državni službenici dobiju nezadovoljavajuće ocene, tako da gotovo da nije bilo slučaja da državnom službeniku bude prekinut radni odnos na osnovu dve uzastopne negativne ocene rada.

Važno je naglasiti da probemi koji su se javili u primeni tradicionalnog sistema ocenjivanja u BiH nisu retkost, već gotovo uobičajeno iskustvo mnogih drugih evropskih zemalja koje koriste ovaj sistem. Postojanje mnoštva kriterija ocenjivanja koji često dovode do subjektivnih rezultata ocjene, kao i tendencija dodeljivanja previsokih ocena radi očuvanja dobre radne atmosfere i nezameranja naišli su na kritike u mnogobrojnim zemljama.[16] Primena jedinstvenih kriterijuma ocenjivanja na rad državnih službenika počela je takođe da se doživljava kao opterećujuća formalnost i rutinski posao, bez istinske zainteresovanosti pretpostavljenih i zaposlenih, posebno zbog toga što praćenje učinka u velikom broju zemalja nije imalo posljedice na razvoj karijere i napredovanje. Nadalje, sigurnost posla u državnoj službi i gotovo automatsko napredovanje na osnovu radnog staža doveli su u pitanje i svrhu korištenja ovog instituta.[17]

Zbog pomenutih problema, u velikom broju evropskih zemalja koje primenjuju tradicionalne sisteme ocenjivanja državnih službenika dolazi do postepenog povezivanja ocene rada sa drugim funkcijama upravljanja ljudskim resursima koji se

[13] Član 7. Pravilnika o ocjenjivanju i napredovanju državnih službenika, “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 94/03 i član 8. Pravilnika o postupku ocjenjivanja i unapređivanja državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“ br. 17/04.

[14] Član 12. i član 13. Pravilnika o postupku ocjenjivanja i unapređivanja državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine.

[15] Član 18. Pravilnika o postupku ocjenjivanja i unapređivanja državnih službenika u institucijama Bosne i Hercegovine.

[16] Demmke C (2007), Performance Assessment in the Public Services of the EU Member States, Procedure for performance appraisal, for employee inverviews and targe agreements, ibid.

[17] Ibid.

tiču statusa zaposlenih – razvoja karijere, napredovanja i nagrađivanja. Kako rezultat ocenjivanja sve više postaje osnov za donošenje statusnih odluka, i rukovodioci i zaposleni postaju sve više zainteresovani za što profesionalniju ocenu rada i unapređenje ukupnog procesa ocenjivanja i rukovođenja.[18] Zbog toga u poslednjoj dekadi sve više evropskih zemalja započinje reformu sistema ocenjivanja državnih službenika, koja je usmerena na dogovor o individualnim radnim ciljevima državnog službenika između rukovodioca i državnog službenika, kao glavnog osnova za ocenjivanje.[19]

Slično tome, i u Bosni i Hercegovini je u poslednjih nekoliko godina došlo do postepene reforme sistema ocenjivanja, kojom se postojeći, tradicionalni sistemi ocenjivanja zasnovani na oceni kompetencija državnih službenika, zamenjuju savremenim sistemima ocenjivanja koji su zasnovani na dogovoru o radnim ciljevima i zadacima između državnog službenika i njegovog pretpostavljenog.

3. Razvoj sistema ocenjivanja – dogovor o radnim ciljevima kao osnov za ocenu rada službenika

Novim pravilnicima o ocenjivanju iz 2007. odnosno 2008. godine, administracije Federacije BiH i Brčko distrikta uvele su ocenjivanje na osnovu stepena ispunjenja dogovorenih ciljeva što je pravilnikom iz 2009. godine uradila i Agencija za državnu upravu Republike Srpske.[20] Time elementi tradicionalnih sistema ocenjivanja bivaju zamenjeni sa savremenim tendencijama u ovoj oblasti, gde glavni kriterijum ocenjivanja jeste ispunjenje dogovorenih radnih ciljeva.

Iskustva drugih evropskih zemalja pokazuju da je dogovor o radnim ciljevima između rukovodioca i zaposlenog ima značajan pozitivan efekat na poboljšanje radne produktivnosti.[21] Učešće državnog službenika u formulisanju ciljeva povećava nivo obaveznosti izvršenja postavljenih ciljeva za državnog službenika. Stepen u kome dogovaranje o ciljevima podstiče učinak zavisi i od postojanja očekivanja da cilj može biti ostvaren; postojanja nagrade u slučaju postignuća cilja; podrške koju rukovodilac daje državnom službeniku u ispunjenju ciljeva i postojanja ograničenog broja razumnih, dobro opisanih ciljeva.[22]

Dogovaranje o ciljevima, međutim, ima i mnogo šire značenje, jer ukazuje na postepenu promenu klasičnog hijerarhijskog odnosa između državnog službenika i

[18] Demmke C, G. Hammerschmid, Meyer R (2008), Measuring Individual and Organisational Performance in the Public Services of EU Member States, (European Institute of Public Administration, Maastriht), str. 25-26.
[19] Ibid.
[20] Pravilnik o ocjenjivanju rada državnih službenika u organima državne službe u Federaciji Bosne i Hercegovine, „Službene novine FBiH“ br. 34/07; Pravilnik o ocjenjivanju broj: 01.1-33-023871/08 od 27.05.2008. godine, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 51/08; Pravilnik o postupku ocjenjivanja i napredovanja državnih službenika i namještenika, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 43/09.
[21] Demmke C. (2007), Performance Assessment in the Public Services of the EU Member States, Procedure for performance appraisal, for employee inverviews and targe agreements, op. cit, str. 31-34
[22] Ibid.

pretpostavljenog, gdje se obavljanje radnih zadataka doživljava kao doprinos ostvarenju postavljenog cilja, a ne kao izvršenje naloga pretpostavljenog.[23] U tom smislu, i čitav koncept javne uprave menja se od tradicionalnog hijerarhijskog modela ka modelu moderne organizacije, kojom se upravlja putem postavljanja ciljeva, na osnovu kooperativnog modela upravljanja.[24] Nastale promene traže odgovarajući profil odgovornih u smislu novih, drugačijih kvalifikacija i ophođenja rukovodilaca, odnosno načina na koji ocjenjivači sprovode ocjenjivanje.

Valjano utvrđivanje radnih ciljeva u razgovoru sa rukovodiocem je od presudne važnosti za uspeh primene savremenog modela ocenjivanja u kome radni ciljevi postaju glavni kriterijumi u odnosu koje će se vršiti ocenjivanje. Zbog toga je u Republici Srpskoj i Brčko distriktu uvedena obaveza da se državni službenik i njegov/njen pretpostavljeni dogovore oko ciljeva koje državni službenik treba nastojati da ispuni u preciziranom vremenskom okviru.[25] Ova obaveza je takođe podržana i formularom ocjene o radu (koji je sastavni dio Pravilnika), i koji sadrži rubriku u koju se upisuju neispunjeni ciljevi i razlozi za njihovo neispunjenje. U ovoj rubrici, direktno pretpostavljeni rukovodilac, navodi i konkretne nedostatke kod zaposlenog, kao npr. nedostatak stručnosti, motivacije, resursa, itd., i određuje osnovne elemente plana poboljšanja (mere za otklanjanje nedostataka, vreme za njihovo provođenje i ocjenu uspešnosti provedenih mera), što nesumnjivo predstavlja još jedan bitan korak prema racionalnijoj i efikasnijoj oceni o radu.

Važno je, međutim, primetiti da standardni kriterijumi ocenjivanja nisu u potpunosti napušteni ni na jednom nivou uprave BiH, već se ravnopravno koriste sa dogovorenim radnim ciljevima kao kriterijumi ocenjivanja. Tako, na primer, u Federaciji BiH, i dalje su u upotrebi kriterijumi ocenjivanja kao što su: kvalitet rada, efikasnost u radu, nezavisnost u radu, odnos prema poslu, inicijativa, vještina komunikacija, poznavanje posla i spremnost prilagođavanja promjenama.[26] Slična situacija je i u Republici Srpskoj i Brčko distriktu. To je, međutim, u potpunosti u skladu i sa tendencijama u velikom broju drugih evropskih zemalja, koje pored uvođenja radnih ciljeva kao kriterijuma ocenjivanja, zadržavaju i standardne kriterijume ocenjivanja, pre svega zato što korišćenje određenog broja standardizovanih kriterija omogućava veću uporedivost rezultata rada svih državnih službenika.

Već na samom početku primene savremenog modela ocenjivanja u BiH, došlo je i do očekivanih poteškoća, koje se ogledaju u problemima utvrđivanja konkretnih i merljivih radnih ciljeva na početku procesa ocenjivanja. To ne treba da iznenađuje zbog toga što utvrđivanje radnih ciljeva u državnoj upravi nije nimalo jednostavno, posebno imajući u vidu da radne obaveze državnih službenika neretko zavise od

[23] Ibid.
[24] Kavran D, Nauka o upravljanju – organizacija, kadrovi, rukovođenje, (Beograd, Naučna knjiga) 1991.
[25] Član 7, stav 2. Pravilnika o ocjenjivanju Brčko distrikta; član 15. Pravilnika o postupku ocjenjivanja i napredovanja državnih službenika i namještenika, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 43/09.
[26] Član 4, stav 2. Pravilnika o o ocjenjivanju rada državnih službenika u organima državne službe u Federaciji Bosne i Hercegovine, „Službene novine FBiH“ br. 34/07.

političke realnosti koja se reflektuje na svakodnevno obavljanje poslova i zadataka. Često se dešava i da zaposleni zapravo i nisu uključeni u određivanje ciljeva, a „sporazum“ u suštini postaje tradicionalni radni nalog i naređenje. Zbog toga je veoma važno da se rukovodioci i državni službenici obuče za uspešno dogovaranje o radnim ciljevima. Potrebu za obučavanjem državnih službenika u procesu utvrđivanja radnih ciljeva prepoznale su i administracije Brčko distrikta i Republike Srpske, koje ulažu značajne napore u obučavanje državnih službenika u procesu ocenjivanja, sa posebnim osvrtom na utvrđivanje radnih ciljeva kao osnove ocenjivanja.

Drugi problem koji se javlja u primeni savremenog modela ocenjivanja zasnovanog na radnim ciljevima u BiH jeste odsustvo povezivanja pojedinačnih ciljeva sa organizacionim ciljevima, što je takođe jedan od uslova da proces ocenjivanja bude valjan, jer se na taj način utvrđuje neophodna veza između pojedinačnih i opštih, organizacionih rezultata rada. Preduslov za povezivanje organizacionih i individualnih ciljeva je postojanje strateških planova i politika na nivou pojedinačnih institucija, koji često nisu jasno definisani. U takvom kontekstu vrednovanje rezultata ispunjenja individualnih rezultata ocenjivanja nema onu vrednost koju bi imalo u slučaju kada bi se pojedinačni ciljevi definisali prema organizacionim, kako bi se mogla pratiti i individualna i organizaciona produktivnost i uspešnost.

Vezivanja ocenjivanja za druge funkcije upravljanja ljudskim resursima i napori za poboljšanje sistematičnosti i objektivnosti ocenjivanja

Iako su na većini nivoa vlasti u BiH postignuti značajni pomaci u regulisanju i vezivanju ocene rada za proces napredovanja i nagrađivanja i dalje ne postoji čvrsta veza između procesa ocenivanja i drugih funkcija upravljanja ljudskim resursima. Važno je naglasiti da ocenjivanje nije samo sebi svrha i davanje formalne ocjene nikako ne bi trebalo da predstavlja kraj procesa praćenja i unapređenja rada državnog službenika.

Jasna veza između ocenjivanja i napredovanja napravljena je u novom Pravilniku o ocjenjivanju u Republici Srpskoj, kojim je omogućeno da državni službenici koji u kontinuitetu postižu odlične rezultate budu unapređeni u više radno mjesto (ukoliko takvo postoji, naravno) i to bez ikakvog konkursa, samo na osnovu ocene o radu. [27] Time je u velikoj meri podvučen značaj instituta ocenjivanja službenika. Na drugim nivoima vlasti, međutim, mogućnost vezivanja ocenjivanja za napredovanje je veoma sužena, zbog toga što se napredovanje na više radno mesto zasniva isključivo na javnom ili internom konkursu, što isključuje mogućnost direktnog vezivanja napredovanja i ocenjivanja.

U gotovo svim strukturama BiH postoji veza između ocenjivanja i nagrađivanja, ili putem prelaska u viši platni razred ili putem davanja bonusa, tj. dodataka na platu na osnovu zadovoljavajuće ocene o radu. U Republici Srpskoj i

[27] Član 34. Pravilnika o postupku ocjenjivanja i napredovanja državnih službenika i namještenika, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 43/09.

Brčko distriktu, zakoni o platama državnih službenika i pravilnici o ocenjivanju dozvoljavaju mogućnost napredovanja u okviru platnih razreda, prelaskom iz nižeg u viši platni razred. Međutim, imajući u vidu da je napredovanje u okviru platnih razreda prilično ograničeno postojanjem malog broja platnih razreda, pojavili su se značajni problemi u implementaciji. Mogućnost napredovanja u okviru platnih razreda utvrđena je takođe Zakonom o plaćama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine[28], čija primena tek treba da bude razrađena donošenjem podzakonskih akata za njihovu primenu. U Federaciji BiH, Zakon o državnoj službi[29] je u članu 40. predvideo vezivanja ocenjivanja za povećanje plate putem utvrđenih bonusa (20% za ocenu »izuzetno uspješan«, 10% za ocenu »uspješan«, i 5% za ocenu »zadovoljava«). Međutim, zbog velikih troškova koji su vezani za davanje bonusa za sve pozitivne ocene rada novi nacrt Zakona o platama državnih službenika u Federaciji BiH koji je trenutno u izradi ne predviđa vezivanje ocenjivnja za nagrađivanje.

Iako vezivanje ocenjivanja i nagrađivanja izgleda veoma logično i poželjno, istraživanja koja su sprovedena u uporednoj praksi pokazala su mnogobrojne probleme koji se mogu javiti u primeni ovog spoja. Naime, sistemi u kojima je povećanje plate vezano za ocenjivanje često nagrađuju ograničen broj državnih službenika, čime se stvara rizik da većina državnih službenika koja ne dobije povećanje plate bude demotivisana za rad, posebno ukoliko se sistem ocenjivanja ne vidi kao valjan i objektivan.[30] Državni službenici često naglašavaju da drugi, subjektivni elementi imaju presudan uticaj pri ocenjivanju, čime se stvara nezadovoljstvo i otpor službenika prema čitavom sistemu ocenjivanja.[31] Mnoge studije, sa druge strane, ukazuju da nagrađivanje na osnovu rezultata rada nije ključni faktor za motivaciju službenika, već su glavni motivacioni faktori zadovoljstvo poslom i mogućnost napredovanja u službi.[32] Ekonomski teoretičari takođe naglašavaju da ljudska motivacija ne može biti redukovana samo na spoljne, novčane podsticaje, već da je unutrašnja motivacija koja se zasniva na uživanju u obavljanju

[28] Zakon o plaćama i naknadama u Institucijama Bosne i Hercegovine, »Službeni glasnik BiH«, br. 50/08 i 35/09.

[29] Zakon o državnoj službi u Federaciji Bosne i Hercegovine, »Službene novine FBiH«, br. 29/03, 23/04, 54/04, 67/05, 8/06.

[30] The World Bank, International Public Administration Reform: Implications for the Russian Federation, Washington DC: World Bank, 2003.

[31] Istraživanja sprovedena u Sjedinjenim Državama su tako pokazala da je uvođenje sistema nagrađivanja na osnovu rezultata rada ugrozilo poverenje između zaposlenih i njihovih rukovodilaca, što je dovelo do smanjenja posvećenosti državnih službenika ostvarenju ciljeva organizacije. Slično tome, istraživanja sprovedena u Velikoj Britaniji o postojećim sistemima nagrađivanja po osnovu rezultata rada, koji su se zasnivali na oceni individualnog učinka, pokazala su da je motivacija državnih službenika, umesto da poraste opala i da je velika većina službenika bila veoma razočarana celopupnim sistemom. Vidi: Rainey, H.G., Kellough E. "Civil Service Reform and Incentives in the Public Service", in P.Pfiffner J, Brook D.A. (eds.), The Future of Merit, Twenty Years after the Civil Service Reform Act, The Woodrow Wilson Center Press Washington, The John Hopkins University Press, 2000, Makinson, J. Incentives for Change: Rewarding Performance in National Government Networks. Public Services Productivity Panel, HM Treasury, London, 2000.

[32] OECD, Performance-related Pay Policies for Government Employees, ibid.

određenog posla takođe ima veoma značajnu motivacionu ulogu.[33] Zbog toga smatramo da bi se pre uvođenja jasne veze između ocenjivanja i povećanja plate u državnoj upravi BiH trebali razmotriti svi argumenti za i protiv vezivanja ocenjivanja za nagrađivanje.

Nesporna je, međutim, potreba da se rezultati ocenjivanja prate i analiziraju radi dobijanja infomacija o potrebama obuke, kadrovskog planiranja i razvoja karijere državnog službenika. U tom smislu, bilo bi veoma korisno kada bi se izveštaji o rezultatima ocenjivanja objedinili na nivou institucije, a onda se u sistematizovanom obliku proslediti centralnim institucijama upravljanja ljudskim resursima (agencijama za državnu službu/upravu). Zaposleni u odeljenjima za kadrovske poslove pojedinačnih institucija iz ovakvih sistematizovanih podataka bi mogli izvući neophodne informacije i zaključke koje bi korisili za bolje kadrovsko planiranje, kvalitetniju motivaciju, precizniju analizu potreba za obukom i planiranje razvoja karijere državnih služenika. Agencije bi iz objedinjenih podataka trebalo da nadležnim vladama pošalju izvještaj sa detaljnom statističkom analizom podataka, uključujući i informacije o uočenim trendovima i mogućim problemima, kao i preporukama za njihovo predupređivanje i/ili prevazilaženje. Očekuje se da će povezivanje rezultata ocjene za druge funkcije upravljanja ljudskim resursima biti u mnogome olakšano kad informacioni HRMIS sistemi na svim nivoima budu funkcionalni i kad se prevaziđu postojeći problemi vezani za njihovu inicijalizaciju.

Najzad, ključno pitanje koje se postavlja u postupku ocenjivanja je kako obezbediti njegovu objektivnost i ujednačenost. I pored obezbeđivanja osnovnih uslova za sprovođenje ocenjivanja, proces ocenjivanja u državnoj upravi po svojoj prirodi uvek uključuje subjektivnu procenu neposrednog rukovodioca kao ocenjivača i zbog toga nikad ne može biti u potpunosti objektiviziran. Rezultati poslova koji se obavljaju u državnoj upravi retko se mogu kvantitativno izraziti, već se pre svega ceni njihov kvalitet, pa je zbog toga teže i objektivno proceniti rad državnog službenika. Sve to dovelo je do prilično neujednačenog ocenjivanja državnih službenika u organima državne uprave na svim nivoima BiH, uz prirodnu tendenciju da se većini državnih službenika daju najviše ocene. Različiti organi državne uprave imaju blaži ili stroži pristup ocenjivanju, što dovodi do toga da su u nekim organima gotovo svi službenici dobiju najviše ocene, dok su u drugim ocene dosta niže, pa se prirodno postavlja pitanje konzistentnosti u ocenjivanju. Veliki broj državnih službenika smatra da ocenjivanje nije objektivno i da u velikoj meri zavisi od diskrecione volje rukovodioca, što dodatno otežava uspostavljanje legitimnog sistema ocenjivanja.

Jedan od najčešće korišćenih mehanizama čiji je cilj ujednačavanje ocenjivanja u savremenim modelima ocenjivanja u uporednoj praksi jeste određivanje kvota, tj. procenta broja državnih službenika koji mogu dobiti određenu ocenu (na pr. samo 5-10% može dobiti najvišu ocenu, samo 20-30% srednju ocenu itd.).[34] Kvote mogu biti

[33] Frey S.B. Not Just for the Money, An Economic Theory of Personal Motivation, Edward Elgar, 1997.
[34] Sistem kvota tako postoji u državnoj upravi Nemačke, Austrije, Finske, Japana, Koreje, Portugalije, Švajcarske, Velike Britanije, Australije i Belgije. Za razliku od njih, kvote se ne koriste u Mađarskoj, Novom Zelandu, Norveškoj, Slovačkoj i Sjedinjenim Američkim Državama. OECD, "The State of the

pravno obavezujuće ili neobavezujuće, u zavisnosti od toga da li su rukovodioci dužni da ih doslovno primenjuju ili imaju određeni stepen fleksibilnosti u njihovom korišćenju. Problem koji se može javiti kod korišćenja obavezujućih kvota, međutim, posebno u manjim organizacionim jedinicama, jeste obaveza rukovodioca da nekoliko ili samo jednog službenika ocene najvišom ili najnižom ocenom. Državni službenici takođe često negativno gledaju na sistem obavezujućih kvota, jer dobijanje lošije ocene priprisuju utvđenim kvotama, a ne svom lošem radu. Zbog takvih problema u većini zemalja se koriste neobavezujuće kvote koje se koriste kao opšti okvir za ocenjivanje.[35]

Iako trenutno nijedan nivo vlasti BiH ne poznaje institut kvota pri ocenjivanju, pitanje uvođenja kvota nedavno se postavilo pri izradi novog pravilnika o ocenjivanju na državnom nivou BiH. Nakon razmatranja pozitivnih i negativnih aspekata stalo se na stanovište da bi uvođenje pravno neobavezujućih kvota moglo dati pozitivne rezultate i poboljšati sistematičnost i objektivnost ocenjivanja. Stoga je u nacrt novog Pravilnika o ocjenjivanju državnih službenika u institucijama BiH uneta odredba kojom se institucijama BiH prelaže da ocene oko 15% službenika najvišom ocenom »naročito se ističe«, do 5 % državnih službenika najnižom ocenom »ne zadovoljava« dok bi preostalih 80% službenika bilo ocenjeno ocenama »zadovoljava« i »ističe se«. Ova preporuka je u skladu sa preporukom Evropske komisije koja je svojim rukovodiocima predložila da ocene oko 15% zaposlenih ocenom iznad proseka, 10% službenika ispod proseka, dok bi oko 75% službenika bilo ocenjeno srednjom ocenom, čime se uspostavlja ravnoteža i ujednačenost u sistemu ocenjivanja.[36]

Zaključak

U poslednjoj dekadi sve strukture državne uprave Bosne i Hercegovine napravile su važne korake ka uspostavljanju sistema ocenjivanja državnih službenika. Prvi pravilnici o ocenjivanju koje su donele Agencije za državnu službu/upravu bili su zasnovani na tradicionalnim evropskim modelima ocenjivanja koji se baziraju na većem broju opštih, standardizovanih kriterijuma ocenjivanja. Veoma brzo, međutim, problemi vezani za korišćenje standardizovanih kriterijuma ocenjivanja kao jedinog osnova ocenjivanja pokazali su svoje slabosti u praksi, pa su gotovo svi nivoi BiH započeli prelazak na savremene modele ocenjivanja koji su zasnovani na dogovoru o radnim ciljevima kao važnom kriterijumu ocene rada.

Postojeća praksa primene savremenih sistema ocenjivanja, kao i uporedna iskustva drugih evropskih zemalja koje koriste ovaj model, pokazuju da valjano sprovođenje postupka ocenjivanja nije nimalo lako i jednostavno. Da bi sistem

---

Public Service, Preliminary findings based on a first analysis of the results of the 2006 surveys on Strategic Human Resource Management and Comparison of Employment in the Public Domain", decembar 2006.

[35] Irsko Ministarstvo finansija za ocenjivanje u 2007 godini izdalo sledeći preporučeni iznos kvota: ocena 5, od 1-10%; ocena 4, od 20-30%; ocena 3, od 40-60%, ocena 2, od 10-20% i ocena 1, od 0-10%.

ocenjivanja bio uspešan potrebno je ne samo sprovesti postupak ocenjivanja na adekvatan način, već i izvršiti mnogo dublje promene u menadžmentu državne uprave. Ocenjivanje državnih službenika pretpostavlja postojanje poverenja između službenika i rukovodilaca, kao i postojanje zajedničkih, organizacionih ciljeva, tako da se može uspostaviti jasna i važna veza između organizacionih i individualnih ciljeva.[37] U takvom okruženju, prioritet mora biti dat razvijanju dijaloga između rukovodilaca i službenika, transparentnosti u radu i međusobnom uvažavanju, nasuprot shvatanju ocenjivanja kao sankcije za loš rad i mogućem osnovu za prekid radnog odnosa. Važno je takođe raditi na jačanju jedinica za kadrove u organima državne uprave, koji su glavni nosioci poslova upravljanja ljudskim resursima, kao i permanentnom obučavanju rukovodilaca kao glavnim akterima postojećeg sistema ocenjivanja.

Najzad, važno je raditi na povezivanju funkcije ocene rada sa drugim funkcijama upravljanja ljudskim resursima, čime bi se stvorila jedna 'dodatna vrijednost' u radu svake pojedinačne institucije. U ovom momentu institucije različitih struktura BiH još uvijek tragaju za pravom svrhom ocene rada državnih službenika i bore se sa formalističkim pristupom ovom procesu. Afirmacijom veze između praćenja rezultata rada i planiranja kadrova, napredovanja i obuke i rukovodioci i zaposleni bi uvideli da postoji ogroman značaj praćenja rada zaposlenih. Ipak, kao i za mnoge druge kvalitativne promjene koje kao preduslov imaju promenu svesti pojedinca, i za ovu je potrebno imati puno strpljenja i upornosti, koji su i ključni činioci za dalji razvoj i unapređenje sistema ocenjivanja u složenim strukturama državne upave u BiH.

[37] Ingraham P.W. “Of Pigs and Pokes and Policy Diffusion: Another Look at Pay-for-Performance”, Public Administration Review, July/August 1993, Vol. 53, No 4, 1993, str. 348-356.

Aleksandra Rabrenović, Ph.D,
research associate, Institute of Comaparative Law, Beograd
Damir Ahmetović, LLM,
Expert for Human Resource Management, Bosnia and Herzegovina

DEVELOPMENT OF PERFORMANCE APPRAISAL SYSTEMS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA – FROM TRADITIONAL TOWARDS CONTEMPORARY MODEL OF PERFORMANCE APPRAISAL

Summary

Over the past decade all civil service structures of Bosnia and Herzegovina have made important strides in establishing civil service performance appraisal systems. First Rulebooks on performance appraisal which were adopted by the Civil Service Agencies in BiH were based on traditional European models of performance appraisal, with a number of general, standardized performance criteria. However, due to problems experienced with the implementation of the traditional model of performance appraisal in practice most civil service structures in BiH have started reforming their performance appraisal systems by introducing working objectives/target agreements as an important criterion for performance evaluation. However, in order for the performance appraisal system to be effective it is important not only to establish a sound legal ground and observe its implementation in practice, but also to make an in depth change in the management of public administration, which assumes existence of trust between managers and civil servants, dialogue, transparency of operation and mutual respect.

Key words: performance appraisal, traditional and contemporary systems of performance appraisal, civil service structures of BiH.

Dr Dragan Prlja,
naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd

E - UPRAVE U EVROPSKOJ UNIJI I ZEMLJAMA U REGIONU JUGOISTOČNE EVROPE

Apstrakt

Evropska unija u svim svojim strateškim dokumentima daje izuzetan značaj stvaranju preduslova za e-upravu. Veliki broj programa koji su u toku, ili će biti u toku obuhvataju unapređenje i e-uprave. Kao nužan preduslov ostvarenja e-uprave na nivou Evropske unije je svakako reforma nacionalnih pravnih sistema i postojanje jasnih nacionalnih strategija i akcionih planova e-uprave kao i usaglađavanje pravnih propisa u ovoj oblasti. Zemlje Jugoistočne Evrope takođe veliki značaj pridaju razvoju elektronske uprave i usaglašavanju svojih pravnih propisa sa propisima zemalja Evropske unije u ovoj oblasti. Usklađivanje pravne regulative zemalja Evropske unije i zemalja Jugoistočne Evrope je u velikoj meri ostvareno, ali sama implementacija pojedinih zakonskih rešenja ne ostvaruje se istim intenzitetom u svim zemljama. Razlike koje postoje u ovom pogledu neophodno je otkloniti. Svim strateškim dokumentima zemalja Jugoistočne Evrope predviđeno je usaglašavanje svih aspekata zakonodavne rugulative i implementacije propisa u oblasti elektronske uprave tako da se u ovom području očekuju još veći rezultati u narednom periodu.

Ključne reči: E-uprava, jugoistočna Evropa, pravni sistem, harmonizacija.

Uvod

Svetski fenomen upotrebe informacionih i komunikacionih tehnologije interneta, personalnih kompjutera, mobilnih telefona, digitalne televizije, itd. izvršio je transformaciju mnogih aspekata funkcionisanja administrativnih aparata država. Dostupnost informacija na daljinu i pružanja javnih usluga (izdavanje raznih vrsta dozvola, dokumenata, prijava, itd.) on-line putem omogućava "otvaranje" uprave prema građanima i omogućava novi vid kvaliteta javnih usluga. Ovakav vid komunikacije uprave sa građanima omogućava niz novih oblika učešća građana u demokratskom procesu i procesu donošenja odluka. Ovi potencijali novih informacionih tehnologija omogućili su mnogim vladam da razviju koncep e-uprave. Većina vlada danas u svetu distribuiraju informacije putem web strana, izgrađuju svoje digitalne baze podataka i pružaju neki vid usluga on-line putem.[1] Ogromne

[1] John Morison, e-Government: a new architecture of government and a new challenge for learning and teaching public law, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/JMfinaldraft.pdf, 15. januar 2006.g.

uštede, koje omogućuje uvođenje e-uprava u zemljama Evropske unije od čak 50 biliona evra na godišnjem nivo, kao i povećanje konkurentnosti zemalja Evropske unije razvojem e-uprave uslovili su da e-uprava postane jedan od važnih prioriteta u planovima razvoja Evropske unije.[2]

Jedan od načina da se definiše e-uprava je njeno definisanje kao procesa transformacije javnog sektora, njegovih unutrašnjih i spoljnih odnosa uz pomoć novih informacionih tehnologija kako bi se unapredila odgovornost vlade, povećala efikasnost, smanjili troškovi, obezbedilo učešće građana u kontroli i unapređenju rada uprave.

Svetska banka definiše e-upravu kao upotrebu informacione tehnologije (kao što su kompjuterske mreže, internet, mobilne kompjuterske mreže) od strane vladinih agencija u cilju promene odnosa sa građanima, kompanijama, i drugim delovima vlade. Te tehnologije služe za postizanje: bolje isporuke vladinih usluga građanima, unapređenja interakcije sa biznis kompanijama i industrijom, bolje dostupnosti informacija građanima, ili efikasnije upravljanje vladom. Uspostavljanje e-uprave rezultira: manjom korupcijom, povećanjem transparentnosti, većim kvalitetom vladinih usluga, povećanim prihodima, i smanjenjem troškova. Tradicionalno su se usluge vlade građanima i kompanijama vršile u vladinim kancelarijama. Upotrebom informacionih i komunikacionih tehnologija usluge se približavaju korisnicima mogu se koristiti od kuće, iz kancelarije, putem informacionih kioska u javnim ustanovama ili vladinim kancelarijama. Analogno sa e-trgovinom, koja omogućava kompanijama da efikasnije vrše transakcije međusobno (B2B) ili sa kupcima (B2C), e-uprava ima za cilj da omogući lakšu, jeftiniju, transparentniju interakciju između vlade i građana (G2C), vlade i kompanija (G2B), samih vladinih agencija (G2G).[3]

Ujedinjene nacije definišu e-upravu kao kapacitet i volju javnog sektora da razvije upotrebu informaciono komunikacionih tehnologija u cilju unapređenja pružanja usluga građanima.[4]

U okviru Evropske unije "e-uprava" se definiše kao "*upotreba informaciono komunikacionih tehnologija, a naročito upotreba interneta kao instrumenata za postizanje bolje uprave*." U Evropskoj uniji se smatra da e-uprava treba da bude više zasnovana na znanju, okrenuta korisnicima, distribuirana i umrežena, a da u svojoj suštini predstavlja modernizaciju i reformu javne uprave i stvaranje informacionog društva. E-uprava je segment reforme javnog sektora. U planovima razvoja Evropske unije za narednih 10 godina e-uprava zauzima značajno mesto kao alat za stvaranje

---

[2] Commision of the European Communities, i2010 eGovernment Action Plan: Accelerating eGovernment in Europe for the Benefit of All, Brussels, 25.04.2006 COM(2006) 173 final.

[3] World Bank, Definition of E-Government http://web.worldbank.org/ WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/ EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/EXTEGOVERNMENT/0,,contentMDK:20507153~menuPK:702592~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:702586,00.html, 17. januar 2006.

[4] UN Department of Economic and Social Affairs, Division for Public Administration and Development Management, UN Global E-government Readiness Report 2005 - From E-government to E-inclusion, New York, 2005, p. 13.

bolje uprave, u najširem smislu, kako bi se modernizovale institucije i procesi i stvorilo adekvatno okruženje i ljudski resursi u javnoj upravi kako bi se postigla *bolja uprava* i uvećalo *javno dobro*. Javnim dobrom se smatra vrednost stvorena od strane uprave pružanjem usluga, donošenjem zakona i propisa, i drugim aktivnostima. Jedan od važnih izazova e-uprave je harmonizacija propisa u ovoj oblasti kako bi se omogućilo prekogranično pružanje usluga, odgovarajući nivo bezbednosti, zaštita privatnosti, itd. U harmonizaciji propisa neophodno je pronaći adekvatan balans između skupa propisa koji se moraju harmonizovati i njihovim odnosom prema obavezujućim nacionalnim propisima.[5]

Direktne koristi koje se ostvaruju uvođenjem e-uprave su smanjenje troškova u upravi i javnim poslovima, značajne uštede u područjima kao što su javne nabavke, prikupljanje poreza i carinske operacije, uz bolji i neprekidan kontakt sa građanima, posebno onima koji žive u udaljenim i manje naseljenim područjima.

Indirektne koristi nisu manje važne i uključuju veću transparentnost i odgovornost u javnom odlučivanju, što je moćno sredstvo u borbi protiv korupcije, za jačanje demokratije i stimulisanje lokalnih e-kultura.

Prema nekim našim autorima elektronska uprava "predstavlja korišćenje pogodnosti informaciono komunikacionih tehnologija, pre svega Interneta u cilju integrisane dostupnosti informacija i usluga građanima i biznisu, ali i drugim korisnicima od strane administracije.[6]

E-uprava se može definisati i kao upotreba tehnologije u cilju povećanja dostupnosti i isporuci vladinih usluga u korist građana, biznis partnera i zaposlenih.[7] Međutim u suštinskom smislu e-uprava se nikako ne može svesti na samo pružanje usluga građanima ili biznis partnerima već je ona koncept koji podrazumeva reorganizaciju celog vladinog aparata u cilju ostvarenja novih formi upravljanja.

Uspostavljanjem e-uprave postižu se sledeći ciljevi: smanjuju se troškovi i postiže brže i kvalitetnije pružanje usluga, pospešuje se ekonomski razvoj (stvara se mnogo bolja klima za funkcionisanje kompanija), povećava se transparentnost i odgovornost u funkcionisanju vlade, unapređuje se pružanje usluga (smanjuje se birokratija i podiže se kvalitet i brzina pružanja usluga), poboljšava se javna uprava (veća efikasnost administracije, kontrola troškova, upravljanje ljudskim resursima, itd.), olakšava se stvaranje informacionog društva (u drugim sektorima kao što je obrazovanje).[8]

E-uprava, se definiše i kao 'Upotreba informacionih i komunikacionih tehnologija, i posebno interneta, kao oruđa za postizanje boljih rezultata vlada". U osnovi, e-uprava bi trebalo da omogući vidljivije rezultate vođenja politike koja utiče na život građana, bolju

[5] C. Centeno, R. van Bavel and J-C. Burgelman, "eGovernment in the EU in the next decade: the vision and key challenges", http://www.jrc.es/home/publications/publications.html, 17. januar 2006.

[6] Predrag Dimitrijević, Pravo informacione tehnologije, SVEN, Niš, 2010, str. 225.

[7] Monica Palmirani, Michele Martoni, Sergio Niger, E-learning Legal Content, http://www.unizar.es/derecho/fyd/ lefis/documentos/FIDv8.v1.pdf, 14. januar 2006.

[8] World Bank, E-government Guideline, http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/EXTEGOVERNMENT/0,,menuPK:702592~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:702586,00.html

uslugu vladinih servisa neophodnih u svakodnevici i veću uključenost i odgovornost građana u donošenju odluka, ali i da ne oslobađa establišment od odgovornosti za činjenje, odnosno ne činjenje, podsećajući ih da su još uvek podložni sudu javnosti- naravno na izborima.[9]

E-uprava se može predstaviti i kao celina koja obuhvata tri vrste odnosa:

1. Uprave i građana (G2C) - omogućava građanima direktno pristupanje vladinim informacijama i servisima sa bilo kog mesta upotrebom različitih kanala komunikacije.

2. Uprave i kompanija (G2B) - omogućava interakciju između vlade i privatnog sektora online putem i tako se smanjuje i uprošćava proces regulacije, i postiže veća konkurentnost kompanija.

3. Uprave i same uprave (G2G) - efikasno pružanje usluga zavisi od različitih delova vlade i od podeljenih nadležnosti pa je ultimativni cilj e-uprave jedna tačka pristupa vladi što zahteva saradnju različitih delova vlade i sa njima povezanih agencija, zajedničko korišćenje baza podataka i resursa radi povećanja efikasnosti i efektivnosti.[10]

E-uprava je više fokusirana na samu upravu nego na elektronski segment upravljanja. Razvoj informacionog društva dovodi do značajnih promena što se tiče očekivanja građana, strukture organizacija, kulture i radnih pocesa.[11]

Efikasnost same e - uprave se unapređuje zahvaljujući razvoju informacionih i komunikacionih tehnologija koje omogućavaju efikasnije procesiranje i rad državne administracije. Internet -bazirane aplikacije omogućavaju uštede kod prikupljanja i isporučivanja podatka što predstavlja prednost kod informisanja i komuniciranja sa korisnicima. Značajno poboljšanje efikasnosti u budućnosti biće omogućeno razmenom informacija u okviru i između pojedinih baza podataka.

E - uprava podrazumeva upotrebu velikog broja novih tehnologija u radu e-uprave, uključujući i najsofisticiranije kao što su ekspertni pravni sistemi i automastko donošenje odluka.

2. Servisi e-uprave

U zadnjih nekoliko godina razvoj on-line javnih usluga, odnosno e-uprave u Evropskoj uniji je u značajnom porastu od oko 27% od 2001. do 2004. Ove usluge se u znatno većem procentu pružaju kompanijama u odnosu na procenat usluga koji se pruža građanima. Može se kostatovati da je isporuka on-line sofisticiranih javnih usluga u Evropskoj uniji, globalno gledano, prešla procenat od 65% još 2004.g.[12]

Dostupnost javnih usluga on-line u Evropskoj uniji posmatra se kroz realizaciju četiri faze dostupnosti:

1. Dostupnost informacija - informacije neophodne da bi se započela procedura,

---

[9] Igor Dikić, E-government, Internet: http://www.link.co.yu/ StudentskePrezentacije/Igor3703/Index.htm, 12. april 2005.

[10] World Bank, E-government Guideline, http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/ EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/EXTEGOVERNMENT/0,,menuPK:702592~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:702586,00.html

[11] Šta je eVlada? http://www.is.gov.ba/egovernment/, 17. septembar 2005.g.

[12] European Commission Directorate General for Information Society and Media, Online Availability of Public Services: How is Europe Progressing ? We Based Survey on Electronic Public Services Report of the Fifth Measurement October 2004, 4. March 2005, p. 45.

2. Interakcija u jednom pravcu - preko web strane se mogu preuzeti formulari,
3. Interakcija u oba pravca - preko web strane podnošenje popunjenih formulara uz autentifikaciju, i
4. Potpuni elektronski postupak - preko web strane potpuno pružanje usluge uključujući odlučivanje i dostavljanje odluke.

U planovima razvoja i centralne i lokalne e-uprave treba predvideti kao prioritet 20 servisa (12 za građane i 8 za privrednike) koji su kao takvi definisanih i od strane Evropske unije:

2.1. Servisi namenjeni građanima

1. Prijava poreza,
2. Pomoć u traženju posla,
3. Socijalna pomoć (za nezaposlene, dodaci za porodice, medicinska nega, studentski krediti i stipendije),
4. Lična dokumenta (pasoš, lična karta i vozačka dozvola),
5. Registracija automobila (novih i korišćenih),
6. Dobijanje građevinske dozvole,
7. Prijave policiji (npr: krađe, i sl.),
8. Javne biblioteke (uvid u katalog, pretraživanje),
9. Izvodi iz matičnih knjiga (rođeni, venčani, umrli, državljanstvo, prebivalište itd.),
10. Prijava i upis u oblasti obrazovanja,
11. Prijava promene adrese, i
12. Zdravstveni servisi (saveti, zakazivanje pregleda i sl.).

Naravno da se sa navedenih 12 vrsta usluga ne okončava ukupan spisak usluga koje se pružaju građanima u okviru e-uprave. Ovih 12 su najkarakterističnije i predstavljaju osnov za uvođenje e-uprave, a ukupan broj usluga koje se pružaju građanima, a koje e-uprava obuhvata, zapravo se poklapa i proističe iz ukupnosti nadležnosti centralnih i lokalnih organa uprave.

2.2. Servisi namenjeni kompanijama

Osam najvažnijih servisa koji su namenjeni privrednim subjektima su:
1. Socijalni doprinosi za zaposlene,
2. Porez na dobit preduzeća: poreska prijava, obaveštenje,
3. Porez na dodatu vrednost (PDV): poreska prijava, obaveštenje,
4. Registracija novog preduzeća,
5. Podnošenje podataka kancelarijama koje se bave statistikom,
6. Carinske deklaracije,
7. Dozvole u vezi sa životnom sredinom (uključujući i izveštavanje), i
8. Javna nabavka.

2.3. Servisi namenjeni javnim službenicima

Jedan od najvećih izazova realizacije koncepta e-uprave je povezivanje delova uprave kako bi se uspostavio protok informacija između različitih ministarstava i

odgovornih institucija. Prepreke ostvarivanju ovog cilja su obično pravne prirode, a ne tehničke prirode.[13]

Servisi e-uprave namenjeni javnim službenicima obuhvataju sve one informacije i baze podataka koje su neophodne za svakodnevni rad javnih službenika i sve one informacije i baze podataka koje im povremeno mogu zatrebati.

Jedna od važnih prepreka ostvarenju cilja e-uprave je i odgovarajući program osposobljavanje javnih službenika. Činjenica je da poboljšanje usluga direktno zavisi od stepena obrazovanja i osposobljenosti javnih službenika. Njihova osoposbljenost pored klasičnih načina mora se vršiti i učenjem na daljinu, odnosno kroz programe e-učenja u sklopu koncepta "doživotnog učenja".[14] Programi e-učenja i osposobljavanja javnih službenika za obavljanje poslova u okviru e-uprave moraju biti pažljivo planirani i izvedeni. Naročito je važno osmišljavanje motivacije javnih službenika za učešće u ovom procesu. Programi e-učenja mogu biti posvećeni problematici elektronskog potpisa, bezbednosti podataka, slobodnom pristupu informacijama, itd.

2.4. Implemantacija servisa e-uprave

Čak i za najjednostavniji upravni postupak, na primer promenu adrese stanovanja, potrebno je da se ostvare svi zakonski i tehnološki preduslovi. Prvo, potrebno je da svaki gradjanin može sa apsolutnom sigurnošću da bude pozitivno identifikovan od strane sistema. Potrebno je svim građanima izdati nove lične karte sa pametnim čipom (SMART), ili na drugi način osigurati primenu elektronskog potpisa. Drugo, potrebno je ostvariti bezbednu elektronsku komunikaciju između korisnika i sistema, bez obzira da li je korisnik na nekom javnom elektronskom kiosku ili u kancelariji ili kod kuće na svom ličnom računaru. Treće, ukoliko se za upravni postupak plaća nadoknada, potrebno je imati već ustanovljen i razrađen bankarski sistem za bezgotovinsko elektronsko plaćanje. Za uspešnu implementaciju e-uprave neophodno je realizovati:

- Elektronski registar građana
- Elektronski registar privrednih subjekata
- Posrednički softver za istovremeni pristup raznorodnim bazama podataka (middleware)
- Rečnik podataka informacionog sistema
- Sistem za administrativno poslovanje
- Elektronski katastar nepokretnosti
- Elektronski registar prostornih jedinica
- Elektronski sistem za pružanje socijalne zaštite
- Elektronski sistem za pružanje invalidsko – boračke zaštite

[13] Philip Leith, Legal Issues in E-government, http://www.lri.jur.uva.nl/~winkels/eGov2002/Leith.pdf, 11. januar 2006.

[14] Monica Palmirani, Michele Martoni, Sergio Niger, E-learning Legal Content, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/FIDv8.v1.pdf, 14. januar 2006.

- Elektronski sistem za brigu o deci i porodici
- Statistički informacioni sistem
- Elektronski registar matičnih knjiga rođenih, venčanih i umrlih
- Elektronski birački spisak
- Informacioni sistem pravosudnih organa
- Elektronski sistem državnog trezora
- Centralni registar sertifikacionih tela za izdavanje elektronskih potpisa
- Centralni sistem za kadrovsko poslovanje
- Opštinski sistemi poslovanje (različiti sistemi u većem broju opština)
- Elektronski registar nevladinih organizacija
- Zajednička mrežna infrastruktura republičkih organa
- Sistem zaštite zajedničke mreže republičih organa
- Internet pristup za državne organe
- Razvoj jedinstvenog izgleda i sistema navigacije internet prezentacija državnih organa (common look and feel).

Nakon uspešne implementacije svih segmenata e-uprave gradjanin će i dalje dolaziti na šalter MUP-a, ali mu sada sem lične karte ništa više neće biti potrebno. Radnik MUP-a će preko informacionog sistema trenutno dobiti izvod iz matične knjige rodjenih, izvod iz knjige državljana i podatke iz baze podataka građana. Takođe, na licu mesta će se digitalnim foto-aparatom snimiti portret građanina, a njegov potpis i otisak prsta će se takođe digitalizovati i dodati u bazu podataka. Pri narednom dolasku u MUP, radi produžetka ili vadjenja nekog drugog dokumenta, baza podataka će već sadržati fotografiju, potpis, i otisak prsta.

3. Pravni okvir e-uprave u nekim evropskim zemljama

U predlogu Ustava Evropske unije postoji pravni koncept prava na *dobru upravu* što se već utvrđuje i u pojedinim nacionalnim ustavima (npr. Finska). Termin "dobra uprava" podrazumeva postizanje efikasnosti birokratije, odnosno optimizovanje rada uprave na način da se sačuvaju prava građana. Dobra uprava danas funkcioniše preko umreženih pravnih baza podataka, odnosno automatizovane administracije što predstavlja suštinu e-uprave.[15]

Ciljevi realizacije politike e-uprave Evropske unije u sklopu Akcionog plana e-Evropa 2002, e-Evropa 2005, e-uprava i2010, e-eprava 2015 su da se razviju moderne javne usluge i dinamičko okruženje za elektronsko poslovanje. Osnovni indikatori realizacije ovog plana bili su: pristup i korišćenje interneta od strane građana, pristup i korišćenje informacionih i komunikacionih tehnologija od strane kompanija, troškovi internet pristupa, e-uprava, e-učenje, e-zdravstvo, e-poslovanje. Glavni indikator za e-upravu bio je: procenat osnovnih javnih usluga on-line dostupnih, a potom broj osnovnih javnih usluga dostupnih on-line putem u potpunosti. Istraživanjem je bilo obuhvaćeno 28 evropskih zemalja. Istraživanjem je bilo

[15] Ahti Saarenpää, E-government - Good Government: An impossible equation?, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/albaralop.pdf, 14. januar 2006.

obuhvaćeno posmatranje 20 osnovnih usluga javnog servisa: usluge koje se pružaju građanima (uplata poreza, traženje posla, socialna davanja, lični dokumenti, registracija kola, dozvole za gradnju, policijske prijave, javne biblioteke, izvodi rođenih i umrlih, više obrazovanje, promena prebivališta i boravišta, i zdravstvene usluge), usluge koje se pružaju kompanijama (socijalna davanja za zaposlene, porezi, izvozne deklaracije, registracija novih kompanija, popunjavanje i slanje statističkih podataka, carinske deklaracije, dozvole vezane za čovekovu okolinu i javne nabavke).[16]

Najveći broj evropskih zemalja još nije doneo posebne zakone o e-upravi već je doneo pojedinačne zakone kojima se regulišu određena pitanja vezana za e-upravu. Ti zakoni su: zakon o telekomunikacijama, zakon o elektronskom potpisu, zakon o slobodnom pristupu informacijama, zakon o zaštiti ličnih podataka, zakon o zaštiti potrošača, itd. Prilikom izrade strategije izgradnje e-uprave neophodno je odrediti instituciju unutra vlade koja će biti odgovorna za implementaciju, njene nadležnosti, kao i proceduru za pisanje i usvajanje dokumenata i pravnih propisa koji će regulisati pitanja, elektronske trgovine, zaštite prava intelektualne svojine, itd. Mogućnosti korišćenja otvorenog koda takođe mogu biti obuhvaćene ovakvim propisima.[17]

Osnovni princip pravnog regulisanja e-uprave je davanje jednakih šansi za sve koji učestvuju u procesu e-uprave, i davanje jednakih mogućnosti svim članovima društva da uzmu učešće u razvoju e-uprave bez obzira na njihov društveni status, mesto prebavališta, starost, isl. Takođe se mora omogućiti nevladinim organizacijama i pravnim licima da ravnopravno učestvuju u procesu izgradnje e-uprave i informacionog društva. Pravnim propisima se mora precizirati koje funkcije pojedinih institucija obuhvata e-uprava, sa tačno navedenim nadležnostima, pravima i obavezama i principima starteškog planiranja.

Neki od principa pravnog regulisanja e-uprave su:

- priznanje osnovnih prava i sloboda u sajber prostoru (pristup internetu, elektronske informacije i znanje),
- minimalno regulisanje (opšti princip regulisanja e-uprave),
- tehnološka neutralnost (ravnopravan tretman svih komunikacionih kanala između vlade i društva),
- univerzalni pristup i racionalni troškovi (pristup iz pošta, biblioteka, škola, itd.),
- relevantnost za sve grupe korisnika (G2C, G2B, G2G, manjine, starija lica, osobe sa posebnim potrebama, itd.),
- transparentnost i pristup informacijama (laka dostupnost informacijam), i

[16] European Commission Directorate General for Information Society and Media, Online Availability of Public Services: How is Europe Progressing ? We Based Survey on Electronic Public Services Report of the Fifth Measurement October 2004, 4. March 2005, p. 6.

[17] Rimantas Petrauskas, Mindaugas Kiškis, Teaching on E-government: aspects of legal environment, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/e-gov_straipsnis3.pdf, 14. januar 2006.

- povećavanje uloge samoregulacije i koregulacije (sadržaj, odgovornost operatera, procedure, zaštita potrošača, elektronski mediji, isl.).

Nužan preduslov ostvarenja elektronske vlade je reforma nacionalnog pravnog sistema. Da bi aktivnosti vlade na uspostavljanju e-uprave bile pravno regulisane i u okviru ustava, zakona i propisa neophodno je da budu usvojena pravna regulativa koja reguliše pitanja elektronskog potpisa, elektronske dokumentacije, elektronske komunikacije između vladinih institucija i građana, zaštitu podataka i sigurnost podataka, kao i druga pitanja vezana za elektronsku upravu.

Evropska unija je u proteklih petnaestak godina donela veliki broj pravnih akata koji regulišu oblast elektronske uprave.

U oblasti zaštite podataka i privatnosti doneta je 24. oktobra 1995.g. Direktiva 95/46/EC o zaštiti pojedinaca u odnosu na obradu ličnih podataka i u odnosu na slobodan protok takvih podataka. Direktiva 97/66/EC doneta je 15. decembra 1997.g. koja reguliše obradu ličnih podataka i zaštitu privatnosti u sektoru telekomunikacija.

U oblasti elektronske trgovine doneta je 8. juna 2000.g. Direktiva 2000/31/EC koja reguliše pojedine pravne aspekte usluga informacionog društva, posebno u oblasti elektronske trgovine.

U oblasti elektronskih komunikacija doneta je 7. marta 2002.g. Direktiva 2002/21/EC koja predstavlja osnovni regulativni okvir za mreže i usluge u oblasti elektronskih komunikacija. U ovoj oblasti 7. marta 2002.g. doneta je i Direktiva 2002/19/EC koja reguliše pristup i međusobnu povezanost elektronskih komunikacionih mreža. Dirktiva 2002/20/EC takođe je doneta 7. marta 2002.g. i reguliše oblast autorizacije elektronskih komunikacionih mreža, a Direktiva 2002/22/EC doneta takođe 7. marta 2002.g. reguliše univerzalne usluge i prava korisnika elektronskih mreža i usluga. Direktiva 2002/58/EC doneta 12. jula 2002.g. odnosi se na obradu ličnih podataka i zaštitu privatnosti u sektoru elektronskih komunikacija.

U oblasti elektronskog potpisa u Evropskoj uniji je još 13. decembra 1999.g. doneta Direktiva 1999/93/EC kojom se daje pravni okvir za regulisanje pitanja elektronskog potpisa.

U oblasti elektronskih javnih nabavki u Evropskoj uniji su donete 31. marta 2004.g. dve važna pravna dokumenta: Direktiva 2004/17/EC i 2004/18/EC koje se odnose na koordiniranje procedura javnih nabavki u oblasti voda, energije, transporta i poštanskih usluga (2004/17/EC) i u oblasti dodele ugovora o javnim radovima, uslugama (2004/18/EC).

U oblasti upotrebe informacija nastalih u javnom sektoru doneta je 17. novembra 2003.g. Direktiva 2003/98/EC koja reguliše oblast ponovne upotrebe informacija nastalih u javnom sektoru.

Pravni dokumenti Evropske unije koji predstavljaju okviri regulative elektronske uprava u zemljama Evropske unije implementirani su kroz nacionalna zakonodavtstva zemalja Evropske unije.

3.1. Austrija

Austrija je Zakon o e-upravi donela 27. februara 2004.g., a stupio je na snagu 1. marta 2004.g.[18] Ovaj Zakon obavezao je organe uprave u Austriji da u potpunosti pređu na elektronske transakcije i elektronsko pružanje usluga do 1. januara 2008.g.[19]

Austrijski zakon o e-upravi podeljen je na sedam delova: cilj i svrha zakona, identifikacija i autentifikacija u elektronskim komunikacijama sa javnim ustanovama, upotreba ličnih identifikacionih karti u privatnom sektoru, elektronska potvrda podataka, posebnosti elektronskog upravljanja podacima, kaznene odredbe, i prelazne i završne odredbe.

Osnovni cilj Austrijskog zakona o e-upravi je da unapredi pravnu relevantnost elektronskih komunikacija sa javnim ustanovama, potpuno precizno određuje ministarstva i organe koji treba da izvrše implementaciju ovog zakona.

Austrija je donela Ustavni zakon o pristupu informacijama još 1988.g, a u oblasti zaštite podataka donela je 2000.g. Zakon o zaštiti podataka usklađen sa Direktivom EU o zaštiti podatak aiz 1995.g.

Zakon o elektronskoj trgovini Austrija je donela 2002.g. u skladu sa Direktivom EU o elektronskoj trgovini iz 2000 g.

Zakon o telekomunikacijama Austrija je donela 2003.g.

Zakon o elektronskom potpisu Austrije donet je 1999.g. u skladu sa Direktivom EU o elektronskom potpisu iz 1999.g.

Zakon o javnim nabavkama Austrija je donela 2006.g. i on je u potpunosti usklađen sa svim direktivama EU u vezi sa elektronskim javnim nabavkama.

Zakon o korišćenju javnih informacija donet je 2005.g. u skladu sa Direktivom EU o korišćenju informacija javnog sektora iz 2003.g.

3.2. Italija

Na predlog italijanskog Ministarstva za inovacije i tehnologiju Parlament Italije je 7. marta 2005.g.[20] doneo Zakon o e-upravi. Cilj donošenja ovog zakona bio je da stvori okvir za razvoj e-uprave. Zakon sadrži niz pravila, obaveza, preporuka, i ciljeva u vezi upotrebe informaciono komunikacionih tehnologija u javnom sektoru. Zakon obavezuje javnu pravu da međusobno deli relevantne informacije u elektronskom smislu, određuje minimalni broj usluga koji se mora pružati građanima i kompanijama preko interneta, obavezuje upravu na prihvatanje elektronskog plaćanja od 1. januara 2006.g., upotrebu elektronske indentifikacione karte u korišćenju online usluga javne uprave od 1. januara 2007.g. Jedan od ciljeva ovog Zakona je da stvori "upravu bez papira". Zakonom o e-upravi se utvrđuje obaveza stvaranja

[18] Austrijski zakon o e-upravi objavljen je u austrijskom Službenom listu br. 10 iz 2004.g.

[19] The Austrian E-Government Act, http://europa.eu.int/idabc/en/ document/4507/5707, 14. januar 2006.g.

[20] Zakon o e-upravi objavljen je u italijanskom Službenom listu 16. maja 2005.g.

"informacionog autoputa" uprave, odnosno mreže različitih lokalnih, regionalnih i centralnih mreža kao i mreže 540 kancelarija Vlade Italije u inostrastvu koja će na primer ubrzati glasanje italijanskih građana u inostranstvu i stvaranje konzularnog registra. Italijanski Zakon o e-upravi predstavlja "ustav" za digitalni svet koji uspostavlja prava i obaveze i utvrđuje osnovne principe. Nova prava koja se garantuju građanima i kompanijama su: *pravo na upotrebu tehnologije* (pravo na upotrebu moderne tehnologije znači da ni jedan organ uprave neće smeti da zahteva od građanina ili kompanije da dođe u kancelariju da bi dobio informaciju ili potpisao papirni zahtev ili papirni dokument), *pravo na pristup i slanje digitalnog dokumenta* (sve kancelarije organa uprave moraju da se organizuju tako da omoguće građanima i kompanijama da upotrebom modernih tehnologija pristupaju digitalnim dokumentima na transparentan i bezbedan način), *pravo na sve vrste plaćanja elektronskim putem* (od 1. januara 2005.g. plaćanja organima uprave mogu se izvršiti elektronskim putem uz isključenje keš plaćanja, isključenje odlaska u poštu i banku), *pravo na korespodenciju sa javnim sektorom putem e-pošte* (slanje i primanje dokumenata online putem imaće punu pravnu snagu), *pravo na kvalitetnu usluga javne uprave* (organi uprave moraju organizovati pružanje usluga tako da se njihov kvalitet može redovno kontrolisati), *pravo na učešće u demokratskim procesima* (ostvarivanje političkih prava putem novih tehnologija), i *pravo na pronalaženje validnih online formi* (forme za sve birokratske procedure moraju biti dostupne u elektronskom obliku).

Zakon o e-upravi Italije predviđa kao alate za ostvarivanje predviđenih prava: *sertifikovanu e-poštu*, *digitalni potpis* (mnogo više sigurnosti od ručnog potpisa), *elektronske dokumente* (sa istom pravnom snagom kao i papirni dokumenti, a Zakon obavezuje sve organe uprave da stvaraju elektronske dokumente služeći se elektronskim protokolom i elektronskim popunjavanjem), *web site* (utvrđuju se precizne karakteristike i sadržaj), *elektronske karte* (elektronska identifikaciona karta i nacionalna uslužna karta).

Italijanska vlada je izračunala da će prelaskom na e-upravu ostvariti značajne uštede. Samo na dva segmenta: izdavanju dozvola uštedeće se godišnje 400 miliona eura, a slanjem e-pošte mesto klasične pošte oko 350 miliona eura.[21]

U oblasti slobodnog pristupa informacijama Italije je još 1990 donela Zakon o administrativnim procedurama i pristupu administrativnim dokumentima. Ovim Zakonom je formiran I Komitet za pristup administrativnim dokumentima.

U oblasti zaštite podataka Italija je donela 30 juna 2003 Zakon o zaštiti dokumenata koji je u potpunosti implementirao Direktivu zaštiti podataka EU iz 1995 i Direktivu o privatnosti I elektronskoj komunikaciji EU iz 2002.g.

U oblasti elektronske trgovine Italije je donela Uredbu o elektronskoj trgovini 9 aprila 2003 koja je implementirala Direktivu EU iz 2000.g.

U oblasti elektronske komunikacije Italije je donela Uredbu o elektronskim komunikacijam 31 jula 2003.

[21] E-government Code, http://www.innovazione.gov.it/, 19. januar 2006.g.

U oblasti elektronskog potpisa Italija je bila jedna od prvih zemalja koja je 15 marta 1997.g. donela Zakon o elektronskom potpisu.

U oblasti elektronskih javnih nabavki Italija je 12. Aprila 2006. Donela Zakon o javnim nabavkama koji je implementirao Direktive EU iz 2004.g.

U oblasti korišćenja informacija javnog sektora Italija je donela 24. Januara 2006. Uredbu koja je implementirala Direktivu EU o korišćenju informacija javnog sektora iz 2003.g.[22]

4. Pravni okvir e-uprave u nekim zemljama Jugoistočne Evrope

4.1. Pravi okvir e-uprave u Srbiji

U Srbiji je usvojena *Strategija razvoja informacionog društva* oktobra 2006.g,[23] *Strategija reforme državne uprave*[24] novembra 2004.g., pripremljen je *Strategija elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009 do 2013. godine*[25] i niz zakonskih tekstova koji predstavljaju preduslov funkcionisanja elektronske uprave.

Strategija razvoja informacionog društva Republike Srbije predviđa da se reforma i modernizacija državne uprave zasnovana na širokoj upotrebi informaciono-komunikacione tehnologije (IKT) i da predstavlja jedan od ključnih elemenata sveukupne tranzicije Republike Srbije u moderno informaciono društvo. Modernizacija državne uprave predstavlja korenitu promenu tradicionalnog načina na koji se obavljaju administrativni procesi u okviru države. Na taj način, e-uprava obezbeđuje efikasnije, transparentnije i odgovornije javne službe koje su prilagođene potrebama građana i privrede. [26] ,Cilj Strategije razvoja informacionog društva Republike Srbije između ostalih je i donošenje Zakona o elektronskoj upravi kojim će se regulisati pravna pitanja koja se odnose na elektronske javne usluge i široku upotrebu IKT u javnom sektoru.

Strategije reforme državne uprave u Republici Srbiji, koju je usvojila Vlada Republike Srbije 2004.g. predstavljaju temelj za sve aktivnosti kojima je cilj reforma državne uprave i lokalne samouprave. Kao jedan od ciljeva reforme državne uprave navedena je i izgradnja državne uprave usmerene ka građanima, koja je sposobna da građanima i privatnom sektoru pruži visok kvalitet usluga uz razumne troškove. Cilj modernizacije državne uprave, prema Strategiji, jeste da se uvođenjem informacionih tehnologija u rad državnih organa kako na centralnom, tako i na lokalnom nivou obezbedi građanima mogućnost da utiču na javni život. Informacione i

[22]E-Government Factsheet - Italy - Legal Framework, http://www.epractice.eu/en/document/288279, 27. april 2010.

[23] Vlada Republike Srbije, Strategija razvoja informacionog društva Republike ,Republike Srbije, http://www.rzii.sr.gov.yu, 28. decembar 2006.

[24] Vlada Republike Srbije, Strategija reforme državne uprave Republike Srbije, http://www.rzii.sr.gov.yu, 20. januar 2006.

[25] ,Strategija elektronske uprave u republici Srbiji za period od 2009 do 2013. godine - Predlog, http://www.mtid.sr.gov.yu, 17. avgust 2009.

[26] Vlada Republike Srbije, Strategija razvoja informacionog društva Republike ,Republike Srbije, http://www.rzii.sr.gov.yu, 28. decembar 2006.

komunikacione tehnologije u ovom segmentu omogućavaju građanima elektronsku dostupnost najrazličitijih servisa i to na principu pune transparentnosti, a takođe omogućava građanima da javno iskažu svoj stav vezano za funkcionisanje državne uprave i obavljanje javnih poslova.

Strategija elektronske uprave u Republici Srbiji za period od 2009 do 2013. godine utvrđuje načela koja će omogućiti ostvarivanje elektronske uprave: načelo korišćenja raspoloživih podataka po službenoj dužnosti, načelo jedinstvenog šaltera, načelo dostupnosti javnih podataka u elektronskoj formi, načelo dostupnosti elektronskih usluga, nčelo nezanemarivanja klasičnog oblika pružanja usluga, načelo primene informaciono komunikacionih tehnologija u novim uslugama, načelo izbegavanja tehnološke zavisnosti, načelo informacione bezbednosti, i načelo kadrovske osposobljenosti. Jedan od pripriteta u Predlogu Strategije elektronske uprave je stvaranje centralnog portala elektronske uprave koji će omogućiti pružanje zajedničkih usluga građanima i preduzećima. Uz Predlog Strategije elektronske uprave u Republici Srbiji u periodu o 2009 do 2013. godine priložen je i Plan aktivnosti koji između ostalog predviđa: izmenu Zakona o opštem upravnom postupku, izradu Zakona o arhivskoj građi i arhivskoj službi, izrada Zakona o informacionoj bezbednosti, izmenu propisa o kancelarijskom poslovanju i drugih podzakonskih akata koji bi omogućili potpunu upotrebu elektronskih dokumenata, itd.

Zakon o elektronskom potpisu donet je 2004.g.[27] i njime se uređuje upotreba elektronskog potpisa u pravnim poslovima i drugim pravnim radnjama, kao i prava, obaveze i odgovornosti u vezi sa elektronskim sertifikatima, ako posebnim zakonima nije drukčije određeno. Podzakonska akta za sprovođenje Zakona o elektronskom potpisu čine: Pravilnik o evidenciji sertifikacionih tela, Pravilnik o Registru sertifikacionih tela za izdavanje kvalifikovanih elektronskih sertifikata u Republici Srbiji, Pravilnik o tehničko - tehnološkim postupcima za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa i kriterijumima koje treba da ispune sredstva za formiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa, i Pravilnik o bližim uslovima za izdavanje kvalifikovanih elektronskih sertifikata.

Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja donet je 5. novembra 2004.g.[28] i njime se uređuje pravo na pristup informacijama od javnog značaja kojima raspolažu organi javne vlasti, radi ostvarenja i zaštite interesa javnosti da zna i ostvarenja slobodnog demokratskog poretka i otvorenog društva. Radi ostvarenja prava, Zakonom se ustanovljava Poverenik za informacije od javnog značaja, kao samostalan državni organ, nezavisan u vršenju svoje nadležnosti.

Zakon o registraciji privrednih subjekata donet je 2004.g.[29] uređuje uslove, predmet i postupak registracije u Registar privrednih subjekata, kao i način vođenja Registra privrednih subjekata.

---

[27] Zakon o elektronskom potpisu, Službeni glasnik Republike Srbije, br: 135/04.

[28] Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Službeni glasnik Republike Srbije" br. 120/04.

[29] Zakon o registraciji privrednih subjekata, Službeni glasnik Republike Srbije, br: 55/04.

Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala usvojen je 15.jula 2005. godine.[30] Ovim zakonom obrazuju se specijalizovani državni organi radi otkrivanja, krivičnog gonjenja i suđenja za: 1) krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka određena krivičnim zakonom; 2) krivična dela protiv intelektualne svojine, imovine i pravnog saobraćaja kod kojih se kao objekat ili sredstvo izvršenja krivičnog dela javljaju računari, računarske mreže, računarski podaci, kao i njihovi proizvodi u materijalnom ili elektronskom obliku, ako broj primeraka autorskih dela prelazi 500 ili nastala materijalna šteta prelazi iznos od 850.000 dinara. U Okružnom javnom tužilaštvu u Beogradu koje je nadležno za teritoriju Srbije, ovim zakonom se obrazuje posebno Odeljenje za borbu protiv visokotehnološkog kriminala (Posebno tužilaštvo).

Krivični zakonik je donet 29. septembra 2005. godine.[31] Usvajanjem ovog zakona krivično pravna materija je zaokružena i usklađena sa međunarodnim konvencijama. Zakonom su na jednom mestu obuhvaćena sva krivična dela i uveden je veći broj krivičnih dela koje naše zakonodavstvo nije poznavalo. Nova krivična dela, između ostalog, odnose se na kompjuterski kriminal, zaštitu autorskih prava i dr.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti je donet 23. oktobra 2008.godine. [32] Ovim zakonom se uređuju uslovi za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti, prava lica i zaštita prava lica čiji se podaci prikupljaju i obrađuju, ograničenja zaštite podataka o ličnosti, postupak pred nadležnim organom za zaštitu podataka o ličnosti, obezbeđenje podataka, evidencija, iznošenje podataka iz Republike Srbije i nadzor nad izvršavanjem ovog zakona. Poslove zaštite podataka o ličnosti obavlja Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, kao samostalan državni organ, nezavisan u vršenju svoje nadležnosti.

Zakon o elektronskom dokumentu je donet 8. jula 2009. godine.[33] Ovim zakonskim tekstom uređuju se uslovi i način postupanja sa elektronskim dokumentom u pravnom prometu, upravnim, sudskim i drugim postupcima, kao i prava i obaveze i odgovornosti privrednih društava i drugih pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica, državnih organa, organa teritorijalne autonomije i organa jednica lokalne samouprave i organa preduzeća, ustanova, organizacija i pojedinaca kojima je povereno vršenje poslova državne uprave, odnosno javnih ovlaštenja u vezi sa elektronskim dokumentom. Zakonom o elektronskom dokumentu regulišu se pitanja kao što su šta je to elektronski dokument, kakva je njegova punovažnost i dokazna snaga, način izrade, dostavljanja, čuvanja i zaštite elektronskog dokumenta, kao i pitanja vezana za nadzor, kazne, i donošenje podzakonskih akata vezanih za primenu ovog zakona.

Pored već donetih zakonskih propisa u oblasti e-uprave Srbija se nalazi tek na početku stvaranja e-uprave i neophodno je što hitnije doneti niz novih zakonskih

[30] Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala, Službeni glasnik Republike Srbije, br: 61/05.
[31] Krivični zakonik, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/05.
[32] Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 97/08.
[33] Zakon o elektronskom dokumentu, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 51/09.

tekstova (Zakon o elektronskoj upravi, Zakon o elektronskom pristupu građana javnim servisima, Zakon o korišćenju informacija nastalih u javnom sektoru, itd.). Donošenjem ovih zakona u narednom periodu i njihovom adekvatnom implementacijom u bitnoj meri popravio bi se kvalitet života građana Srbije i stvorio bi se mnogo bolji poslovni ambijent neophodan kompanijama.

Hrvatska

Nacionalna strategija za razvoj informacionog društva u Hrvatskoj je inicirana pre desetak godina, a doneta je i usvojena početkom 2002. godine. Nakon izbora u decembru 2003. godine, uspostavljeno je posebno telo pri vladi za razvoj elektronske uprave, sa ciljem da do 2007. godine realizuje zadatke u ovoj i oblastima elektronskog obrazovanja i zdravstva, za koje članice EU imaju rok do 2005. godine. U hrvatskoj upravi učinjeni su bitni pomaci u izgradnji i poboljšanju komunikacione infrastrukture i mreže, ali i na planu regulative.

U Hrvatskoj nastoje da obezbede potpunu "bezpapirnost" na sednicama vlade, jer se trenutno koristi mnoštvo papirnih dokumenata, koje je teško uobličiti i prirediti za dostavljanje svakom učesniku. Korišćenje portala za ministre maksimalno je pojednostavljeno, a komande se daju olovkom za pisanje po ekranu, bežičnim mišem ili dodirom prsta ("touch screen" tehnologija), uz prethodnu identifikaciju (PIN broj korisnika). Uz već navedene akcije, tokom sednice, kroz portal se odvija i komunikacija učesnika - dnevni red, primedbe, prilozi, zapisnici ranijih sednica, arhiva, glasanje… [34]

Pitanje slobodnog pristupa informacijama u Hrvatskoj je regulisano Zakonom o pravu na pristup informacijama usvojenom 2003.g. (NN/172/2003). U oblasti zaštite podataka i privatnosti Hrvatska je usvojila 2003.g. Zakon o zaštiti ličnih podataka (NN/103/2003). U oblasti elektronske trgovine Hrvatka je usvojila 2008.g. Zakon o elektronskoj trgovini (NN/73/2008), a u oblasti regulative elektronskog potpisa u Hrvatskoj je usvojen Zakon o elektronskom potpisu 2002.g. koji je izmenjen 2008.g. (NN/10/2002 i NN/80/2008). U oblasti elektronskih javnih nabavki nema posebno usvojene pravne regulative, ali postojećim Zakonom o javnim nabavkama iz 2001 i podzakonskim aktima 2002.g. predviđena je obaveza objavljivanja tendera na internetu. U oblasti korišćenja informacija javnog sektora u Hrvatskoj nije usvojena specifična regulativa, ali je jedan deo ove materije regulisan Zakonom o elektronskom dokumentu koji je donet 2005.g. (NN/150/2005).[35]

Crna Gora

[34] Aleksandar Janković, I globalno i lokalno, http://www.ekonomist.co.yu/magazin/ebit/08/uprava/up.htm, 2. april 2005.

[35] E-Government Factsheet - Croatia - Legal framework, http://www.epractice.eu/en/document/288433, 27. april 2010.

Strategiju razvoja informacionog društva – put u društvo znanja Vlada Crne Gore je usvojila zajedno sa akcionim planom 17. Juna 2004.g.[36] Ona je zasnovana na usvojenim programima Evropske unije: Informaciono društvo za sve, eEurope +, itd.. Prema ovoj Strategiji polazi se od činjenice da javna uprava igra veoma važnu ulogu u evropskom socijalnom i ekonomskom modelu.

U "Strategiji razvoja informacionog društva – put u društvo znanja" definisani su ciljevi E-uprave u Crnoj Gori do 2007. godine:

- Implementirati sve zakone potrebne za elektronsko poslovanje državne uprave i biznisa.
- Sve organe državne uprave i lokalne samouprave povezati u jedinstvenu i bezbednu širokopojasnu Internet/Intranet mrežu.
- U upotrebi su javne pristupne tačke u svim mestima u Crnoj Gori sa najmanje 500 stanovnika.
- Sve škole priključiti na Internet.
- Sve državne zdravstvene ustanove priključiti na Internet.
- Uspostaviti osnovne registre – građana, prostora, biznisa.
- Uspostaviti informacioni servisi za većinu administrativnih procedura na državnom i lokalnom nivou.
- Uspostaviti informacioni sistem za potrebe kulture i turizma.

U "Strategiji razvoja informacionog društva – put u društvo znanja" definisani su i projekti servisa za građane i projekti servisa za poslovne organizacije kao segmenti e-uprave u Crnoj Gori do 2007. godine.

Predviđeni servisi za građane su (G2C):

- Prijava poreza
- Pomoć u traženju posla
- Socijalna pomoć (za nezaposlene, dodaci za porodice, medicinska nega, studentski krediti i stipendije)
- Lična dokumenta (pasoš, lična karta i vozačka dozvola)
- Registracija automobila
- Građevinske dozvole
- Prijava policiji (krađe, npr.)
- Javne biblioteke (uvid u katalog, pretrage)
- Uverenja (rođeni, venčani, umrli, državljanstvo, prebivalište itd)
- Prijava i upis za visoko obrazovanje
- Prijava promene adrese
- Zdravstveni servisi (saveti, prijava za pregled i sl.)
- Instrukcije za administrativne procedure
- Obrasci formulara i uputstva za popunjavanje
- Lokalni i centralni birački spiskovi

[36] Republički sekretarijat za razvoj, Strategija razvoja informacionog društva – put u društvo znanja, Internet: http://www.rsr.cg.yu, 20. oktobar 2004.g.

- Taxi dozvole on-line
- Prijave građana tržišnoj inspekciji

Predviđeni servisi za poslovne organizacije su (G2B):

- Prijavljivanje i uplata doprinosa za penzijsko i zdravstveno osiguranje
- Obračun, prijavljivanje i plaćanje korporativnog poreza
- VAT: podnošenje prijave, uplate, povraćaj
- Registracija preduzeća
- Slanje podataka statističkoj agenciji (MONTSTAT-u)
- Carinska deklaracija
- Ekološke dozvole
- Javne nabavke
- Službeni list
- Instrukcije za administrativne procedure
- Upravni dokumenti i obrasci
- Aktuelna zakonska i upravna regulativa

U Crnoj Gori su doneti: Zakon o elektronskom potpisu i Zakon o elektronskoj trgovini. Zakonom o elektronskom potpisu, koji je donet 24. Septembra 2003.g. napravljen je i prvi korak ka elektronskom poslovanju, a potom je 22. Decembra 2004.g. donet i Zakon o elektronskoj trgovini.

Zakonom o elektronskom potpisu uređuje se upotreba elektronskog potpisa u pravnom prometu, upravnim, sudskim i drugim postupcima, kao i prava, obveze i odgovornosti pravnih i fizičkih lica u vezi sa elektronskim certifikatima, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Ovim Zakonom u opštim odredbama, pored predmeta Zakona definisani su i osnovni pojmovi, kao što su: elektronski dokument, elektronski potpis, napredni elektronski potpis, certifikat, kvalifikovani certifikat, itd. Posebne odredbe zakona posvećene su elektronskom dokumentu, elektronskom potpisu i naprednom elektronskom potpisu, certifikatima, i davanju usluga certifikovanja, pravima, obavezama i odgovornostima potisnika i davalaca usluga certifikovanja, kao i nadzoru nad radom davalaca certifikata. Pored navedenih Zakon o elektronskom potpisu sadrži kaznene odredbe i prelazne i završne odredbe.

Zakonom o elektronskoj trgovini uređuje se pružanje usluga na razdaljinu, uz naknadu, putem elektronske opreme za obradu i skladištenje podataka na lični zahtev korisnika (u daljem tekstu: usluge informacionog društva), odgovornost davalaca usluga informacionog društva i pravila u vezi sa zaključivanjem ugovora u elektronskoj formi. Posebnom odredbom ovog Zakona definisano je na koje se oblasti ovaj Zakon ne primenjuje. Posebnom odredbom definisano je značanje pojedinih izraza kao što su: usluga informacionog društva, ugovor u elektronskoj formi, itd. Posebnim odredbama Zakona definisana je primena domaćih propisa i izuzetak od primene domaćih propisa. Sloboda pružanja usluga definisana je posebnom odredbom Zakona o elektronskoj trgfovini. Sa nekoliko posebnih članova definisana je obaveza informisanja i komercijalna poruka. Poseban deo Zakona o elektronskoj trgovini posvećen je ispravama u elektronskom obliku: formi i punovažnosti ugovora,

ugovorima na koje se ne primenjuje Zakon, supsidijarnoj primeni propisa, elektronskom potpisu, obaveznim podacima i obaveštenjima pre zaključenja ugovora, dostupnosti ugovora, potvrdi prijema elektronske poruke, i trenutku zaključenja ugovora. Poseban deo Zakona o elektronskoj trgovini posvećen je odgovornosti davalaca usluga informatičkog društva: isključenju odgovornosti, privremenom skladištenju podataka, trajnijem skladištenju podataka, linkovima, i obaveznim obaveštenjima. Zakonom o elektronskoj tgovini predviđeno je da nadzor nad sprovođenjem Zakona vrši organ državne uprave nadležan za poslove informatike, preko inspektora, u skladu sa zakonom. Posebnim članom Zakona o elektronskoj trgovini definisane su radnje prekršaja Zakona, novčane kazne i zabrana obavljanja delatnosti. Prelaznim i završnim odredbama Zakona o elektronskoj trgovini predviđeno je primenjivanje jedne odredbe Zakona nakon službenog prijema Crne Gore u Evropsku uniju, i samo stupanje na snagu Zakona.

U "Strategiji razvoja informacionog društva – put u društvo znanja" definisani su i projekti segmenta pravne i inftastrukture e-uprave u Crnoj Gori do 2007. godine:

- Zakon o prijavi prebivališta i boravišta
- Zakon o evidenciji ličnih stanja
- Zakon o crnogorskom državljanstvu
- Zakon o registru građana
- Zakon o ličnoj karti
- Zakon o azilu (deo koji se odnosi na ličnu kartu tražioca azila i ličnu kartu i druge isprave za izbeglice)
- Zakon o strancima (deo koji se odnosi na ličnu kartu za strance)
- Zakon o putnim ispravama
- Zakon o poslovnom registru
- Zakon o registru prostora
- Zakon o registru administrativnih adresa
- Zakon o privatnosti i dostupnosti informacija
- Zakon o državnom arhivu
- Zakon o državnoj statistici
- Zakon o elektronskoj trgovini
- Zakon o zaštiti intelektualne svojine
- Podzakonski propisi Zakona o bezbednosti na putevima (deo koji se odnosi na vozačke i saobraćajne dozvole)
-

Slovenija

Slovenija je o uspostavljanju elektronske uprave, kao načinu približavanja najrazvijenijim evropskim zemljama, počela da razmišlja još pre 20 godina! Od 1993. godine, krenulo se u ubrzavanje zakonodavnog postupka i transformisanje procedura u državnoj upravi i ta faza je trajala sve do 2002. godine. Od 2002. godine, kada su temeljno implementirane i završene proceduralne transformacije, uspostavljen je portal i komunikacija sa građanima, čije je rešenje, na osnovu ostvarenih efekata u

praksi, dobilo mnoga internacionalna priznanja, uključujući i samu EU, Microsoft i IBM. Od 2003. godine krenulo se u realizaciju usvojenih projekata za razvijanje elektronske komunikacije sa poslovnim subjektima i drugim upravama, a shodno takvoj strategiji, i sam portal je podeljen na tri dela. U delu koji se odnosi na komunikaciju vlada - vlada radi se o ostvarivanju efikasnije komunikacije unutar same vlade i sa drugim državnim organima i vladama, a naročito sa administracijom u Briselu. To nije ni malo lak posao, s obzirom na to da, od momenta kada je Slovenija primljena u EU, dnevno iz Brisela je stizalo oko 200 dokumenata koje "brzometno" treba analizirati i na njih odgovoriti. Ipak, u ovom trenutku, fokus je na ubrzanom razvoju efikasne komunikacije sa poslovnim subjektima, jer je to ocenjeno kao prioritet u daljoj strategiji ekonomskog približavanja najrazvijenijim evropskim zemljama, ali i kao šansa za domaći biznis na globalnom nivou. U Sloveniji su realizacije projekata počele da bivaju efikasnije od momenta kada su kao partneri angažovane firme i započeo rad sa spoljnim timovima, što je doprinelo boljoj kontroli celog procesa i većem poštovanju zadatih rokova.[37]

Slovenija je svoju pravnu regulativu regulativu u oblasti elektronske uprave usklađivala sa pravnom regulativom Evropske unije u različitim oblastima. U oblasti slobodnog pristupa javnim informacijama donet je Zakon o slobodnom pristupu javnim informacijama 2003.g. godine koji je izmenjen 2006.g. Ovim pravnim aktom uspostavljano je nezavisno telo nadležno za omogućavanje pristupa javnim informacijama i izvršeno je usklađivanje sa Direktivom 2003/4/EC o pristupu javnim informacijama. U oblasti zaštiti podataka i privatnosti u Sloveniji je u julu 2004.f. donet Zakon o zaštiti ličnih podataka koji je u slovenačko zakonodavtsvo u potpunosti implementirao Direktivu 95/46/EC o zaštiti podataka. U oblasti elektronske trgovine Slovenački parlament je 13. juna 2000.g. usvojio Zakon o elektronskoj trgovini i elektronskom potpisu. U oblasti elektronskih komunikacija Slovenija je prvog maja 2004. godine usvojila Zakon o elektronskim komunikacijama koji je kasnije izmenjen 2006.g. Ovaj zakon je u potpunosti implementirao Direktive EU 2002/19/EC, 2002/20/EC, 2002/21/EC, 2002/22/EC, 2002/58/EC koje se odnose na ovu oblast. U oblasti elektronskih javnih nabavki Slovenija je usaglasila svoj Zakon o javnim nabavkama u decembru 2006.g. u potpunosti sa direktivama EU iz ove oblasti (2004/17/EC i 2004/18/EC). U oblasti korišćenja informacija nastalih u javnom sektoru Slovenija je implementirala Direktivu 2003/98/EC u svoje zakonodavstvo izmenom Zakona o pristupu javnim informacijama jula 2005.g. i donošenjem posebne Uredbe o komunikaciji i korišćenju javnmih informacija u avgustu 2005.g. Slovenija je tokom 2006.g. donela još dva zakona i to Zakon o zaštiti dokumenata i arhiva u arhivskim institucijama i Zakon o čuvanju dokumentacije i arhiva koji regulišu čuvanje elektronskih sadržaja.[38]

[37] Zorica Žarković, Koristimo domaće, http://www.ekonomist.co.yu/ magazin/ebit/34/upr/up, 20. januar 2006.

[38] E-Government Factsheet - Slovenia - Legal framework, http://www.epractice.eu/en/document/288361, 27. april 2010.

Bivša jugoslovenska republika Makedonija

Strateški program za period 2006-2010 Makedonije za razvoj informacionih tehnologija i informacionog društva predviđa osnivanje Ministartsva za informaciono društvo i definisanje Nacionalne strategije i Akcionog plana za razvoj informacionog društva. Ovim dokumentima predviđen je i proces reforme javne administracije kao ključnog preduslova za stvaranje elektronske uprave.

U oblasti slobodnog pristupa informacijama u Makedoniji je 25. januara 2006.g. donet Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja. Ovim Zakonom je formirana i Komisija za zaštitu prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja. U oblasti zaštite podataka i privatnosti u Makedoniji je donet 2005.g. Zakon o zaštiti ličnih podataka koji je usaglašen sa Direktivom EU iz te oblasti (95/46/EC). U oblasti elektronske trgovine u Makedoniji je donet Zakon o elektronskoj trgovini 26. oktobra 2007.g. koji reguliše pitanja usluga informacionog društva i elektronske trgovine. U oblasti elektronskih komunikacija Makedonija je usvojila Zakon o elektronskim komunikacijama 15. februara 2005.g. Na osnovu ovog Zakona osnovano je novo nezavisno telo Agencija za elektronske komunikacije. U oblasti elektronskog potpisa u Makedoniji je 2001.g. donet Zakon o podacima u elektronskoj formi i elektronskom potpisu. U oblasti elektronskih javnih nabavki Makedonija je 2007.g. donela Zakon o javnim nabavkama koji je implementirao rešenja predviđena direktivama EU u ivoj oblasti (2004/17/EC i 2004/18/EC). U oblasti korišćenja informacija javnog sektora Makedonija je samo neke aspekti iz ove oblasti regulisala već pomenutim Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.[39]

4.6. Bugarska

Strateški program za razvoj informacionog društva u Bugarskoj od 2008-2010 godine donet je u Bugarskoj oktobra 2008.g. U realizaciji tog strateškog dokumenta Bugarska je 2009.g. razvila program širokopojasnog pristupa internetu, razvila je iste godine portal objedinjenih zdravstvenih informacija i sistem elektronskog plaćanja, a 2010.g. je razvila pametne elektronske kartice u oblasti zdravstva i počela je sa testiranjem sistema elektronskih usluga centralne vlasti i 13 lokalnih samouprava.

Zakon o elektronskoj upravi Bugarske stupio je na snagu 13. juna 2008.g. Ovim Zakonom regulišu se pitanja korišćenja elektronskih dokumenata i pitanja vezana za funkcionisanje servisa elektronske uprave. Zakon se odnosi na državnu upravu, ali na neke druge institucije: notare, obrazovne institucije, zdravstvene institucije, poštu, telekom, itd.

U oblasti slobodnog pristupa informacijama u Bugarskoj je usvojen Zakon o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja 2000.g. koji je izmenjen juna 2007.g.

[39] E-Government Factsheet - Former Yugoslav Republic of Macedonia - Legal framework, http://www.epractice.eu/en/document/ 288469, 27. april 2010.

U oblasti zaštite podatak i privatnosti u Bugarskoj je donet 2001.g. Zakon o zaštiti ličnih podataka koji je izmenjen 2007.g. Ovaj zakon je usaglašen sa Direktivom EU iz te oblasti (95/46/EC). Na osnovu ovog Zakona formirano je nezavisno telo Komisija za zaštitu podataka o ličnosti 2003.g.

U oblasti elektronske trgovine u Bugarskoj je donet Zakon o elektronskoj trgovini 2006.g. u cilju implementacije Direktive EU iz ove oblasti 2000/31/EC.

U oblasti elektronskih komunikacija Bugarska je izmenila Zakon o telekomunikacijama 2006.g.

U oblasti pravne regulative elektronskog potpisa Bugarska je još 2001.g. donela Zakon o elektronskom dokumentu i elektronskom potpisu. Ovaj Zakon je usaglašen sa Direktivom EU 1999/93/EC, a pojedine odredbe Zakona o elektronskoj upravi iz 2008.g. regulišu i pojedina pitanja elektronskog potpisa.

Zakon o javnim nabavkama Bugarske iz 2004.g. koji je izmenjen 2006.g. usaglašen je sa odredbama direktiva EU iz 2002.g. u oblasti regulisanja pitanja elektronskih javnih nabavki.

U oblasti korišćenja informacija javnog sektora Bugarska se usaglasila sa pravnim propisima EU tako što je je izmenila Zakon o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja 2007.g.[40]

4.7. Rumunija

Rumunija je usvojila Strategiju puta u informaciono društvo i društvo zasnovano na znanju za period 2009-2013.g. U cilju modernizacije javne uprave Rumunije je indetifikovala više ciljeva od kojih je jedan od najznačajnijih usklađivanje pravne regulative u ovoj oblasti sa propisima EU.

U oblasti slobodnog pristupa informacijama u Rumuniji je usvojen Zakon o slobodnom pristupu informacija od javnog značaja 2001.g.

U oblasti zaštite podatak i privatnosti u Rumuniji je donet 2001.g. Zakon o zaštiti ličnosti koja se odnosi na obradu ličnih podataka i slobodan protok tih podataka, a iste godine je donet i Zakon o obradi ličnih podataka i zaštiti privatnosti u elektronskom komunikacionom sektoru koji je usaglašen sa Direktivom EU 2002/58/EC..

U oblasti elektronske trgovine u Rumuniji je donet Zakon o elektronskoj trgovini 2002g. koji je izmenjen 2006g. u cilju implementacije Direktive EU iz ove oblasti 2000/31/EC.

U oblasti elektronskih komunikacija Rumuniji je donela neophodne zakonske i podzakonske akte i u potpunosti primenila direktive EU iz ove oblasti 2002/19/EC, 2002/20/EC, 2002/21/EC, i 2002/22/EC. Rumunije je donela 2003.g. Zakon o univerzalnim uslugama i pravima korisnika koja se odnose na mreže i elektronsku komunikaciju.

[40] E-Government Factsheet - Bulgaria - Legal framework, http://www.epractice.eu/en/document/288396, 27. april 2010.

U oblasti pravne regulative elektronskog potpisa Rumunija je još 2001.g. donela Zakon o elektronskom elektronskom potpisu.

U oblasti elektronskih javnih nabavki Rumunija je donela neophodne propise i usaglasila svoje zakonodavtsvo sa direktivama EU iz 2004.g. 2004/17/EC i 2004/18/EC.

U oblasti korišćenja informacija javnog sektora Rumunija je donela Zakon o informacijama javnog sektora 2007.g. i tako se usaglasila sa pravnim propisima EU, odnosno Direktivom 2003/98/EC..[41]

5. Zaključak

Evropska unija u svim svojim strateškim dokumentima daje izuzetan značaj stvaranju preduslova za e-upravu. Veliki broj programa koji su u toku, ili će biti u toku do 2015.g. obuhvataju unapređenje e-uprave: Modinis[42] , eTEN[43] , IST[44] , IDABC[45] i CIP[46]. Svi ovi programi su u funkciji upravljanja i implementacije "Akcionog plana e-uprave i2010 - ubrzanje e-uprave u Evropi u korist svih".

Kao nužan preduslov ostvarenja e-uprave na nivou Evropske unije je svakako reforma nacionalnih pravnih sistema i postojanje jasnih nacionalnih strategija i akcionih planova e-uprave. Neke od zemalja Evropske unije kao što su Austrija, Velika Britanija, Irska, Finska, Italija, Norveška i Danska izrazito su napredovale u razvijanju e-uprave i poboljkšanju usluga koje pružaju građanima i privredi.

Promene i inovacije u javnim upravama zemalja članica Evropske unije bez sumnje su ključne za globalnu konkurentnost Evropske unije, a e-uprava je glavno sredstvo za ostvarenje ovog cilja. U nekim zemljama Evropske unije razvoj e-uprave je prilično odmakao, pa se recimo samo u Danskoj zahvaljujući e-upravi ostvaruju uštede od oko 200 miliona eura (150 miliona u okviru usluga koje se pružaju građanima, i 50 miliona u okviru usluga koje se pružaju kompanijama).

U zemljama Jugoistočne Evrope napravljeni su neki pomaci i iskoraci u razvoju e-uprave, i na taj način su one prešle deo puta približavanja zemljama Evropske unije u ovoj oblasti, ali je do potpunog usaglašavanja u ovoj oblasti potrebno učiniti još puno kako u oblasti usaglašavanja pravne regulative, tako i u oblasti implementacije novousvojenih rešenja. Elektronska uprava u zemljama Jugoistične Evrope postaće realnost tek kada najveći broj servisa namenjen građanima i kompanijama bude u punoj upotrebi.

Literatura

[41] E-Government Factsheet - Romania - Legal framework, http://www.epractice.eu/en/document/288406, 27. april 2010.
[42] http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/modinis/
[43] http://europa.eu.int/information_society/activities/eten/
[44] http://www.cordis.lu/ist/
[45] http://europa.eu.int/idabc/
[46] http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/cip/

Ahti Saarenpää, E-government - Good Government: An impossible equation?, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/albaralop.pdf.

Alexander, Cynthia J. and Leslie A. Pal. Digital Democracy: Policy and Politics in the Wired World. Toronto: Oxford University Press, 1998.

C. Centeno, R. van Bavel and J-C. Burgelman, *"eGovernment in the EU in the next decade: the vision and key challenges"*, http://www.jrc.es/home/publications/publications.html.

Commision of the European Communities, *"Proposal for an Action Plan for the Implementation of the Legal Framework for Electronic Public Procurement"***,** Brussels, 13.12.2004, pp. 56.

Commision of the European Communities, *"i2010 eGovernment Action Plan: Accelerating eGovernment in Europe for the Benefit of All"*, Brussels, 25.04.2006 COM(2006) 173 final.

E-government Code, http://www.innovazione.gov.it/.

European Commission Directorate General for Information Society and Media, *Online Availability of Public Services: How is Europe Progressing ? We Based Survey on Electronic Public Services Report of the Fifth Measurement October 2004*, 4. March 2005, pp. 67.

IDABC eGovernment Observatory, "eGovernment in the Member States of the European Union", Brussels, 2005. str. 556, http://europa.eu.int/idabc.

John Morison, e-Government: a new architecture of government and a new challenge for learning and teaching public law, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/JMfinaldraft.pdf, 15. januar 2006.g.

Jos Dumortier, *E-Government and Digital Preservation*, http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/ documentos/Albareccin_JosDumortier.pdf.

Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine, *Nacionalna strategija za informaciono društvo u Srbiji*, http://www.bos.org.yu/cepit/strategija/.

Monica Palmirani, Michele Martoni, Sergio Niger, *E-learning Legal Content,* http://www.unizar.es/derecho/fyd/lefis/documentos/FIDv8.v1.pdf.

Philip Leith, *Legal Issues in E-government***,** http://www.lri.jur.uva.nl/~winkels/eGov2002/ Leith.pdf.

The Austrian E-Government Act**,** http://europa.eu.int/idabc/en/document/4507/5707.

UN Department of Economic and Social Affairs, Division for Public Administration and Development Management, *UN Global E-government Readiness Report 2005 - From E-government to E-inclusion*, New York, 2005, pp. 270.

Vlada Republike Srbije, Strategija reforme državne uprave Republike Srbije, http://www.rzzi.sr.gov.yu.

World Bank, *Definition of E-Government* http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/EXTEGOVERNMENT/0,,contentMDK:20507153~menuPK:702592~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:702586,00.html.

World Bank, *E-government Guideline*, http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTINFORMATIONANDCOMMUNICATIONANDTECHNOLOGIES/EXTEGOVERNMENT/0,,menuPK:702592~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:702586,00.html

Zorica Žarković, Srbija čeka, http://www.ekonomist.co.yu/magazin/ebit/34/upr/upr1.htm.

Dragan Prlja, Ph.D,
research associate, Institute of Comaparative Law, Beograd

E-GOVERNMENTS IN EUROPEAN UNION AND COUNTRIES OF THE SOUTHEASTERN EUROPE

Summary

European Union gives extraordinary importance to developing preconditions for e-government, in its strategic documents. Great number of ongoing programmes, or ones planned in near future, encompass promotion of e-government. Reform of national legal systems and existence of clear national strategies and action plans of e-government, as well as harmonization of legal acts in this area, are necessary prerequisites for achieving e-government at the EU level. SEE countries also give great attention to development of e-government and harmonization of their legal acts in this area with ones of European Union. Harmonization between regulation of SEE countries and EU has been achieved in great degree, but implementation of legal solutions is not being accomplished on same pace in all of SEE countries. It is necessary that those existing differences should be overcome. All strategic documents of SEE countries contain plans for harmonization of all aspects of legislation and implementation for the rules concerning electronic government, so it is expected that even better results will be accomplished in near future.

Key words: E-government, Southeastern Europe, Legal system, Harmonization.

Doc.dr Vladimir Đurić
naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu Beograd

SLOBODA VEROISPOVESTI I PRAVNI SUBJEKTIVITET CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA U ZEMLJAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

Apstrakt

Sloboda veroispovesti je prema karakteru subjekata koji je uživaju i načinu uživanja individualno pravo, ali i pravo koje se uživa u zajednici sa drugima. U radu autor analizira institucionalnu, odnosno korporativnu dimenziju slobode veroispovesti, njeno ustavnopravno proklamovanje, kao i zakonsko uređivanje načina njenog ostvarivanja u zemljama bivše Jugoslavije. Ustavi bivših jugoslovenskih republika normiraju da se sloboda veroispovesti uživa u zajednici sa drugima, ili proklamuju da je javno i privatno ispoljavanje vere slobodno. U svim ustavnim sistemima, crkve i verske zajednice posebna su ustavna kategorija i odvojene su od države. Zakonsko regulisanje institucionalne dimenzije slobode veroispovesti počiva na shvatanju da su crkve i verske zajednice subjekti korporativne verske slobode, a njihov pravni identitet određen je, između ostalog, i njihovim verskim identitetom. Sticanje pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica prema zakonodavstvu većine bivših jugoslovenskih republika vrši se u posebnom upravnom postupku upisom u odgovarajući registar, ali su kontinuitet delovanja i poseban status tradicionalnih crkava i verskih zajednica priznati pojedinim crkvama i verskim zajednicama samim zakonima. U mnogim zemljama moguće je zaključivanje i posebnih sporazuma između države i crkava i verskih zajednica. Zakonodavstva bivših jugoslovenskih republika pravnom subjektivitetu crkava i verskih zajednica priznaju poseban karakter koji je u funkciji održavanja saradnje koja u javnom domenu postoji između države i crkava i verskih zajednica i koju ustavno proklamovanje načela odvojenosti države od crkava i verskih zajednica ne isključuje.

Ključne reči: sloboda veroispovesti, ustav, crkva, verska zajednica,pravni subjektivitet

Sloboda veroispovesti predstavlja jednu od osnovnih ljudskih sloboda. Budući da spada u lična prava i slobode, zapravo prava i slobode ispoljavanja ličnosti[1], sloboda veroispovesti bila je veoma rano proklamovana u pravnim aktima kojima su garantovana ljudska prava i slobode i, u tom smislu, pripada prvoj generaciji ljudskih prava i sloboda. Danas je u većini država ustavom potvrđena sloboda veroispovesti, pa i u onima državama u kojima postoji režim državne religije, ali u kojima se građanima priznaje pravo da pripadaju ili ne pripadaju državnoj religiji.[2]

[1] P.Nikolić, Ustavno pravo, Beograd 1994. str.159
[2] D.Stojanović, Ustavno pravo knj.1. Niš 2003.str.395

Sloboda veroispovesti sadržana je i u nizu međunarodnih dokumenata posvećenih ljudskim pravima. U periodu od donošenja Univerzalne deklaracije o pravima čoveka 1948. odnosno od početka internacionalizacije ljudskih prava i sloboda, do Povelje o osnovnim pravima EU iz Nice 2000, širen je sadržaj slobode veroispovesti.[3] Širenje sadržaja slobode veroispovesti vršeno je i državnim ustavima tako da u vezi sa slobodom veroispovesti neki ustavi sadrže i posebna prava, npr. pravo da se odbije vojna služba sa oružjem i pravo roditelja da deci osiguraju nastavu u skladu sa svojim verskim ubeđenjima.[4]

Sloboda veroispovesti nije isključivo individualno pravo. Često se ona pogrešno svodi na tu individualnu komponentu.[5] Prema karakteru subjekata koji je uživaju i načinu uživanja, sloboda veroispovesti je individualno pravo, ali i pravo koje se uživa u zajednici sa drugima[6], odnosno ta sloboda podrazumeva i institucionalnu versku slobodu koju ponekad teorija čak naziva korporativna sloboda.[7] Jednostavno rečeno - sloboda veroispovesti obuhvata dve stvari: slobodu javnog ispovedanja i vršenja vere, sa jedne strane i slobodu stvaranja veroispovednih udruženja, sa druge strane.[8] Svi međunarodnopravni akti koji proklamuju slobodu veroispovesti predviđaju da se sloboda veroispovesti ispoljava pojedinačno, ili u zajednici sa drugima. Evropski sud za ljudska prava stoji na stanovištu da se član 9. Konvencije koji garantuje slobodu veroispovesti mora tumačiti i u kontekstu člana 11. Konvencije koji garantuje slobodu udruživanja i štiti udruženja od neopravdanog mešanja države jer verske zajednice tradicionalno postoje u vidu organizovanih struktura. U toj perspektivi, prema shvatanju Suda, pravo vernika na slobodu veroispovesti koje obuhvata i pravo na ispoljavanje vere u zajednici sa drugima, obuhvata i očekivanje da će im biti dopušteno da se udružuju slobodno, bez proizvoljnog mešanja države.[9] Sa druge strane, tamo gde može da dođe do sukoba između pojedinačnog i kolektivnog aspekta člana 9. po pravilu je poželjno razmotriti mogućnost može li da prevlada kolektivno, a ne pojedinačno ispoljavanje uverenja, zato što je „crkva organizovana verska zajednica koja se temelji na identičnim ili barem suštinski sličnim pogledima“ te je stoga „sama zaštićena u svom pravu na ispoljavanje vere, organizovanje i ispoljavanje

[3] Članom 18. Univerzalne deklaracije predviđeno je da sloboda veroispovesti uključuje promenu vere ili ubeđenja, kao i javno i privatno manifestovanje vere putem nastave, vršenja kulta i obavljanja obreda. Članom 9. st.1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđeno je da svako ima pravo na slobodu veroispovesti i da to pravo uključuje slobodu promene vere i slobodu javnog ili privatnog ispoljavanja vere ili uverenja molitvom, propovedi, običajima i obredom.

[4] D.Stojanović, n.m.

[5] S.Avramović, Crkva i država u savremenom pravu, Prilozu nastanku državno-crkvenog prava u Srbiji, Beograd 2007. str. 98

[6] V.Dimitrijević, M.Paunović, Ljudska prava, Beograd, 1997.str.176

[7] isto,n.m.

[8] S.Jovanović, Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1995,str.509.

[9] Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova, br. 45701/ 99 st.118

molitve, propovedi, običaja i obreda, i slobodna je da postupa jednoobrazno i da nametne jednoobraznost u svim tim pitanjima.“[10]

Institucionalna, odnosno korporativna dimenzija slobode veroispovesti, njeno ustavnopravno proklamovanje, kao i zakonsko razrađivanje njenog ostvarivanja u zemljama bivše Jugoslavije, predmet je analize ovog rada.

Ustavnopravno garantovanje slobode veroispovesti i odredbe o pravnom položaju crkava i verskih zajednica

Ustavi bivših jugoslovenskih republika sadrže odredbe o sekularnom karakteru države, odnosno o odvojenosti crkve i verskih zajednica od države i položaju crkava i verskih zajednica. Odredbe o odvojenosti crkava i verskih zajednica od države u sistematici ustava izložene su ponekad u odeljku koji sadrži osnovne odredbe, odnosno pre odredbi kojima je garantovana sloboda veroispovesti.

Ustav Republike Slovenije u članu 7. propisuje da su država i verske zajednice odvojene (st.1.) i da su verske zajednice ravnopravne, a njihovo delovanje slobodno (st.2.). Slobodi veroispovesti posvećen je član 41. Ustava čiji je rubrum ***sloboda savesti***. Stavom 1. tog člana predviđeno je da religija i druga uverenja mogu da budu slobodno ispoljavani, dok je stavom 2. propisano da niko nije dužan da se izjašnjava o svojim religioznim ili drugim uverenjima. Slovenački Ustav predviđa i posebna prava u vezi sa slobodom veroispovesti. Članom 41.st.3. normirano je pravo roditelja da svojoj deci pruže verski i moralni odgoj u skladu sa svojim uverenjima, ali i da versko i moralno usmerenje pruženo deci treba da bude u skladu sa njihovim godinama, zrelošću, kao i u skladu sa njihovom slobodom verskog i drugog opredeljenja. Članom 46. predviđeno je da će prigovor savesti biti dopušten u slučajevima predviđenim zakonom kada se njime ne umanjuju prava i slobode drugih lica.

Ustav Republike Hrvatske jamči u članu 40. slobodu savesti i veroispovesti i slobodno javno ispoljavanje vere ili drugog uverenja. Članom 41. predviđeno je da su sve verske zajednice jednake pred zakonom i odvojene od države (st.1.), da su slobodne da u skladu sa zakonom javno obavljaju verske obrede, osnivaju škole, učilišta, druge zavode, socijalne i dobrotvorne ustanove kojima mogu da upravljaju i da u svojoj delatnosti uživaju zaštitu i pomoć države (st.2.).

Članom 14. Ustava Crne Gore predviđeno je da su verske zajednice odvojene od države i da su ravnopravne i slobodne u vršenju verskih obreda i verskih poslova. Sloboda veroispovesti garantovana je članom 46. Ustava. Tim članom čiji je rubrum sloboda misli, savesti i veroispovesti svakome se jemči pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti, kao i pravo da promeni veru ili uverenje i sloboda da sam, ili u zajednici sa drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, propovedima, običajima ili obredom. Prema st. 2. istog člana Ustava, niko nije obavezan da se izjašnjava o svojim verskim ili drugim uverenjima, dok je stavom 3. propisano da se sloboda ispoljavanja verskih uverenja može ograničiti samo ako je to

[10] DŽ.Murdok, Sloboda misli, savesti i veroispovesti, Vodič za primenu člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima,Beograd 2008. str. 31. sa pozivom na X v. the United Kingdom, (1981) DR 22, str. 27

neophodno radi zaštite života i zdravlja ljudi, javnog reda i mira, kao i ostalih prava zajemčenih Ustavom.

Ustav BiH u članu 2. st.3. među nabrojanim pravima u tački g. navodi slobodu misli, savesti i veroispovesti.

Ustav Republike Srbije izričito proklamuje svetovnost države. U okviru člana 11. Ustava, osim odredbe stava 1. o svetovnosti države, propisuje se da su crkve i verske zajednice odvojene od države (st.2.), kao i da se nijedna religija ne može uspostaviti kao državna ili obavezna. Sloboda veroispovesti garantovana je u okviru člana 43. koji je posvećen slobodi misli, savesti i veroispovesti. Stavom 1. tog člana zajamčena je sloboda misli, savesti, uverenja i veroispovesti, pravo da se ostane pri svom uverenju ili veroispovesti ili da se oni promene prema sopstvenom izboru. Prema stavu 2. istog člana Ustava, niko nije dužan da se izjašnjava o svojim verskim i drugim uverenjima. Ispoljavanje vere je prema odredbi stava 3. istog člana slobodno jer se propisuje da je svako slobodan da ispoljava svoju veru ili ubeđenje veroispovedanja, obavljanjem verskih obreda, pohađanjem verske službe ili nastave, pojedinačno ili u zajednici s drugima, kao i da privatno ili javno iznese svoja verska uverenja. Sloboda ispoljavanja vere ili uverenja može se, prema stavu 4. istog člana Ustava ograničiti zakonom, samo ako je to neophodno u demokratskom društvu, radi zaštite života i zdravlja ljudi, morala demokratskog društva, sloboda i prava građana zajemčenih Ustavom, javne bezbednosti i javnog reda ili radi sprečavanja izazivanja ili podsticanja verske, nacionalne ili rasne mržnje. Ustav Republike Srbije predviđa i posebna prava u vezi sa slobodom veroispovesti. Tako, prema stavu 5. člana 43. Ustava, roditelji i zakonski staraoci imaju pravo da svojoj deci obezbede versko i moralno obrazovanje u skladu sa svojim uverenjima. Ustav Republike Srbije sadrži i posebne odredbe o crkvama i verskim zajednicama. Član 44. Ustava predviđa u stavu 1. da su crkve i verske zajednice ravnopravne i odvojene od države, dok se stavom 2. propisuje da su crkve i verske zajednice slobodne da samostalno uređuju svoju unutrašnju organizaciju, verske poslove, da javno vrše verske obrede, da osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da njima upravljaju, u skladu sa zakonom.

Ukoliko se pažljivo sagledaju i uporede izložene ustavne odredbe može da se dođe do nekoliko zanimljivih opažanja, naročito u kontekstu izloženog razlikovanja dimenzija slobode veroispovesti. Najpre, jezički posmatrano, nijedan od ustava čije su odredbe izložene ne izdvaja izričito slobodu veroispovesti, već je označava kao slobodu savesti (Slovenija), savesti i veroispovesti (Hrvatska), odnosno kao jedinstvenu slobodu misli, savesti i veroispovesti (Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Srbija). Iako *prima facie* takvo svrstavanje slobode veroispovesti ne znači i negiranje njene posebnosti od strane ustavotvorca i pre se može posmatrati kao izraz doslednog preuzimanja međunarodnog normiranja, ipak je jasno da se njime sloboda veroispovesti, makar i u terminološkoj ravni, u većoj meri vezuje za pojedine slobode koje su, više nego što je to sloboda veroispovesti,

individualnog karaktera i da može da bude od značaja, makar i pojmovnog, u zakonskoj razradi načina uživanja te slobode[11]

Ustavi ne određuju u svim državama jednoobrazno sadržinu slobode veroispovesti. Slovenački Ustav ne određuje izričito sadržinu slobode veroispovesti već predviđa da religija može da bude slobodno ispoljavana, ali i da je delovanje verskih zajednica slobodno. Ustav Republike Hrvatske jamči slobodno javno ispoljavanje vere, ali i posebno normira da su verske zajednice slobodne da u skladu sa zakonom javno obavljaju verske obrede, osnivaju škole, učilišta, druge zavode, socijalne i dobrotvorne ustanove kojima mogu da upravljaju i da u svojoj delatnosti uživaju zaštitu i pomoć države. Ustav Crne Gore nešto šire određuje sadržinu slobode veroispovesti uključujući u nju i pravo da se promeni vera i sloboda da se javno ili privatno, ispoljava vera molitvom, propovedima, običajima ili obredom, a vršenje verskih obreda i verski poslova od strane verskih zajednica čini slobodnim. Ustav Republike Srbije u slobodu veroispovesti uvršatava i pravo individue da se ostane pri svojoj veroispovesti ili da je promeni prema sopstvenom izboru, dok slobodno iospoljavanje vere vezuje za veroispovedanja, obavljanje verskih obreda, pohađanje verske službe ili nastave, kao i za mogućnost da se privatno ili javno iznose verska uverenja. Sa druge strane, Ustav jamči da su crkve i verske zajednice slobodne da samostalno uređuju svoju unutrašnju organizaciju, verske poslove, da javno vrše verske obrede, da osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da njima upravljaju.

Iako ustavi ne određuju jednoobrazno sadržinu slobode veroispovesti, ipak predviđaju u okviru istih ustavnopravnih sistema istu sadržinu za oba vida slobode veroispovesti, kako za njenu individualnu dimenziju, tako i za institucionalnu, što može da rodi značajne pravne dileme i ostavlja otvoreno pitanje za zakonsko regulisanje, ili ustavnosudsko odlučivanje.[12]

---

[11] . Tako, jezičkim formulacijama ustavnih odredbi poput onih kojima se predviđa da religija i druga uverenja mogu da budu slobodno ispoljavani, da niko nije dužan da se izjašnjava o svojim religioznim ili drugim uverenjima, ili da se svakome jemči pravo da promeni veru ili uverenje, što je inače u skladu sa međunarodnim standardima, sloboda veroispovesti biva u velikoj meri izjednačena sa jednim vidom uverenja, kao nesumnjivo širi, ali po svojoj prirodi, pretežno individualnog pojma shvaćenog kao subjektivni sud o nekoj pojavi, odnosno kao vlastitog pogleda na svet pojedinca. Sloboda veroispovesti je nesumnjivo, prema odredbama svih međunarodnih ugovora u oblasti ljudskih prava, veoma povezana sa slobodom uverenja. Međutim, iako je i Komitet za ljudska prava UN u Opštem komentaru br. 22 na član 18. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima stao na stanovište da sloboda misli, savesti i veroispovesti obuhvata i slobodu ličnih uverenja, upravo je isti Komitet povodom jedne individualne predstavke (M.A.B, W.A.T. and J.A.Y. T. V. Canada – Communication No.570/1993.) istakao da se ne može svako uverenje smatrati obuhvaćenim zaštitom slobode misli, savesti i veroispovesti.

[12] Primera radi, u Sloveniji Ustav ne reguliše izričito mogućnost verskih aktivnosti u školama. Povodom jednog slučaja, Ustavni sud je stao na stanovište da Ustav niti dozvoljava, niti zabranjuje verske aktivnosti u školama, budući da ne reguliše izričito to pitanje. Takav stav bi mogao da vodi zaključku da tu materiju treba da reguliše zakonodavac. Međutim, polazeći od principa odvojenosti države i verskih zajednica, Sud je došao do čudnog kriterijuma na osnovu kog je ocenjivao da li su odredbe Zakona o obrazovanju kojima se zabranjuje verska aktivnost u javnim školama u suprotnosti sa pozitivnim aspektom slobode veroispovesti, principom jednakosti, pravom roditelja, itd.Sud je naime, polazeći od principa odvojenosti verskih zajednica i države, dilemu preokrenuo u pitanje da li princip odvojenosti treba da bude interpretiran u svetlu slobode veroispovesti, ili je taj princip osnovni

U pojedinim ustavnim tekstovima, kao što je to slučaj u Sloveniji i Hrvatskoj, nisu precizno utvrđeni titulari slobode veroispovesti. Sa druge strane, ustavi Crne Gore i Republike Srbije izričito predviđaju da se ispoljavanje veroispovesti može vršiti pojedinačno ili u zajednici sa drugim licima, što svakako uključuje i strane državljane.

Svi ustavi izričito proklamuju da su crkve i verske zajednice odvojene od države. Štaviše, Ustav Republike Srbije, osim odredbe prema kojoj su da su crkve i verske zajednice odvojene od države, u posebnoj odredbi propisuje i da je Srbija svetovna država, ne određujući prirodu, niti sadržaj pojma svetovnost koji je normativno razdvojen od koncepa odvojenosti crkava i verskih zajednica od države.

Ustavi ne određuju pojam crkve i verske zajednice. Štaviše, ustavi ni ne koriste istovetne pojmove. Ustavi Slovenije, Hrvatske i Crne Gore koriste isključivo pojam verske zajednice, a ne i crkve i verske zajednice što, prema nekim autorima, ne odgovara stvarnom stanju i potrebama zato što se crkve, u poimanju i razumevanju samih sebe, ne određuju kao verske zajednice čime se uzurpira pravo da se država sasvim neprihvatljivo i neprikladno meša u unutrašnji život religijskih zajednica do te mere da se nekima od njih ne priznaje ni njihovo ime.[13] Takva ustavna određenja ne samo da nameću formalno pitanje mogućnosti da se zakonskim tekstovima, makar i terminološki, propust ustavotvorca dopuni, već nagoveštavaju i složenija pitanja, počev od pitanja mogućih vidova pravnog regulisanja odnosa između države i crkava i verskih zajednica kao oblika kolektivnog ispoljavanja slobode veroispovesti.

Pravno regulisanje odnosa između države i crkava i verskih zajednica

Iako se izloženim ustavnim odredbama upućuje na zakonsko regulisanje pojedinih pitanja u vezi sa regulisanjem odnosa između države i crkava i verskih zajednica, ipak je takav pristup u delu naučne javnosti i praksi izazvao izvesne nedoumice. Najpe, treba istaći da su pojedini autori sa područja bivše Jugoslavije, polazeći od stava da zakon predstavlja izraz samo jedne volje i to volje državne vlasti, stali na stanovište da se zakonskim regulisanjem uzajamnih odnosa crkve i verskih zajednica i države, dovodi u pitanje suština načela odvojenosti države od crkava i verskih zajednica i da bi, u tom smislu, bolji, prihvatljiviji, pravno logičniji i na ustavu zasnovaniji model bio model ugovornog regulisanja tih odnosa.[14] U teoriji je isticano da je s pogledom na raznovrsnost

---

kriterijum za ocenu slobode veroispovesti. Sud je stao na stanovište da princip odvojenosti države i verskih zajednica nalaže da verski sadržaj ne može da bude deo javnog obrazovanja pri čemu je, po nekim autorima, Sud izveo zaključak koji nije osnovan, budući da je sloboda veroispovesti jedno od osnovnih i najzaštićenijih prava i ustavnih vrednosti i da, kao takva, ne može da bude nadmašena principom odvojenosti – B.Ivanc, The Case Law of the Slovenian Constitutional Court in the Area of Freedom of Religion and Beliefs, Legal Aspects of Religious Freedom, Ljubljana 2008.p.253,254.

[13] T.Vukšić, Sloboda vjere i stabilnost multikonfesionalnog društva, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa «Pravni položaj crkava i vjerskih zajedncia u Crnoj Gori danas»,Nikšić, 2009.str. 97,99,100.

[14] V.Džomić, Pravni položaj crkava i vjerskih zajednica u Crnoj Gori, Zbornik radova sa Međunarodnog naučnog skupa «Pravni položaj crkava i vjerskih zajedncia u Crnoj Gori danas»,Nikšić, 2009.str.180

veroispovednih organizacija gotovo nemoguće o svim veroispovestima doneti jedan istio zakon.[15] Takođe, u pojedinim državama bilo je mišljenja da zbog specifičnosti problematike, nikakav zakon kojim bi se pravno uredila pitanja odnosa između države i crkava i verskih zajednica, kao i pravni položaj crkava i verskih zajednica, nije potreban, već da su dovoljni članovi Ustava koji uređuju područije verske slobode.[16]

Bilo kako bilo, sve države opredelile su se za zakonsko regulisanje ovih pitanja i imaju zakone kojima se reguliše materija odnosa između države i crkava i verskih zajednica, kao i pravni položaj crkava i verskih zajednica. Međutim, zakonsko regulisanje te problematike, prema svom predmetu, sadržini i vremenu nastanka nije jednoobrazno. Hrvatska je 2002. donela Zakon o pravnom položaju verskih zajednica[17], Bosna i Hercegovina je 2004. na državnom nivou usvojila Zakon o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica u BiH[18], Republika Srbija je 2006. donela Zakon o crkvama i verskim zajednicama [19], dok je Slovenija 2007. usvojila Zakon o verskoj slobodi.[20] Sasvim je specifičan slučaj Crne Gore. Crna Gora je naime jedina od bivših jugoslovenskih republika u kojoj je na snazi Zakon o pravnom položaju verskih zajednica koji je donesen 1977. Dakle, već na osnovu naziva, jasno je kakva je hijerarhija vrednosti zakonodavca i od koje se dimenzije slobode veroispovesti polazi u zakonskom regulisanju načina njenog uživanja i ostvarivanja, ali i da je, sudeći prema izloženim nazivima zakona, osim u Sloveniji, u fokusu pažnje zakonskog regulisanja pre svega institucionalna dimenzija slobode veroispovesti.

Iako nema izričitih ustavnih odredbi, u Republici Hrvatskoj i Republici Sloveniji, osim donesenih zakona, zaključeni su i posebni ugovori sa crkvama i verskim zajednicama. Takvi sporazumi po svom karakteru nisu istovetni akati. Ugovori sa Svetom stolicom su po svojoj prirodi međunarodni ugovori koji su u hijerarhiji pravnih akata iznad ostalih akata.[21]Sporazumi sa ostalim crvama i verskim zajednicama u Sloveniji su zaključeni i pre stupanja na snagu Zakona iz 2007. dok su u Republici Hrvatskoj zaključeni na osnovu člana 9. Zakona o pravnom položaju verskih zajednica kojim je predviđeno da se pitanja od zajedničkog interesa za Republiku Hrvatsku i jednu ili više verskih zajednica mogu uređivati ugovorom koji zaključuju Vlada Republike Hrvatske i verska zajednica.[22]Sadržaj tih ugovora je uglavnom sličan – oni sadrže odredbe kojima se reguliše način obaveštavanja Vlade o imenovanju verskih velikodostojnika, vršenje verskog vaspitanja u predškolskim ustanovama i veronauke u školama, služba u vojsci, policiji, bolnicama, zatvorima, itd, civilno priznavanje braka sklopljenog pred verskim službenikom, održavanje kulturne

[15] S.Jovanović,n.d.str.512
[16] V.Lončarević, Pravni položaj crkava i vjerskih zajednica te njihovo stjecanje pravne osobnosti u Republici Hrvatskoj, http://www.reformator.hr/Pdf/Vjerske%20zajednice%20u%20Hrvatskoj%20Loncarevic.pdf
[17] Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica, «Narodne novine», br.83/02
[18] Zakon o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u BiH, «Službeni glasnik BiH» br.5/04
[19] Zakon o crkvama i verskim zajednicama, «Službeni glasnik RS»br.36/06
[20] Zakon o verskoj slobodi, «Uradni list RS» br.14/07
[21] D.Čepar, Religious Freedom and Religious Communities in the Republic of Slovenia, in The State and Religion in Slovenia, Ljubljana 2008.p.20; V.Lončarević, n.d.
[22] V.Lončarević, n.d.

baštine u vlasništvu verskih zajednica i finansijska pomoć verskim zajednicama. Mogućnost zaključivanja ugovora kojim bi se uredila pitanja od zajedničkog interesa za BiH i jednu ili više crkava i verskih zajednica, predviđa i član 15.st.1. Zakona o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica u BiH.

U zakonskom regulisanju pitanja odnosa između države i crkava i verskih zajednica i pravnog položaja verskih zajednica posebnu pažnju zavređuju statusnopravna pitanja, zapravo pitanja pravnog subjetiviteta crkava i verskih zajednica.

Zakonski pojam crkve i verske zajednice

Ukoliko se zakonski reguliše materija odnosa između države i crkava i verskih zajednica, kao i pravni položaj verskih zajednica, odmah se nameće pitanje šta se može smatrati crkvom ili verskom zajednicom i da li je pojam crkve i verske zajednice uopšte moguće odrediti zakonom? Zakonska rešenja u zemljama bivše Jugoslavije su različita. Slovenija, Hrvatska i BiH, zakonom su odredile pojam crkava i verskih zajednica. Prema članu 7.st.1.Zakona o verskoj slobodi Slovenije, crkva ili verska zajednica je dobrovoljno, neprofitno udruženje fizičkih lica istovetnih verskih uverenja, ustanovljeno sa ciljem javnog i privatnog ispovedanja vere, koje ima odgovarajuću strukturu, organe i autonomna interna pravila, kao i odgovarajuće bogosluženje, druge verske obrede i ispovedanje vere. Prema članu 8. istog Zakona, lica istog verskog uverenja mogu da ustanove crkvu ili versku zajednicu u cilju izražavanja svojih verskih uverenja. Zakon o pravnom položaju verskih zajednica Republike Hrvatske u članu 1. definiše versku zajednicu kao zajednicu fizičkih osoba koje ostvaruju slobodu veroispovesti jednakim obavljanjem verskih obreda i drugim ispoljavanjem svoje vere koja je upisana u Evidenciju verskih zajednica u Republici Hrvatskoj. Zakon o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica u BiH određuje u članu 2. st.3. crkve i verske zajednice kao zajednice, ustanove i organizacije vernika, osnovane u skladu sa vlastitim propisima, naučavanjima, verama, tradicijama i praksom, kojima je priznata pravna sposobnost i koje su upisane u Registar crkava i verskih zajednica u BiH. Zakon o pravnom položaju verskih zajednica Crne Gore ne određuje pojam verske zajednice. Zakon o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije takođe ne sadrži pojam crkve i verske zajednice, ali se na osnovu odredbe člana 18. st.2. Zakona kojom je predviđeno da se za upis u Registar podnosi zahtev koji sadrži odluku o osnivanju verske organizacije, sa podacima o osnivačima,statut ili drugi dokument verske organizacije koji, između ostalog, sadrži opis organizacione strukture i način upravljanja, kao i prikaz osnova verskog učenja, verskih obreda, verskih ciljeva i osnovnih aktivnosti verske organizacije, može da zaključi da je crkva, odnosno verska zajednica u pravnom poretku Republike Srbije organizacija koja ima odgovarajuću strukturu i način upravljanja koji su utvrđeni autonomnim aktima, kao i sopstveno versko učenje i obrede.

Crkve i verske zajednice kao pravna lica

Budući da je pravni status crkava i verskih zajednica u funkciji ostvarivanja institucionalne, odnosno kolektivne dimenzije slobode veroispovesti, za naučnu analizu njenog zakonskog regulisanja u zemljama bivše Jugoslavije od izuzetnog značaja je da se utvrdi pravni status crkava i verskih zajednica.

Svi zakoni izričito predviđaju da crkve i verske zajednice imaju status pravnog lica. Ipak, uporedna rešenja u pogledu karaktera statusa pravnog lica koje crkve imaju su različita.Slovenački zakon izričito predviđa u članu 6.st.3. da su registrovane crkve pravna lica privatnog prava. Istovetno rešenje o građansko-pravnom svojstvu verskih zajednica sadrži i član 2.st.5. crnogorskog Zakona o pravnom položaju verskih zajednica. Sa druge strane, rešenja sadržana u zakonima BiH i Republike Srbije su normativno donekle drugačija. Zakoni tih država naime izostavljaju izričito određenje da crkve i verske zajednice imaju karakter pravnih lica građanskog prava i propisuju samo da su crkve i verske zajednice pravna lica. Štaviše, prema članu 2.st.1. Osnovnog ugovora između BiH i Svete stolice, BiH priznaje Katoličkoj crkvi javnu pravnu sposobnost. Ostavljajući po strani složenu problematiku razlikovanja između tzv. pravnih lica privatnog i pravnih lica javnog prava, kao i teorijsko pitanje šta uopšte znači status pravnog lica javnog prava i da li je on moguć u pravnim sistemima zemalja bivše Jugoslavije, kao i da li je javna pravna sposobnost istovetna statusu pravnog lica javnog prava, ipak treba istaći da čak i u zemljama u kojima se izričito predviđa da su crkve i verske zajednice pravna lica privatnog prava, (a što je svakako posledica teorijskog pristupa oličenog u naglašenijem isticanju individualne komponenete slobode veroispovesti) zakoni propisuju *posebnu ulogu koju one imaju u društvu*. Tako, primera radi, slovenački zakon predviđa u članu 5.st.1. da su organizacije od opšte dobrobiti crkve i verske zajednice koje promovišu duhovnost i ljudsko dostojanstvo u privatnom i javnom životu, koje se u verskom životu staraju da osmisle egzistenciju i koje u isto vreme vrše važnu ulogu u javnom životu kroz svoje delovanje razvijanjem svojih kulturnih, obrazovnih, solidarističkih, dobrotvornih i drugih aktivnosti sa područija socijalne države čime bogate nacionalni identitet i imaju važnu društvenu ulogu.

Crkve i verske zajednice su u svom položaju ravnopravne u okviru državnog pravnog poretka. To sledi kako iz niza izričitih ustavnih odredbi, tako i iz ustavnih i zakonskih odredbi o zabrani verske diskriminacije. Načelo odvojenosti verskih zajednica od države i garantija ravnopravnosti crkava i verskih zajednica pred državom po nekim autorima ima i značaj za ostvarivanje individualne dimenzije slobode veroispovesti jer osigurava da i pripadnici različitih vera i verskih zajednica budu ravnopravni.[23] Takođe, garantovanje ravnopravnosti crkava i verskih zajednica pred državom vodi zaključku da njihov pravni položaj mora biti isti što podrazumeva i to da moraju biti ista vrsta pravnih lica.[24]

[23] S.Sokol, B.Smerdel, Ustavno pravo, Zagreb 1992.str.50.

[24] N.Đurđević, Ostvarivanje slobode veroispovesti i pravni položaj crkava i verskih zajednica u Republici Srbiji, Beograd 2009. str.368

Sticanje statusa pravnog lica

U državama nastalim na području prethodne Jugoslavije nema jednoobraznog načina sticanja svojstva pravnog lica za crkve i verske zajednice. Budući da je u Crnoj Gori i dalje na snazi Zakon iz 1977. zadržan je i sistem prijave. Prema članu 2.st.2. Zakona o pravnom položaju verskih zajednica, osnivanje verske zajednice osnivač je dužan da u roku od 15 dana prijavi opštinskom organu uprave nadležnom za unutrašnje poslove.[25]Uz prijavu treba navesti naziv verske zajednice, njeno sedište, odnosno sedište njenog organa, odnosno organizacije i prostorije u kojima će obavljati verske poslove.Takav sistem postojao je i u drugim bivšim republikama koje su donele posebne zakona. Budući da su se ostale države uglavnom opredelile za sistem registrovanja crkava i verskih zajednica u centralni registar, postavilo se pitanje da li sve crkve i verske zajednice treba da se registruju, odnosno da li sve crkve i verske zajednice na identičan način stiču svojstvo pravnog lica?

Imajući u vidu da su određene crkve i verske zajednice svojstvo pravnog lica imale i pre stupanja na snagu odgovarajućih zakona, jasno je da je bilo potrebno učiniti izvesno razlikovanje u pogledu osnova sticanja svojstva pravnog lica. Zakon o verskoj slobodi Slovenije predeviđa u članu 33.st.1. da će crkve i verske zajednice koje su bile registrovane na dan stupanja na snagu Zakona, zadržati status pravnog lica i biti uvedene u centralni Registar *ex officio*. Hrvatski zakon takođe predviđa da se verske zajednice koje deluju kao pravna lica u Hrvatskoj na dan stupanja na snagu Zakona upisuju u Evidenciju. Članom 8. st.2.Zakona o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica BiH predviđeno je da se zakonom potvrđuje kontinuitet svojstva pravnog lica istorijski zasnovanim crkvama i verskim zajednicama u BiH u skladu sa verskim propisima i unutrašnjom organizacijom u Islamskoj zajednici u BiH, Srpskoj pravoslavnoj crkvi, Katoličkoj crkvi i Jevrejskoj zajednici BiH, kao i svim ostalim crkvama i verskim zajednicama kojima je priznato svojstvo pravnog lica pre stupanja na snagu tog zakona. Članom 10. Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije određene su tradicionalne crkve i verske zajednice kao one crkve i verske zajednice koje u Srbiji imaju viševekovni istorijski kontinuitet i čiji je pravni subjektivitet stečen na osnovu posebnih zakona. Zakonom je izričito predviđeno da su tradicionalne crkve Srpska Pravoslavna Crkva, Rimokatolička Crkva, Slovačka Evangelička Crkva a. v., Reformatska Hrišćanska Crkva i Evangelička Hrišćanska Crkva a. v, dok su tradicionalne verske zajednice Islamska verska zajednica i Jevrejska verska zajednica. Za sve tradicionalne crkve i verske zajednice izričito su navedeni zakoni na osnovu kojih je, još u doba Kraljevine Srbije i Kraljevine Jugoslavije, tim verskim organizacijama priznat pravni subjektivitet. Zakon o crkvama i verskim zajednicama poznaje još jednu kategoriju verskih organizacija koje su pravni subjektivitet imale pre njegovog stupanja na snagu. Reč je o konfesionalnim zajednicama koje zakon u članu 16. određuje kao sve

[25] Budući da više nema opštinskih organa nadležnih za unutrašnje poslove, jasno je da se u praksi to rešava prijavom mesno nadležnoj organizacionoj jedinici MUP-a

one crkve i verske organizacije čiji pravni status je bio regulisan prijavom u skladu sa Zakonom o pravnom položaju verskih zajednica ("Službeni list FNRJ", broj 22/1953) i Zakonom o pravnom položaju verskih zajednica ("Službeni glasnik SRS", broj 44/1977).

Postupak sticanja svojstva pravnog lica kroz upis u odgovarajući registar, odnosno evidenciju je po svojoj pravnoj prirodi posebni upravni postupak. Zakonima u zemljama bivše Jugoslavije detaljno su regulisana pojedina pitanja koja su od velikog značaja za sagledavanje institucionalne dimenzije slobode veroispovesti. Reč je o pokretanju postupka i subjektima koji mogu da budu osnivači nove crkve ili verske zajednice, dokumentaciji koju treba podneti uz odgovarajući zahtev, odnosno prijavu, mogućnosti da nedležni upravni organ odbaci i/ili odbije upis, brisanju iz registra, itd. Na pitanja koja nisu regulisana odredbama odgovarajućih zakona primenjuju se rešenja sadržana u zakonima kojima se reguliše opšti upravni postupak.

U zemljama koje su se opredelile za sticanje pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica posredstvom upisa u odgovarajući registar, izloženo razlikovanje u pogledu osnova sticanja svojstva pravnog lica uzrokuje izvesno razlikovanje i u samom postupku upisa u odgovarajući registar. To razlikovanje najpre se čini u pogledu subjekata koji pokreću postupak, vrsti akta kojim se pokreće upravni postupak, kao i u pogledu priloga koji se dostavljaju uz akt kojim se pokreće postupak.

U Republici Sloveniji, za crkve i verske zajedncie koje su bile registrovane u doba stupanja na snagu zakona, postupak se pokreće *ex officio.* Takve crkve i verske zajednice dužne su da u roku od tri godine dostave organu uprave nadležnom za vođenje registra podatke o pečatu koji će se koristiti u pravnom prometu, podatke o zastupniku crkve i verske zajednice[26], opis osnova verskog učenja na slovenačkom jeziku, određenje njihovog verskog uverenja i misije, podatke o verskoj službi, obredima i praznicima, osnovne religiozne tekstove u jednom tekstu, kao i osnovni akt[27]. Zakonodavstvo Hrvatske, BiH i Republike Srbije predviđaju da postojeće crkve i verske zajednice, odnosno crkve i verske zajednice kojima se priznaje kontinuitet, postupak pokreću podnošenjem prijave. U Hrvatskoj postupak se pokreće podnošenjem prijave koju su takve crkve i verske zajednice dužne da podnesu u roku od šest meseci od dana stupanja na snagu zakona. U BiH, crkve i verske zajednice kojima se priznaje kontinuitet, za upis u registar podnose prijavu u kojoj daju podatke o nazivu crkve ili verske zajednice, o sedištu, licu ovlašćenom za zastupanje i službi koje to lice vrši, kao i o pečatu koji koriste. Prema članu 18.st.1. Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije, za upis crkava i verskih zajednica u Registar Ministarstvu nadležnom za poslove vera treba podneti prijavu koja sadrži naziv crkve

[26] lično ime, datum rođenja, pol, matični broj, državanstvo, adresu prebivališta ili boravišta u Sloveniji i overeni potpis

[27] Osnovni akt treba da sadrži ime i sedište crkve ili verske zajednice, uslove i način sticanja članstva ili gubitka članstva,prava i obaveze članova, internu i teritorijalnu organizaciju, predstavljanje crkve i verske zajedncie, način imenovanja, izbora i opoziva sveštenika i monaha oba pola, finasiranje, gašenje crkve i verske zajednice i raspolaganje imovinom u tom slučaju, kao i način garantovanja publiciteta rada crkve ili verske zajedncie

ili verske zajednice, adresu sedišta crkve ili verske zajednice i ime, prezime i svojstvo lica ovlašćenog da predstavlja i zastupa crkvu ili versku zajednicu.

Kroz priloge koje prema zakonskim rešenjima, uz zahtev kojim se pokreće postupak upisa u odgovarajući registar, treba da dostave crkve i verske zajednice kojima se *ex lege* ne priznaje kontinuitet, a što je najčešće slučaj sa novoformiranim crkvama i verskim zajednicama, može se zapravo sagledati *mogućnosti ostvarivanja slobode veroispovesti za lica koja nisu članovi (vernici) crkava i verskih zajednica kojima se priznaje kontinuitet, zapravo najčešće mogućnost osnivanja novih crkava i verskih zajednica.*

U Sloveniji, crkva i verska zajednica može da bude upisana u odgovarajući registar ukoliko ima najmanje sto punoletnih članova državljana Republike Slovenije, ili stranaca sa stalnim boravkom na teritoriji Slovenije i koja deluje u toj državi najmanje deset godina. Sledstveno tom rešenju, uz zahtev za upis u registar, osim dokumenata i podataka koje dostavljaju i crkve i verske zajednice koje se *ex officio* upisuju u registar, dostavaju se još i podaci o članovima,[28] dokazi o delovanju crkve ili verske zajednice na području Slovenije u poslednjih deset godina, što se ne zahteva za crkve i verske zajednice koje su u svetu poznate u poslednjih sto godina, kao i akt o osnivanju crkve ili verske zajednice.

Članom 5. st.2. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica Republike Hrvatske predviđeno je da se zajednice vernika koje na dan stupanja na snagu zakona ne deluju kao verske zajednice (otuda i terminološko razlikovanje između verske zajednice i zajednice vernika – prim.V.Đ.), ili koje će se osnovati nakon njegovog stupanja na snagu, upisuju u evidenciju podnošenjem zahteva za upis, s tim da takav zahtev mogu da podnesu one zajednice vernika koje su do dana podnošenja zahteva najmanje pet godina delovale kao udruženja (građana) sa pravnom sposobnošću. Članom 21. Zakona predviđeni su uslovi za upis, zapravo predviđeno je da se uz zahtev za upis prilaže obrazac iz koga je vidljivo da verska zajednica ima najmanje 500 vernika, akt koji sadrži opis verskog učenja i način ispoljavanja vere, obavljanje verskih obreda, područje i način delovanja verske zajednice, kao i dokaz da je novoosnovana verska zajednica pre podnošenja zahteva bila upisana u registar udruženja građana najmanje pet godina.

U Bosni i Hercegovini, prema članu 18. st.1. i 2. novu crkvu ili versku zajednicu može da osnuje 300 punoletnih državljana, bez obzira na njihovo entitetsko državljanstvo. Pismena prijava za upis u registar treba da sadrži statut crkve ili verske zajednice iz kojeg je vidljiv sadržaj i način ispovedanja vere, obavljanje verskih obreda, područja i način delovanja, dokument o verskom učenju, potpise 300 građana sledbenika i odluku o osnivanju usvojenu od najmanje 30 osnivača, kao i podatke o

[28] Lista sa sledećim podacima: lično ime, datum rođenja, pol, matični broj, državanstvo, adresu prebivališta ili boravišta u Sloveniji i overeni potpisi. Interesantno je da se uoči da zakon ne sadrži pojam vernici, već pojam članovi što nameće važna pitanja – npr. da li se može registrovati crkva koja nema dovoljno vernika, ali čije postojanje podržava dovoljan broj članova, da li je zakonom uopšte moguće zahtevati da to budu vernici jer bi to značilo obavezu izjašnjavanja o verskoj pripadnosti?

licu, ili licima, ovlašćenim da zastupaju crkvu ili versku zajednicu pred državnim organima.

Prema članu 18. st.2. Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije, verske organizacije, osim tradicionalnih, za upis u Registar podnose Ministarstvu zahtev koji sadrži odluku o osnivanju verske organizacije sa imenima, prezimenima, brojevima identifikacionih dokumenata i potpisima osnivača od najmanje 0,001% punoletnih državljana Republike Srbije koji imaju prebivalište u Republici Srbiji prema poslednjem zvaničnom popisu stanovništva ili stranih državljana sa stalnim boravkom na teritoriji Republike Srbije, statut ili drugi dokument verske organizacije koji, između ostalog, sadrži opis organizacione strukture, način upravljanja i prava i obaveze članova, prikaz osnova verskog učenja, verskih obreda, verskih ciljeva i osnovnih aktivnosti verske organizacije, kao i podatke o stalnim izvorima prihoda verske organizacije. U izloženoj zakonskoj odredbi primetno je izostavljanje konfesionalnih verskih zajednica, koje zakon u članu 16. određuje kao kao sve one crkve i verske organizacije čiji pravni status je bio regulisan prijavom u skladu sa Zakonom o pravnom položaju verskih zajednica ("Službeni list FNRJ", broj 22/1953) i Zakonom o pravnom položaju verskih zajednica ("Službeni glasnik SRS", broj 44/1977). U objašnjenju pojedinih zakonskih rešenja u pogledu konfesionalnih zajednica, istaknut je stav da zakonom konfesionalnim zajednicama nije mogao da bude vraćen status istorijsko-pravnih entiteta, zapravo javnih zajednica, pošto takav status nisu ni imale.[29] Problem međutim nije status konfesionalnih zajednica, već što jezičko tumačenje izložene odredbe člana 18.st.2. zakona može da vodi čudnom zaključku da konfesionalne zajednice u Srbiji, da bi se upisale u registar i stekle svojstvo pravnog lica, treba ponovo da donesu odluku o osnivanju koja bi mogla da ima posledice po pravni kontinuitet njihovog postojanja. Čini se ipak da to nije pravi smisao zakonskih rešenja i da konfesionalne zajednice treba da budu upisivane u registar ukoliko, osim akata koje podnese sve verske organizacije, podnesu i prijavu koju su nadležnom organu podneli prema odredbama ranije važećih zakona, ili drugi dokaz da je njihov pravni status bio regulisan prijavom u skladu sa tim zakonima, kao i (umesto odluke o osnivanju) izjave vernika o pripadnosti konfesionalnoj zajednici u broju koji je potreban za osnivanje verske organizacije.[30]

[29] M.Radulović, Obnova srpskog državno-crkvenog prava, Beograd 2009. str. 128.

[30] ZCVZ u članu 16. zaista koristi prošlo vreme kada propisuje da su konfesionalne zajednice crkve i verske organizacije čiji je pravni status bio regulisan određenim zakonima, ali se na osnovu te odredbe ne može tumačiti da zakon takvim organizacijama oduzima svojstvo pravnog lica, već samo da su prestali da važe propisi u skladu sa kojima je njihov status bio regulisan. Otuda je jasno da se takođe ne može smatrati, ali ni dopustiti, da takve zajednice pravno izumru, ostajući bez institucionalne mogućnosti da svoj pravni subjektivitet održe a fortiori jer zakon u članu 4. jasno propisuje da su konfesionalne zajednice, uz tradicionalne i druge verske organizacije, subjekti verske slobode. Drugim rečima, na osnovu člana 4. zakon se ne može drugačije protumačiti nego kao akt koji mora da stvori institucionalne mogućnosti da konfesionalne zajednice zadrže svoj pravni subjektivitet, a to je očigledno jedino moguće ukoliko se upišu u Registar. Razume se da je za upis u Registar potrebno da prilože akte kojima dokazuju da ispunjavaju neophodne uslove za taj subjektivitet,odnosno njegovo održavanje koji ZCVZ nisu jasno opredeljeni, ali koji ne mogu da ne obuhvate one koje sadrži prijava

Ograničenja prilikom sticanja pravnog subjektiviteta

Zakoni predviđaju izvesna ograničenja prilikom sticanja pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica, odnosno mogućnost nadležnog organa da odbije upis u odgovarajući registar. Najčešće je reč o zaštiti identiteta postojećih crkava i verskih zajednica i zaštiti pravnog poretka.

Zakon o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica BiH predviđa da se pod istim ili sličnim imenom postojeće crkve ili verske zajednice ne može osnovati nova crkva ili verska zajednica. Prema članu 13. slovenačkog Zakona o verskoj slobodi, naziv crkve ili verske zajednice mora da bude različit od naziva drugih crkava i verskih zajednica i ne sme da izaziva zabludu. Zakon o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije propisuje u članu 19. da se u registar ne može upisati verska organizacija čiji naziv sadrži naziv ili deo naziva koji izražava identitet crkve, verske zajednice ili verske organizacije koja je već upisana u Registar ili koja je ranije podnela zahtev za upis. Članom 16.st.2. Zakona o udruženjima građana Republike Srbije koji se shodno primenjuje na crkve i verske zajednice u pitanjima koja nisu regulisana Zakonom o crkvama i verskim zajednicama, predviđeno je da naziv udruženja ne sme da bude zamenljiv sa nazivom drugog udruženja niti da izaziva zabunu o udruženju, njegovim ciljevima ili u pogledu toga o kakvoj se vrsti pravnog lica radi.

Izložene odredbe nameću značajno pitanje o zaštiti naziva i identiteta crkava i verskih zajednica koje su, u odnosu na novoosnovane crkve i verske zajednice, već upisane u registar. Reč je o odnosu između zaštite pravnog i verskog identiteta, o njihovom prožimanju, kao i o meri u kojoj je pravni identitet crkava i verskih zajednica određen, između ostalog i njihovim verskim identitetom. Pojedini autori stoje na stanovovištu da bi, ako bi se prihvatilo da zaštita naziva obuhvata zaštitu ne samo pravnog, nego i verskog identiteta, to značilo da ona verska zajednica koja se pre upiše u odgovarajući registar ograničava svaku drugu versku organizaciju koja kasnije nastane, u pravu da odredi svoj «verski» identitet (u šta i kako veruje), pa i kroz svoj naziv.[31]Čini se međutim da se odnos između verskog i pravnog identiteta crkava i verskih zajednica ne može tako jednoznačno sagledavati. Naime, iako Evropski sud za ljudska prava stoji na stanovištu da proces registracije crkava i verskih zajednica mora da štiti od nesputanih diskrecionih ovlašćenja i da izbegne proizvoljno donošenje odluka, a što se ogleda i u zahtevu da država ne procenjuje

---

koju prema članu 18. st. 1. zakona podnose tradicionalne crkve i verske zajedncie, niti mogu da budu brojniji od onih koji se zahtevaju za ostale verske organizacije, ali ni njima identični. U tom smislu, mišljenja sam da bi resorno ministarstvo moglo da upiše konfesionalne zajednice u slučaju da uz zahtev prilože i navedenu dokumentaciju. Takav upis bi međutim imao dejstvo samo pro futuro, dok bi za priznavanje kontinuiteta koje bi sledilo iz upisa ipak bio potreban izričit zakonski osnov koji bi možda moglo da omogući autentično tumačenje zakona.

[31] N.Đurđević,n.d. str.422

uporednu legitimnost različitih uverenja[32], ipak je jasno da država u postupku registracije nije lišena mogućnosti da sagledava i ceni verska uverenja zajednice koja teži registraciji. Država je ovlašćena da verifikuje da li neki pokret ili udruženje sprovodi, navodno težeći verskim ciljevima, aktivnosti koje su štetne za stanovništvo. Budući da država ima takvu mogućnost, može da se stane na stanovište da se zaštita verskog identiteta, zajedno sa ostalim elementima (pravnog) identiteta, ne bi mogla uvek i svuda držati za neopravdano i diskreciono mešanje države u sferu verskih uverenja, ako ni zbog čega drugog, onda zbog poštovanja autonomnosti i samoodređenja crkava i verskih zajednica.

U izloženom smislu ovlašćenja države da procenjuje verska uverenja, zakoni država koje su se opredelile za registraciju crkava i verskih zajednica predviđaju mogućnost da nadležni upravni organ odbije upis u registar u zakonima predviđenim slučajevima. Prema članu 18. st.1. slovenačkog Zakona o vreskoj slobodi, nije dozvoljeno registrovanje crkve ili verske zajednice za koje nadležni organ utvrdi da su njene namere, ciljevi,ili način sprovođenja verske pouke, misije, verskih obreda ili drugih aktivnosti, zanovani na nasilju ili upotrebi nasilnih sredstava, ako ugrožavaju život, zdravlje ili ostala prava i slobode pripadnika crkve ili drugih verskih zajednica, ili drugih osoba, ako iniciraju nacionalnu, rasnu, versku ili drugu neravnopravnost, ako raspiruju nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnji i netrpeljivost, ili ako pozivaju na nasilje ili rat. Prema članu 19. st. 5. Zakona o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica u BiH ministarstvo može da odbije zahtev za registraciju samo ako oceni da su sadržaj i način obavljanja verskih obreda i drugih ispoljavanja vere protivni pravnom poretku, javnom moralu ili štete životu i zdravlju, ili drugim pravima i slobodama građana. Prema članu 20. st.4. Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije, ministarstvo nadležno za poslove vera donosi rešenje o odbijanju zahteva za upis verske organizacije u Registar ako su njeni ciljevi, učenje, obredi ili delovanje suprotni Ustavu i javnom poretku ili ako ugrožavaju život, zdravlje, slobodu i prava drugih, prava dece, pravo na lični i porodični integritet i pravo na imovinu.

Pravni subjektivitet unutrašnjih organizacionih jedinica, udruženja u okviru crkava i verskih zajednica i savezi crkva i verskih zajednica

Pojedina zakonodavstva predviđaju da odgovarajući organizacioni oblici crkava i verskih zajednica mogu da budu upisani u registar. Prema članu 6.st.2. Zakona o pravnom položaju verskih zajednica Hrvatske, u evidenciju, pored verskih zajednica mogu da se upišu i njihovi organizacioni oblici za koje to zatraži verska zajednica. Bosansko-hercegovački zakon propisuje da sve crkve i verske zajednice mogu da osnuju, menjaju i ukidaju svoje unutrašnje organe, odnosno oblike organizovanja koji imaju svojstvo pravnog lica. Koji će unutrašnji organi imati svojstvo pravnog lica, uređuju prema članu 8. st.6. zakona, crkve i verske zajednice svojim aktima. Članom 9. Zakona o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije, između ostalog,

[32] Videti DŽ.Murdok,n.d. str.81 sa pozivom na bogatu sudsku praksu

predviđeno je da organizacione jedinice i ustanove crkava i verskih zajednica mogu steći svojstvo pravnog lica u skladu sa autonomnim propisima crkve odnosno verske zajednice, a na osnovu odluke nadležnog organa crkve i verske zajednice, kao i da crkve i verske zajednice mogu svojim aktima menjati i ukidati svoje organizacione jedinice, organe i ustanove koje imaju svojstvo pravnog lica i zahtevati njihovo brisanje iz Registra.

Za razmatranje institucionalne komponente slobode veroispovesti od izuzetnog značaja je da se sagledaju zakonska rešenja o mogućnosti stvaranja udruženja u okviru crkava i verskih zajednica. Ukoliko sloboda veroispovesti podrazumeva slobodu stvaranja veroispovednih udruženja, utoliko se postavlja pitanje da li je moguće, u okviru crkve ili verske zajednice, oformiti udruženje koje bi imalo veroispovedni karakter?Da li je moguće ikakvo udruživanje pripadnika crkve ili verske zajednice koje bi ukazivalo na njihovu pripadnost postojećoj crkvi ili verskoj zajednici?Ako se garantuje sloboda verskog udruživanja, nije li onda moguće da vernici, ili sveštenici i verski službenici, pozivajući se upravo na tu slobodu, u okviru crkava i verskih zajednica kojima pripadaju, stvore posebna udruženja koja bi imala pravni subjektivitet? Čini se da se na izložena pitanja ne može dati u svemu potvrdan odgovor. Dva su razloga za takvo stanovište. Zakonodavstva, čak i kada ne sadrže izričite odredbe kojima bi regulisala ta pitanja, predviđaju da se ne može registrovati crkva, verska zajednica, pa i udruženje čiji je naziv zamenljiv, ili izaziva zabunu. Sa druge strane, polazeći od odredbi prema kojima se autonomnim aktima crkava i verskih zajednica određuje koje će ustanove i organizacione jedinice u njihovom okviru imati svojstvo pravnog lica, može da se stane na stanovište da bez izričitog uporišta u aktima autonomnog prava nije moguće osnovati udruženje vernika ili sveštenika i verskih službenika koje bi imalo verski prizvuk. Neka zakonodavstva to izričito predviđaju. Primera radi, članom 5. st. 2.t.f. Zakona o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica u BiH predviđeno je da zabranjeno osnivanje udruženja verskih službenika ili vernika bez odobrenja nadležne vlasti crkve ili verske zajednice.

Budući da uživaju pravni subketivitet, crkve i verske zajednice načelno mogu da se udružuju sa drugim pravnim licima. Razume se da je prvenstveno reč o verskom udruživanju, udruživanju na području religije. Zakonodavstva sadrže odredbe kojima se predviđa da se takva udruženja i savezi upisuju u iste registre u koje se uvode i crkve i verske zajednice. Prema članu 6. st.2. Zakona o pravnom položaju verskih zajednica Republike Hrvatske, u evidenciju se upisuju i zajednice verskih zajednica. Članom 19. Zakona o slobodi vere i pravnom položaju crkava i verskih zajednica u BiH predviđeno je da dve ili više crkava i verskih zajednica iz BiH mogu da osnuju saveze crkava i verskih zajednica koji upisom u registar imaju svojstvo pravnog lica. Prema stavu 2. istog člana, savezi se osnivaju sporazumom, izjavom ili drugim dokumentom u kojem su pobrojani osnivači, definisani ciljevi osnivanja, način formiranja zajedničke upravljačko-predstavničke strukture i vreme na koje su osnovani. Pojedina zakonodavstva ne sadrže izričite odredbe o savezima crkava i verskih zajednica, ali se podzakonskim aktima kojima se reguliše sadržaj

odgovarajućeg registra određuje i upis saveza crkava i verskih zajednica. Tako, Zakon o crkvama i verskim zajednicama Republike Srbije ne sadrži odredbe koje regulišu upis saveza u registar, ali se članom 7. st. 2. Pravilnika o sadržini i načinu vođenja registra crkava i verskih zajednica propisuje da kad verske organizacije osnuju saveze i unije duhovnih i evanđeoskih crkava Srbije i druga udruženja, članice saveza ili unije upisuju se u registar pod istim uslovima kao i samostalne verske organizacije.Smisao izložene odredbe je da se onemogući da u stvaranju saveza učestvuju «crkve» i «verske zajednice» koje to zapravo i nisu, koje nisu upisane u registar i nemaju svojstvo pravnog lica.[33]

Gubitak pravnog subjektiviteta

Razlozi za prestanak pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica u uporednom pravu su različiti. Kroz pravno regulisanje gubitka pravnog subjektiviteta ogleda se i odnos između države i crkava i verskih zajednica. Pojedina zakonodavstva ne regulišu pitanje gubitka pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica, što verovatno predstavlja posledicu pomanjkanja ustavnopravnog osnova za takvo regulisanje, ili dosledno izvođenje koncepcije odvojenosti crkve i verskih zajednica i države. U osnovi, u pravnim porecima u kojima se predviđa gubitak pravnog subkjektiviteta crkava i verskih zajednica, moguće je da do prestanka pravnog subjektiviteta dođe na osnovu samog zakona, ili odlukom nadležnog organa. Slovenački zakon propisuje da crkva ili verska zajednica prestaje da postoji po samom zakonu ukoliko prestane sa svojim delovanjem. Organ nadležan za odlučivanje o prestanku postojanja crkve ili verske zajednice, odnosno o njihovoj zabrani može da bude Ustavni sud, kao što je to predviđeno Ustavom Republike Srbije prema kome taj organ može da zabrani versku zajednicu samo ako njeno delovanje ugrožava pravo na život, pravo na psihičko i fizičko zdravlje, prava dece, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu, javnu bezbednost i javni red i ako izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost.[34] Slovenački zakon predviđa da sud može da zabrani aktivnosti crkve ili verske zajednice ukoliko njene aktivnosti ozbiljno narušavaju ustav, ako iniciraju nacionalnu, rasnu, versku ili drugu neravnopravnost, ako raspiruju nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnji i

[33] U radovima pojedinih autora sadržana su i sasvim zlonamerna tumačenja izložene odredbe. Primera radi pojedini autori stoje na stanovištu da se navedena odredba ne odnosi na tradicionalne crkve i verske zajednice –N.Đurđević,n.d. str.404

[34] Imajući u vidu izložene ustavne odredbe potpuno neverovatno deluje tumačenje pojedinih autora da pošto su tradicionalne crkve ili verske zajednice stekle pravni subjektivitet na osnovu zakona, svoj pravni subjektivitet mogu da izgube samo izmenama Zakona o crkvama i verskim zajednicama – N.Đurđević, n.d.str.407 Doduše, isti autor stoji na stanovištu da u navedenoj ustavnoj odredbi nije upotrebljena reč „crkva“ iz čega bi moglo da se zaključi da Ustavni sud ne može da zabrani rad verskoj organizaciji koja u svom nazivu ima reč „crkva“, što dovodi u pitanje osnovni princip ravnopravnosti crkava i verskih zajednica. Sa druge strane, ima mišljenja da je u pitanju samo terminološka nedoslednost budući da verskim zajednicama pripadaju i neke sa statusom tradicionalnih, a crkvama i Hrišćanska adventistička koja nema status tradicionalne – D.Novaković, Položaj verskih zajednica u novom Ustavu Srbije, www.kczr.co.yu/okrugli%stolovi/manjine

netrpeljivost, ako pozivaju na nasilje ili rat, ako su namere, ciljevi,ili način sprovođenja verske pouke, misije, verskih obreda ili drugih aktivnosti, zanovani na nasilju ili upotrebi nasilnih sredstava, ako ugrožavaju život, zdravlje ili ostala prava i slobode pripadnika crkve ili drugih verskih zajednica, ili drugih osoba, kao i ako je crkva ili verska zajednica ustanovljena da isključivo obavlja lukrativne aktivnosti. U pravnim sistemima koji poznaju krivičnopravnu odgovornost pravnih lica, crkve i verske zajednice mogu da izgube pravni subjektivitet ukoliko pravosnažnom sudskom odlukom bude utvrđena njihova odgovornost za krivično delo i izrečena kazna prestanka postojanja pravnog lica, kao što to propisuje član 20. st.1. t.2. Zakona o verskoj slobodi.

Posebno pitanje u vezi sa gubitkom pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica odnosi se na ovlašćenje organa nadležnog za vođenje registra da crkvu ili versku zajednicu izbriše iz registra. Nesumnjivo je da svaka promena pravnog subjektiviteta treba da bude praćena odgovarajućim promenama u registru, ali je posebno pitanje da li nadležni organ, osim konstatovanja da je došlo do gubitka pravnog subjektiviteta na osnovu samog zakona, ili na osnovu odluke suda, može da crkvu ili versku zajednicu izbriše iz registra iz još nekih razloga? Slovenački Zakon o verskoj slobodi predviđa da će nadležni organ izbrisati crkvu ili versku zajednicu iz registra, osim u navedenim slučajevima, i u slučaju da sama crkva ili verska zajednica donese odluku o prestanku postojanja, ili ukoliko ustanovi da su podaci sadržani u zahtevu za upis u registar lažni. Zakon o crkvama i verskim zajedenicama Republike Srbije predviđa da Ministarstvo donosi rešenje o brisanju iz Registra ako crkva, verska zajednica ili verska organizacija podnese takav zahtev, ako nastupe razlozi zbog kojih se odbija upis u Registar[35] i ako je pravosnažnom sudskom presudom ustanovljeno da verska organizacija ostvaruje ciljeve drugačije od onih radi kojih je osnovana.

Zaključak

Ustavno regulisanje institucionalne dimenzije slobode veroispovesti u zemljama bivše Jugoslavije počiva na izričitom normiranju da se sloboda veroispovesti uživa u zajednici sa drugima, ili na proklamovanju da je javno i privatno ispoljavanje vere slobodno. U svim ustavnim sistemima, crkve i verske zajednice posebna su ustavna kategorija.

[35] Pojedini autori stoje na stanovištu da je prestanak pravnog subjektiviteta neke registrovane verske organizacije u potpunosti u rukama Ministarstva vera i da razdvajanje postupka oduzimanja pravnog subjektiviteta od zabrane rada verske organizacije može u praksi da dovede do ozbiljnih neželjenih posledica – N-Đurđević,n.d.str.408,409.Čini se ipak da je takvo tumačenje netačno jer je značaj zabrane rada, zbog osnova i organa koji ga sprovodi, neuporedivo veći od postupka oduzimanja pravnog subjektiviteta brisanjem iz registra koji sprovodi Ministarstvo vera i teško se može i zamisliti situacija da odluka nadležnog upravnog organa ne bude u skladu sa odlukom Ustavnog suda. Uostalom, u upravnom postupku postoje vanredna pravna sredstva koja se mogu koristiti ukoliko prethodno donesena odluka Ministarstva vera nije u skladu sa odlukom Ustavnog suda.

Zakonsko regulisanje slobode veroispovesti u zemljama bivše Jugoslavije, po svom predmetu, pre svega je usmereno na institucionalnu dimenziju slobode veroispovesti. U mnogim državama, zbog specifičnosti pojedinih crkava i verskih zajednica, ali i načela odvojenosti crkve i države i respektovanja pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica, zaključeni su posebni sporazumi između države i crkava i verskih zajednica koji ne samo da predstavljaju poseban način priznavanja pravnog subjektiviteta, već imaju i svoj javnopravni značaj jer regulišu pojedina pitanja od značaja za sardnju države i crkava i verskih zajednica.

Zakonsko regulisanje institucionalne dimenzije slobode veroispovesti počiva na shvatanju da su crkve i verske zajednice subjekti korporativne verske slobode i iziskuje da se odredi pravni pojam crkve i verske zajednice. Određivanje pojma crkve i verske zajednice polazi od shvatanja crkve i verske zajednice kao posebne vrste udruženja, odnosno organizacije. Reč je o udruženjima, odnosno organizacijama *vernika, lica sa istovetnim verskim uverenjima.* Posebno zakonsko uređivanje problematike pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica u zemljama bivše Jugoslavije, ukoliko sadrži pravno određenje crkve ili verske zajednice, osim na pravne elemenate u koje se svrstava organizacija uređena autonomnim aktima, upućuje i na verske elemente u pojmu crkve i verske zajednice. Drugim rečima, jasno je da je pravni identitet crkve ili verske zajednice u zemljama bivše Jugoslavije, između ostalog, određen i njenim verskim identitetom u koji zakoni uvrštavaju versko učenje, bogosluženje i druge verske obrede, kao i ispovedanje vere

Sticanje pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica prema zakonodavstvu većine bivših jugoslovenskih republika vrši se u posebnom upravnom postupku upisom u odgovarajući registar. Međutim, imajući u vidu da su pojedine crkve i verske zajednice svojstvo pravnog lica istorijski imale ne samo pre stupanja na snagu odgovarajućeg zakona, već i pre nastanka svih posebnih država bivše Jugoslavije, jasno je da je u zakonodavstvima učinjeno razlikovanje u pogledu osnova sticanja pravnog subjektiviteta i da su u pojedinim državama kontinuitet delovanja i poseban status tradicionalnih crkava i verskih zajednica priznati pojedinim crkvama i verskim zajednicama samim zakonima, tako da je njihov upis u odgovarajući registar deklarativne pravne prirode, za razliku od upisa novostvorenih crkava i verskih zajednica koji je konstitutivne pravne prirode. Štaviše, u pojedinim državama pravni identitet crkava i verskih zajednica stiče se tek posle određenog vremenskog perioda u kojem udruženje deluje na verskoj osnovi čineći zajednicu vernika.

Zakonodavstva bivših jugoslovenskih republika pravnom subjektivitetu crkava i verskih zajednica priznaju poseban karakter. On se ogleda u izričitom propisivanju posebne uloge koju crkve i verske zajednice imaju u društvu, kao i u pravu crkava i verskih zajednica da autonomnim aktima određuju koje će ustanove i organizacione jedinice u njihovom okviru imati svojstvo pravnog lica, čime zapravo civilni zakonodavac u svemu prihvata kao svoje sve zakone crkava i verskih zajednica u onom delu u kojem regulišu pitanje svojih unutrašnjih pravnih lica.[36] U tom smislu je i zaštita šire shvaćenog identiteta crkava i verskih zajednica jer sloboda udruživanja vernika, sveštenika i verskih službenika koja ima verski prizvuk nije apsolutna, već je na

[36] T.Vukšić,n.d. str.101

različite načine,odredbama autonomnog prava ili izričitim zakonskim uslovljavanjima, povezana za crkvene autoritete.

Na osnovu svega izloženog, jasno je da zakonodavstva bivših jugoslovenskih republika uvažavaju poseban karakter pravnog subjektiviteta crkava i verskih zajednica. Takav subjektivitet očigledno je u funkciji održavanja saradnje koja u javnom domenu postoji između države i crkava i verskih zajednica i koju ustavno proklamovanje načela odvojenosti države od crkava i verskih zajednica ne isključuje.

Vladimir Đurić, Ph.D
research associate, Institute of International Politics and Economics Beograd

FREEDOM OF RELIGION AND THE LEGAL PERSONALITY OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES IN THE FORMER YUGOSLAV COUNTRIES

Summary

Freedom of religion is not only individual right, but also freedom that is enjoyed in community with others. In this paper the author analyses the institutional or corporate dimension of freedom of religion, its constitutional and statutory regulation in the former Yugoslavia countries. In all constitutional systems, churches and religious communities are separate from the state. Legal regulation of the institutional dimension of freedom of religion is based on the notion that churches and religious communities are subjects of corporate religious freedom. Their legal identity is determined, inter alia, by their religious identity. The acquisition of legal personality of churches and religious communities is carried out through their registration in specific administrative procedure, but the continuity of action of some churches and religious communities and the special status of traditional churches and religious communities are recognized by the law in several countries. Legislations of the former Yugoslav republics recognize the special character of legal personality of churches and religious communities. That special character is in function of maintaining the cooperation between state and churches and religious communities which exists in the public domain and which is not excluded by the constitutional principle of separation of state from the churches and religious communities.

Key words: freedom of religion, Constitution, church**,** religious community, legal personality.

Проф. д-р Горан Коевски,
Вонреден професор при Универзитетот „Св. Кирил и Митодиј”,
Правен факултет „Јустинијан Први“,
Скопје, Република Македонија

РАСПОЛОЖЛИВИ НАЧИНИ НА ПРИБЛИЖУВАЊЕ НА НАЦИОНАЛНОТО ТРГОВСКО ПРАВО НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА СО ТРГОВСКОТО ПРАВО НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА

Апстракт

Во својот труд насловен како „Расположиви начини на приближување на националното право на Република Македонија со трговското право на Европската Унија,“ авторот, д-р Горан Коевски, се бави со различните расположиви модели на конвергенција, приближување на националното право со правото на Европската Унија. Тој ги дава предностите и слабостите на различните модели на конвергенција.

За секој сегмент на трговското право, авторот дава листа на позитивните законски прописи кои се во примена во Република Македонија, но дава и критички осврт на начинот на кој се врши транспонирањето на европското трговско право во националното право.

Клучни зборови: трговско право, модели на конвергенција, хармонизација, Македонија, Европската Унија.

Традиционално, македонското трговско право, но и трговското право на ех ЈУ републиките, се состои од три дела: 1) статусно трговско право, или како што се нарекува право на друштва или компаниско право, 2) договорно трговско право (трговски договори) и 3) хартии од вредност и други инструменти на платниот промет.

Сите составни делови на трговското право имаат различен степен на хармонизација, иако не може да се анализираат изолирани еден од друг.

1. Хармонизација на македонското компаниско право

Иако се претпоставува дека во рамките на Европската Унија постои најголем степен на хармонизација во делот на компаниското право, како нужен предуслов за создавањето и функционирањето на единствениот европски пазар, состојбата во практиката не е баш таква.

Конкуренција постои не само на пазарите на капитал и на пазарите на производи и услуги, туку таа активно се јавува и помеѓу различните модели на компаниски закони.

Оттука, логично се поставува прашањето дали е возможно какво било приближување (конвергенција) на различните модели на компаниски закони, врз основа на таквата конкуренција?

На светско ниво, дефинитивно е забележана и признаена потребата од конвергенција на различните модели на компаниски закони. Глобализацијата и бришењето на границите во светската трговија, нужно ќе придонесат за реформата и изборот меѓу расположливите модели на компаниски закони.

Основна дилема при вршењето избор на расположивите модели на компаниските закони е дали пазарната конкурентска надмоќ да биде единствената движечка сила при изборот на конкретниот модел или пак, други мотиви и услови да бидат доминантни при поставувањето на расположливите опции и приоритети.

Кога зборуваме за конвергенцијата на различните модели на компаниски закони, можеме да разликуваме два основни видови на конвергенција: формална и функционална.

1.а) Формална конвергенција

Формалната конвергенција претставува законодавно изедначување на материјалните и на процедуралните правни правила по пат на формална активност на легислативниот дом (парламентот). [1] Формалниот пристап се смета за најтежок за постигнување, претежно поради неговата подложност на политичко лобирање на противниците на таквата конвергенција, поради веќе стекнати позиции на моќ и контрола од една, но и поради чуството дека се губат врските со националната и правна историја, традиција и припадност на одредено правно семејство, од друга страна. [2]

Кога се зборува за формалната конвергенција, не треба да се внимава само на приближување на материјалните правни норми, туку и на процедуралните правни норми со цел да дојде до процесуална конвергенција, која се смета дека е поважна и уште потешка за постигнување од материјалната.[3]

[1] Види: Coffee Jr. John, „The Rise of Rise of Dispersed Ownership: The Roles of Law and the State in the Separation of Ownership and Control", Yale Law Journal, Vol. 111, Issue 1, 2001.

[2] Види: Gilson J. Ronald, „Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function", 49 American Journal of Comparative Law, Spring 2001.

[3] Овој став се потврдува со фактот дека во рамките на ЕУ сѐ уште многу тешко оди со хармонизацијата на стечајното право поради различните историско-економски-социолошки и правни карактеристики на државите членки. Види: Hertig Gerard, „Convergence of substantive law and convergence of enforcement: a comparison" (str. 328-347) in „Convergence and Persistence in Corporate Governance", edited by Jefrey N. Gordon and Mark J. Roe, Cambridge University Press, UK, 2004.

Еден од начините за постигнување формална конвергенција е и таканаречената "политички мотивирана конвергенција"[4] или хармонизација со политички диктат, каква што е онаа на државите членки на Европската унија, но и на оние држави кои имаат кандидатски статус или, пак, оние кои сакаат да го добијат тој статус. Ова конвергенција се случува по пат на регулативи (уредби) и директиви (упатства) што ги усвојува Европската комисија и Парламент, а со намера да се обезбеди потребниот обем за функционирање на единствениот пазар.

Но, иако постои политички консензус за формална конвергенција во рамките на Европската унија, во практиката таа потешко се остварува, поради различната правна традиција на државите членки на ЕУ и поради сè поизразените противења од политичките елити за целосна формална конвергенција. Затоа, сè повеќе се инсистира поимот „хармонизација" да се замени со терминот „минимум стандарди," со што би се постигнало преку минимално усогласени стандарди, а не преку екстензивна хармонизација, да се дојде од ефикасно функционирање на единствениот европски пазар.

Пристапот на „минимум стандарди" станува сè поактуелен поради непомирливите ставови, на пример, меѓу Велика Британија и Германија во поглед на некои фундаментални вредности на нивните компаниски права, како што е, на пример, учеството на вработените во управувањето со компаниите[5] или упорното инсистирање на Велика Британија да се потпира на мекото саморегулативно право создадено "оддолу" (bottom-up soft law), додека најголем скептик за вака поставеното компаниско право е Франција и нејзиниот силен државен интервенционизам во стопанството и пристапот за уредување на деловните односи од горе надолу (top-down approach).

1.б) Функционална конвергенција

Што претставува функционалната конвергенција? За функционална конвергенција зборуваме кога без формално-правно усогласување, компаниите кои припаѓаат на еден модел, на еден или друг начин, прифаќаат правила на деловно однесување инхерентни за друг модел на компаниско право.

---

[4] Види: Gordon N. Jeffrey, „An International Relations Perspective in the Convergence of Corporate governance: German Shareholder Capitalism and the European Union, 1990 – 2000", ECGI , Law Working Paper No. 06/2003, February, 2003.

[5] Дури и поминувањето на „Council Directive supplementing the Statute for a European Company with regard to the Involvment of Employees", 2001/86/EC (Oct.8, 2001) применлива од 2004 година, не значи дека така лесно ќе се примени, поради големото спротиставување на Велика Британија. Оваа Директива им остава дискреција на државите членки да го решат начинот на вклучлување на работниците во управувањето со компаниите. Види: Ibid i Hopt J. Klaus, „Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance structure in Germany, the United Kingdom, France and Italy", ECGI (European Corporate Governance Institute), Law Working Paper No. 18/2004, January 2004.

Функционалната конвергенција не води толку сметка за правно-историското потекло, колку што акцентот го става на прашањето како попрагматично да се решат проблемите што тековно се јавуваат во водењето на меѓународниот, глобален бизнис.

Значи, додека зад формалната конвергенција стојат врвните професори по право кои бараат начин потребните правни реформи да ги изведат и врамат во една конкретно зададена економско-социо-правно-историска рамка, зад функционалната конвергенција стои пазарниот притисок и желбата за конкурентска надмоќ на компаниите на домашниот, но и на светскиот пазар.

Сведоци сме и дека Германија и Франција најавуваат спојување на нивните компании за да одговорат на сé поизразената светска конкуренција. Но, за жал, повторно, се работи за политички, а не за пазарно мотивирани статусни промени, што повторно нé враќа на политички мотивираните заеднички модели на компаниско право и корпоративно управување.

Затоа, се смета дека функционалната конвергенција е побрза и поедноставна за имплементација[6], но прилично е нејасно и опасно како ќе биде разбрана и прифатена од домашните институции (најчесто судови) кои најверојатно нема добро да ја сфатат и, што е уште пострашно, погрешно ќе ја применат во практиката.

Функционалната конвергенција најмногу се постигнува преку "форсирање" на мекото право (soft law) како „идеолошка" конвергенција извршена со посредство и притисок на моќните меѓународни институции и организации. Наместо строги, (над)национални правни норми, се врши индиректен притисок за прифаќање на разно-разни препораки, упатства, добри практики и слично. Како пример, во овој контекст, би ги споменале ОЕЦД начелата на добро корпоративно управување.[7]

Следен начин на постигнување функционална конвергенција е по пат на котирање на акциите на компанија регистрирана во една држава на странски берзи, какви што се, на пример, берзите во Лондон или во Њујорк. Котирањето на странски развиени берзи, од своја страна, го олеснува прекугранично спојување на компании и се постигнува поголема доверба во пазарот.

За разлика од порано, преземањето на акционерски друштва станува сè повообичаена работа во државите на континентална Европа. Сепак, сведоци сме и на нови ретроградни процеси во рамки на Европската унија. Иако, се олеснува создавањето на пазар на корпоративна контрола и преземања на компании, се дозволува издавање на акции со повеќе гласови, односно се напушта правилото

[6] Имено, функционалната конвергација доведува до исти практични резултати, иако правните правила сé уште се разликуваат во својата суштина и правна природа.

[7] Едноставно, авторитетот на институцијата, членовите и претседателот на работната група која ги изработува правно необврзувачките препораки, начела, стандарди и слично е толку голем што компаниите во државите членки едноставно ја препознаваат позитивната пазарна улога од прифаќањето на таквото меко право.

"една обична акција, еден глас."[8] Со тоа, не се прави ништо друго освен затворање на компаниите во рамки на моќните инсајдерски домашни, доминантни акционери.

Како одличен пример за ваква почетна доверба служеше прекуграничното спојување меѓу германската Daimler и американската Chrysler во 1998 година за 36 милијарди долари.

Но, практиката покажа дека ваквата функционална конвергација не го издржа „забот на времето". Со самото тоа што Daimler се реши да го продаде својот луксузен американски бренд, се докажа дека различните модели на корпоративно управување се едноставно неспојливи. Културната некомпатибилност (culture clash) го направи своето: американската каубојска аура на непримерно преземање големи ризици, од една, едноставно не била споива со германската дисциплина и желба за бескомпромисен квалитет, од друга страна.[9]

Следен фактор, кој неизоставно мора да се земе во предвид при која било расправа за функционалната конвергенција на компаниското право се големите институционални инвеститори, вклучувајќи ги тука незибежно и пензиските фондови.[10] Пензиските фондови служат како катализатори за модернизација на пазарите на хартии од вредност, со прифаќање на модерни сметководствени и ревизорски стандарди.[11]

1.в) Како реагира ЕУ на овие движења?

Европскиот суд на правдата со своите одлуки постигнува некој вид на хибридна, формално - функционална конвергенција на различни правни системи. Судот прилично либерално дозволува слободен избор на императивни правни правила кои ќе бидат применувани во работењето на компаниите (company law shopping within the EU) или се отвора можност за таканаречен „правно арбитражење" (legal arbitrage). Тоа се постигна со неколкуте најпознати случаи, Daily Mail and General Trust,[12] Centros,[13] Uberseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH[14], Inspire Art[15], SEVIC Systems[16] и

[8] Види: "Did You Know? 10 facts about corporate governance in the European Union", IFC & Global Corporate Governance Forum, February 2008 i "The EU Approach to Corporate Governance", Essential and recent developments – February 2008, IFC & Global Corporate Governance Forum.

[9] Види повеќе: Waller, David, „Wheels on Fire: The Amazing Inside Story of the DaimlerChrysler Merger", London: Hodder & Stoughton, 2001, стр. 108.

[10] Види: Detomasi David, „The International Institutions and the Case for Corporate Governance Framework", Global Governance, Volume: 8, Issue 4, 2002.

[11] Види: Gilson J. Ronald, „Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function", 49 American Journal of Comparative Law, Spring 2001, стр. 22.

[12] Види: Case 81/87 Daily Mail and General Trust [1988] ECR 5483.

[13] Види: ECJ, Case C.21/297.

[14] Види: ECJ, Case C. 208/00.

[15] Види: Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155.

[16] Види: Case C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805.

Cadbury Schweppes[17] со кои Европскиот суд на правдата воведе легислативна и регулаторна конкуренција во рамките на Европската унија (legislative competition). Имено, со овие случаи се дозволи компаниите да извршат миграција на нивните регистрирани седишта во други држави членки на Унијата во кои постои полиберален режим на компаниско право, иако била очигледната намерата овие правни механизми да се искористат само со намера да се заобиколи поконзервативното домашно компаниско право.

Во овој контекст од страна на Европската Комисија беше предложен текстот на 14.тата Нацрт Компаниска директива на ЕУ во врска со пренос (миграција) на регистрирано седиште на капиталските трговски друштва,[18] која веројатно нема да биде усвоена од Европскиот парламент поради големите отпори и дебати што ги предизвикува во државите членки на ЕУ, односно рокот за поднесување конечен предлог текст за усвојување до март 2009 година е длабоко пробиен.[19]

Кога зборуваме за конвергенција, нејасно е дали овој поим да се разбере како дефинитивна „победа" на еден модел на компаниски закон и право кон кое сите други ќе се приспособуваат или, пак, ќе дојде до меѓусебна апроксимација и комбинација на елементите на различни модели, со меѓусебно преземање на она што е најдоброто кај различните модели?

Со други зборови, дали воопшто е можно „средно решение" во конвергенцијата на различни модели на компаниски закони?

Во врска со ова, едни сметаат дека не е можно средно решение бидејќи еден систем се смета за конзистентен само ако елементите му се комплементарни. Во спротивно, селективно пресадување на делови од еден во друг модел, само ќе го направи квази-моделот нефункционален или неефинасен (inefficient convergence). Особено, кога разликите меѓу двата модела се такви што не може да се зборува за нивна меѓусебна блискост и приближување.

Неефикасната конвергенција е поопасна зашто ако се тргне кон лошо зацртани реформи, враќањето кон стариот модел е уште потешко и поневозможно, од една, и очекувањата кај населението за подобар живот ќе се распрснат како меур од сапуница, од друга страна, што може да резултира со социјални немири и губење на власта.[20]

Неспоивоста на различните модели на корпоративно управување се потврдува и во денешни услови на корпоративно управување, или, поточно, на корпоративни скандали. Наспроти повикот на највлијателните светски финансиски и политички форуми да се пристапи кон постриктна регулација на

[17] Види: Case C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-7995.
[18] Види: Cross-border Transfer of the Registered Offices of Limited Liability Companies (14th Company Law Draft Directive).
[19] Види: Vossestein, Gert-Jan, Transfer of the Registered Office: The European Commission's Decision Not to Submit a Proposal for a Directive. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1114786
[20] Види: Dore Ronald, „International Convergence in Forms of Corporate Governance" CAST (Centre for the Analysis of Systems in Transformation) Working Papers No 1, May 2005.

финансиските пазари, директорите на најголемите светски банки (инклузивно и на оние кои добија енормна државна финансиска поддршка за да ја зачуваат својата ликвидност) и понатаму делат огромни плати и бонуси за своето работење, со едноставно образложение дека овие исплати се сосема нормални за рецепираниот модел на корпоративно управување. Токму затоа и Европската комисија во уредувањето на оваа материја усвои Препорака за поттикнување на соодветен режим за наградување на директорите во котираните акционерски друштва од 14 декември 2004 година.[21] Со самото тоа што Комисијата се определи за правен инструмент во вид на правно необврзувачка препорака е доволен доказ дека државите членки не се подготвени за прифаќање на правен инструмент со поголема обврзност, како што се упатствата (директивите) или уредбите (регулативите).

1.г) Правни трансплanти

Еден од начините на формална конвергенција е и правното трансплантирање на закони од една во правниот систем на друга држава.

За да се изврши правна трансплантација мора да постои држава извозник - давател на трансплантот и држава увозник - примател на трансплантот.

Притоа, секогаш треба да се има на ум дека се работи за различни општествено - економски и/или политички услови помеѓу државата - давател и државата - примател на правниот трансплант. Но, покрај економските и правни разлики, треба да се земат предвид и културните, психолошките, разликите во менталитет и други разлики. Она што е нормално и вообичаено за една култура, може да изгледа како непримерно во друга култура и обратно.[22]

Веќе споменавме дека огромните директорски плати и заработувачки во државите со имплементиран англо-американскити модел на компаниски закон и корпоративно управување се готово незамисливи во континентална Европа кадешто се негува идејата за социјална демократија.

Колку успешно може да биде позајмувањето на еден модел на компаниски закон од државата – извозник на правниот трансплант, со намера да се подобри моделот на компаниски закон во државата – увозник на трансплантот? Процесот на правна трансплантација се појавува заедно со појавата на движењето познато како „право и развој" (law and development) во почетокот на 1960-те години.[23]

[21] Види: COMMISSION RECOMMENDATION of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies (Text with EEA relevance.

[22] Види: Licht N. Amir, „Legal Plug-Ins: Cultural Distance, Cross Listings, and Corporate Governance Reform", 22 Berkley Journal of International Law, 2004, стр.195.

[23] Види: Ibid,стр. 195.

Да, трансплanти на модели на компаниски закони се можни![24] Најмногу се можни помеѓу развиените држави на Западна Европа, па дури и помеѓу државите на Западна Европа и другите континентални европски држави, најмногу поради заедничките основи во римското право. Ова се објаснува со лесната историска мобилност на францускиот и на германскиот модел на компаниско право низ другите европски држави.

Не е невозможен ниту трансплант на модел на компаниско право од држава на обичајно во држава со корени во граѓанското право, но тоа би одело доста потешко.[25]

Затоа, „правните позајмувања" е препорачливо да се прават од држави со слично правно потекло и наследство. Во спротивно, потребно е да се потрошат доста време, нерви и пари на обезбедување и на приближување на соодветни правни информации и обуки пред да се изврши успешно усвојување на „целосно ново право" во локални услови.

И покрај тоа што е можно, колку увезувањето на странско право е препорачливо? Секако дека увозот на ново реформско право е полесен и поефтин начин, отколку да се почне од нула.[26] Но, како ќе се соочи тој дел од правото со другите сегменти на општествено живеење во одредена држава?

Има автори кои тврдат дека начинот на којшто одреден правен систем, обично развиен во државите на Западна Евопа, е трансплантиран во други држави е од особена важност за развој на законитоста и економскиот развој.[27]

Значи, при трансплантација на еден закон од една во друга држава, мошне е важен таканаречениот „ефект на трансплантација."[28]

За да се изрши добра трансплантација, во државата увозник мора да постои јасно барање и изразена потреба за таков закон и желба да се изгради потребната правна и друга неопходна инфраструктура за ефектуирање на тоа

[24] Види: Morck K. Randall and Lloyd K. Steier, „The Global History of Corporate Governance-an Introduction", NBER (National Bureau of Economic Research), Cambridge, MA 02138, Working Paper 11062, January 2005.

[25] Како позитивен пример во литературата се наведува Чиле, како држава со корени во римското, односно граѓанското право од една, и развој на модел на корпоративно управување според стандардите на обичајното право, од друга страна.

[26] Види: Paredes A. Troy, „A Systems Approach to Corporate Governance Reform: Why Importing U.S. Corporate Law Isn't the Answer", William and Mary Law Review, Vol. 45, Issue 3, 2004, стр. 1005.

[27] Види: Berkowitz, Pistor and Richard, „Econ develop, Legal and the Transpl Eff", Nov 1999.

[28] Види: Berkowitz Daniel, Katharina Pistor and Jean-Francois Richard, „Economic development, Legality and the Transplant Effect", November 1999.

барање.[29] Но, барањето и потребата за одреден закон треба истовремено да биде следено и со изградба на институционална поддршка на тоа ново право.[30]

Според овие автори ефектот на трасплантација е многу поважен за практичната примена на еден закон од самата припадност на законот на одредено правно семејство.[31] Или со терминологијата на договорното право, мора прво да постои соодветна побарувачка за одреден закон (право), па потоа да се добие понуда која ги содржи битните елементи на таа побарувачка.

Ефектот на трансплантација зависи од многу фактори, односно како одредено правно правило ќе се примени во локалните услови. Доколку државата – увозник на правен трансплант прифаќа закон од државата на потекло (државата на оригиналот) на начин кој одговара на потребите на државата примател на правниот трансплант, тогаш треба да се очекува дека значењето на повеќето правни правила ќе биде познато, а ќе биде и поедноставно да се развијат институции како судови, обвинители, адвокатура, нотаријат, агенции за заштита на конкуренцијата, комисии за хартии од вредност и слично во поддршка на примената на новиот закон. Новиот закон ќе биде компатибилен со веќе постојниот формален правен поредок и постои голема можност да му се даде потребното значење и потребните вредносни судови.

Во компаративно-правната историја се разликуваат доброволни и недоброволни држави увозници на правни трансланти. Доброволни се кога државата – увозник на правниот трансплант носи доброволна одлука, заснована врз потребните релевантни информации за копирање на одреден правен систем. Недоброволен трансплант постои во случај на колонизација или војна кога домашната влада нема никаква улога при носењето на одлуката за копирање на одреден правен систем.[32]

Тука, сосема оправдано, се поставува прашањето дали хармонизацијата на националното право со правото на Европската Унија претставува доброволен или недоброволен трансплант? Би рекле дека се работи за доброволен трансплант, бидејќи транспонирањето на европското *acquis* е пред сè доброволна политичка одлука на властите во државите членки, државите – кандидати и државите аспиранти за членство, па во овој контекст и на граѓаните на Република Македонија.

---

[29] Имено, треба да се земат предвид локалните услови, подготвеноста и знаењето на локалното население на основните правни начела на законот што се трансплантира.

[30] Доколку законот е трансплантиран без соодветно барање и потреба изразена од државата увозник (на пример, по пат на колонизација) сосема нормално е ефектот на трансплантацијата да биде многу слаб.

[31] Види: Berkowitz Daniel, Katharina Pistor and Jean-Francois Richard, „Economic Development, Legality and the Transplant Effect", November 1999, стр. 3.

[32] Тоа е случајот со извршените трансланти на француските кодификации како последица на Наполеоновите војни. Постојат и средни примери. На пример, иако одлуката за трансплантот на западните правни системи во Јапонија биле направени под притисок на западните држави по Втората светска војна, сепак одлуката била донесена од јапонската влада со јасна намера да се изгради економски, политички и воено силна и независна дражава. Види: Ibid, стр.3.

Чинот на доброволност, меѓутоа, не значи дека трансплантираниот модел е компатибилен со постојните услови во државата - увозник на трансплантот. Доброволната трансплантација влијае врз зголемувањето на отвореноста и степенот на прифатливост во државата примател на трансплантот на новиот правен систем, постигнувајќи значаен степен на адаптација на странскиот формален правен поредок во новите локални услови.

Државите кои делат заедничка правна историја ќе бидат позапознаени со концептите на трансплантираниот правен систем и ќе имаат многу помалку причини за големи адаптации.

Исто така, важна е и поделбата на директни и индиректи трансплanти. Директни се оние трансплanти кои го позајмуваат формалниот правен поредок од оригиналот или државата на потекло (Германија, Франција, Англија или Скандинавија). Индиректни трансплanти се оние кои позајмуваат од друга држава трансплант.

Зошто е важна оваа поделба? Познато е дека правото е когнитивна категорија, па согласно тоа потребно е да се познава како и зошто одредено правно правило е создадено, кое е неговото *ratio,* како треба да функционира во практиката и да се соберат што повеќе информации за неговото можно влијание врз домашниот, локален контекст на односи.[33]

Државите што позајмуваат од друга држава - увозник на правен трансплант (увозници од втора рака) се подалеку од изворната информација и може да им биде многу потешко да навлезат во значењето и рациото на понудениот закон и неговата содржина. Првата држава - увозник на правен трансплант, вообичаено, при трансплантацијата го приспособува и преводот на оригиналот кон своите постојни услови (вклучувајќи ги и зборовите на сопствениот јазик во давањето смисла на одредени правни правила) со што првата држава увозник на правен трансплант ја направила приемливоста на законот кај сопствените граѓани многу поголема. Индиректниот трансплант, меѓутоа, се наоѓа во состојба да нема информација од „прва рака“, ниту пак да ги разбере причините за усвојувањето на одреден закон.[34] На пример, ако македонскиот законодавец ги користи словенечките или хрватските преводи на

[33] Пример, комапниското право на САД на акционерите им дава голема слобода во дизајнирањето на внатрешната структура на корпорацијата. Ова правило, меѓутоа, не може правилно да се сфати без да се познава и улогата на судскиот систем како крајна инстанца при определувањето на границите на таа слобода и флексибилност на акционерите. Државите кои не се потпираат многу на таквата улога на судовите, ќе се приклонат кон поригиден компаниски закон и поригидна компаниска структура. Оттука, блискоста со правниот систем на државата на трансплантот дава поголема извесност дека суштината и правното значење на правните правила ќе се разберат во изворна смисла.

[34] Овој процес може да се разбере преку примерот на превод на одредена книга. Ако преведувачот преведува од оригинален текст, тогаш тој е најмногу во состојба да разбере „што сакал да каже авторот” во својот изворен текст. Преведувачот што преведува од постоен превод, меѓутоа, е далеку од изворната информација и треба да приспособи текст кој веќе е приспособен на одреден социјален, економски или политички амбиент.

германските закони, ќе постои голема опасност македонските граѓани да не го сфатат вистинското, оригинално значење и потреба од одредени странски правни институти.

1.д) Република Македонија и транспонирањето на Директивите на ЕУ во врска со компаниското право

Република Македонија е прилично ажурна во транспонирањето на релевантните упатства (директиви) и уредби (регулативи) што се однесуваат на компаниското право. Тука, пред сè мислиме на директивите на ЕУ коишто се однесуваат на компаниското право – попознати како ЕУ компаниски директиви.[35]

Главните законодавни акти во кои се транспонирани овие акти се: Законот за трговските друштва,[36] Законот за едношалтерскиот систем и за водење на трговскиот регистар и регистар на други правни лица[37] и Законот за стечај.[38]

Она, што со право, може генерално да се замери на активностите на македонскиот законодавен дом е тоа што сакајќи да се задоволат барањата на Брисел, се занемаруваат многу редовни чекори во процедурата на усвојување на измени и дополнувања на законите од сферата на компаниското право. Имено, наместо стручна расправа по предложени измени и дополнувања, се врши „голо" преведување и усвојување на најновите релевантни правни инструменти на ЕУ и со тоа се транспонираат решенија коишто воопшто не се компатибилни и/или комплементарни со постојните решенија.

Она што е интересно е и тоа што сé почесто во домашните закони се среќаваат одредби кои гласат: „ Одредбите на членовите ..... од овој закон ќе се применуваат од денот на пристапувањето на Република Македонија во Европската унија." Прилично е тешко да се определи временската рамка за примена на респективните одредби. Никој со сигурност не може да каже кога Република Македонија ќе стане полноправна членка на Европската Унија.

Од друга страна, можеби идејата на законодавецот е да се подготви јавноста за одредени новини со европски предзнак и да се изгради капацитетот на надлежните институции кои ќе треба да ја следат и санкционираат правилната примена на одредбите од овие закони во практиката.

2. 2.Хармонизација на правото на конкуренција

[35] Повеќе за овие директиви види на:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm
[36] Види: "Службен весник на Република Македонија", број 28/2004, 84/2005, 25/2007 и 87/2008, 42/2010 и 47/2010.
[37] Види: „Службен весник на Република Македонија" број 84/2005, 13/2007, 150/2007 и 140/2008.
[38] Види: "Службен весник на Република Македонија" број 34/2006 и 84/2007.

Иако правото на конкуренција не спаѓа во потесниот обем на овој труд, само патемно ќе укажеме дека Република Македонија има направено голем исчекор во хармонизацијата на националното право со правото на конкуренција на ЕУ.

Сосема разбирливо да се инсистира на голем степен на хармонизација на оваа гранка на правото, ако се знае дека правото на конкуренција треба да го обезбеди функционирањето на единствениот европски пазар.

Па дури, хармонизацијата на правото на конкуренција е приоритетен услов при потпишувањето на спогодбите за стабилизација и асоцијација помеѓу државите аспиранти за влез во Европската Унија и Европските заедници.[39]

Во моментов во Република Македонија во сила е Законот за заштита на конкуренцијата.[40]

3.Хармонизација на договорното право

Правната рамка на договорното право во рамките на ЕУ е фрагмирана и некоординирана, а најголема хармонизација е постигната во делот на правото за заштита на потрошувачите, а повторно се цел да се обезбеди функционирањето и заштитата на единствениот пазар. Иако се сметаше дека Римската конвенција за применливо право на договорни облигации од 1980 година[41] е добар исктрумент за хармонизација, практиката покажа дека таа Конвенција не може да ја постигне потребната правна униформност, толку потребна за заедничкиот единствен пазар. Дури, преовладува сфаќањето дека европеизација на договорното право не е можна во догледно време, поради тесната врска на приватното, договорно право со националното минато и правна традиција. Од друга страна, од сите области на традиционалниот концепт на приватно право, договорното право заслужува најголемо внимание и ургентност од аспект на негова унификација. Во кои правци може да се одвива европеизацијата на договорното право?

Скоро исклучиво преку новата *lex mercatoria* како збир на неутрални, балансирани меѓународни soft law правила и обичаи, отелотворени во форма на модел правила, врз основа на кои се засновува и самиот Европски Draft Common Frame of Reference.

---

[39] Види на пример: членовите 68 и 69 од Спогодбата за стабилизација и асоцијација меѓу Република Македонија и Европските заедници и нивните држави-членки, „Службен весник на Република Македонија – Меѓународни договри“ бр. 81/2001.

[40] Види: “Службен весник на Република Македонија” број 4/2005, 70/2006 и 22/2007.

[41] Римската Конвенција за применливо право за договорните обврски од 1980 година, на предлог на Европската Комисија е транспонирана во вид на Регулатива-Уредба на право применливо на договорни обврски, насловена како „Рим I“. Уредбата се применува од 17 декември 2009 година. Види: Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

Во денешни услови *lex mercatoria* се отелотворува преку Principles of European Contract Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, модел договорите на Меѓународната трговска комора и слично.

Тековните измени на Законот за облигационите односи[42] во Република Македонија, меѓу другото, прават обид да се изврши јасна дистинкција помеѓу B2B (Business to Business) и B2C (Busienss to Consumer) правните односи, кои се особено важни во поглед на (не)лимитирањето на стапката на договорната казнена камата помеѓу договорните страни.

Исто така, вредно е да се спомене дека со измените на Законот за облигационите односи од 2008 година се изврши целосно транспонирање на Директивата на Европскиот совет за правно самостојни трговски застапници од 1986 година.[43]

4.Хармонизација на правото на хартии од вредност

Хармонизацијата во делот на правото на хартии од вредност е поуспешна од хармонизацијата на компаниското материјално и процесно право во рамките на Европската унија. Зошто? Се даваат повеќе причини за тоа: хармонизацијата на правото на хартии од вредност звучи доста технички и неутрално од аспект на правната природа и правна историја на одредени правни институти; хармонизацијата на правото на хартии од вредност треба да го помогне и поддржи развојот на паневропскиот пазар на капитал; хармонизацијата на правото на хартии од вредност може да се врши на пониско законодавно и регулаторно ниво, а не толку на законодавно ниво каде што би дошле до израз политичките борби во врска со постојниот модел на компаниски закон и корпоративно управување.

Во делот на индустријата за издавање и тргување со хартии од вредност, во Република Македонија значајни се повеќе закони: Законот за хартии од вредност;[44] Законот за инвестициски фондови[45] и Законот за преземање на акционерски друштва.[46]

Сите овие закони имаат европски предзнак, односно се усвоени согласно агендата на Владата и Собранието на Република Македонија за приоритетно усвојување на законски текстови кои се од големо значење за хармонизацијата на националното, со трговското право на ЕУ.

Заклучок

[42] Види: „Службен весник на Република Македонија" број 18/200, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009.

[43] Види: Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member State relating to self-employed commercial agents (86/653/EEC).

[44] Види: "Службен весник на Република Македонија" број 95/2005, 25/2007, 7/2008 и 57/2010.

[45] Види: "Службен весник на Република Македонија" број 12/2009.

[46] Види: "Службен весник на Република Македонија" број 4/2002, 37/2002 и 36/2007.

Република Македонија, како држава кандидат за членство во ЕУ, најмногу или скоро исклучиво и прилично некритички ја следи формалната конвергенција со правото на ЕУ, преку соодветно транспонирање на упатствата и уредбите на Европската Унија во националното право, занемарувајќи го најновиот тренд на минимум стандарди во ЕУ хармонизацијата. Оттука, според многу анализи и проценки на релевантни меѓународни институции, Република Македонија е секогаш помеѓу првите замји во регионот во обемот на формална хармонизација со европскиот *acquis*, но меѓу последните во процесот на практична имплементација и разбирање на она што значат и кои се користите од европските правни придобивки.

Goran Koevski, Ph.D.
Associate Professor at the University "Ss. Cyril and Methodius"
Faculty of Law "Iustinianus Primus"
Skopje, Republic of Macedonia

AVAILABLE MODELS FOR HARMONIZATION OF THE MACEDONIAN BUSINESS LAW WITH THE EU BUSINESS LAW

Summary

Traditionally, the Commercial (Business) law in Macedonia is comprised of three main parts: 1) company law (legal business forms); 2) commercial contracts; and 3) securities and payment instruments.

All Commercial law constitutive parts, at the moment, are on different level of harmonization with the EU Law, although they cannot be analyzed independently from each other.

Although the general perception might be that the Company law part should be the most harmonized due to the globalization and erasure of the world or European trade boundaries, the situation in practice is not as expected.

Comparatively, the formal and the functional convergence of the national with the EU law are the two basic harmonization methods. The formal convergence means nothing else but harmonization of substantive and adjective legal rules by formal activity of the national legislator (the national parliament). Although the most certain, this approach seems to be the most difficult, mainly because of its openness to political lobbying and pressure from the opponents for such convergence.

The formal convergence might be achieved by using several techniques: via (in)direct transplants of company and similar laws; through convergence motivated by political dictate, such as the ongoing formal convergence of the EU member states laws by implementing or enforcing different EU directives or regulations.

Although there is explicit political consensus regarding formal convergence in the EU, this goal is much difficult to be attained in practice due to the resistance of the political elites towards complete formal convergence. Instead, the opposition insists on the process of establishing minimum standards, and dominant protection of the domestic legal and economic "nationalism."

How does EU react to these retro-movements?

Simply by the activities of the European Court of Justice (ECJ), that developed kind of hybrid formal-functional convergence with its decisions. The Court allows pretty liberal choice of mandatory legal rules that are going to be applied in the company establishment and the business operations.

What is functional convergence? Convergence with no formal-legal harmonization, when companies that belong to one legal system, in one or another way, adopt rules of business behavior inherent to other company law model.

That's why the functional convergence is deemed as faster and simpler method for harmonization and implementation of EU law, as compared to the formal one. This approach achieves same results as the formal convergence, but with no formal involvement of the legislator. The functional convergence may be realized by forcing the soft law as an instrument for "ideological" convergence executed by the international authoritative institutions and organizations as drafting soft law mediators.

Here, we should mention the concept of legal transplants as a form of formal convergence. But, besides the formal legal transplantation, the transplant effect is of more importance. The transplant effect depends on the awareness of the institutions and the general public of the country of transplant of the need for a particular legal reform.

The competition law is of great importance too, although it deserves separate approach as a legal branch. The competition law is of vital importance for the development of the single market. Thus, the harmonization of the competition law is considered as a prerequisite even for signing the Stabilization and Approximation Agreements with the countries in the region.

The legal framework of the contract law within the EU is very fragmented and still not coordinated. The most far-reaching results are achieved only in the field of consumer protection law. Even, prevails the stance that the europeisation of the contract law is not possible in a foreseeable time frame due to the close links between the private, contract law with the national history and tradition of each EU member state. On the other hand, among all fields encompassed within the traditional concept of private law, the contract law deserves the biggest attention and urgent harmonization. What are the possible ways for europeisation of the contract law? Almost exclusively throughout the new *lex mercatoria* as a set of neutral and balanced international principles embodied primarily as model rules.

The convergence within the securities law is much more successful than the harmonization of both, the company substantive and adjective law and the contract law. Why? There are several reasons detected for that: the securities law

harmonization sounds pure technical and neutral in terms of the legal nature and legal tradition of its main legal institutes; the main goal of the securities law harmonization should encourage and support the development of the pan-European capital market; and finally, the securities law harmonization can be smoothly carried out on the lower legislative and regulatory level.

Republic of Macedonia, as a candidate state, almost exclusively and often in a non-critical manner follows only the formal convergence method in the harmonization of its law with the EU law, by proper transposition of the EU regulations and directives in the national law. By doing so, Macedonia ignores the most recent EU trends of implementing only the minimum standards while harmonizing its national law.

Key words: business law, models of convergence, harmonization, Macedonia, European Union.

Дејан Костовски
правен консултант Друштво за консалтинг Имаго - Ена Скопје Република Македонија

СТЕЧАЈНИОТ ДОЛЖНИК КАКО УЧЕСНИК ВО ПЛАТНИОТ ПРОМЕТ СПОРЕД ЗАКОНОДАВСТВОТО НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Апстракт

Правните последици од отворената стечајна постапка влијае на многу сегменти на новиот правен живот на должникот над кого е отворена стечајна постапка. Во овој период кога се спроведува специфична административна постапка чија цел е колективно намирување на побарувањата на доверителите од имотот на должникот, се применуваат и посебни процесни и материјално правни правила кои се дел од законската легислатива кои ја регулираат стечајната постапка.

Во трудот авторот прави анализа на досегашната практика на примена на законот кој го регулира платниот промет како и однесувањето на носителите на платниот промет и како тие влијае на спроведување на стечајната постапка. Исто така ги лоцира сите спорни точки од Законот за платен промет и нивното можно влијание на спроведувањето на стечајната постапка.

Клучни зборови: носител на платен промет, учесник во платниот промет, стечаен должник, правен субјективитет, трансакциона сметка, стечајна постапка, намирување на побарувањето на доверителите.

ПОСТАВУВАЊЕ НА ПРОБЛЕМОТ

Примената на законот за стечај во практиката треба да овозможи брз излез од пазарот на друштвата кои поради одредени причини станале инсолвентни и не успеале на пазарот во конкуренцијата со другите друштва. Притоа треба да се создадат услови за што побрза алокација на средствата од должникот кој што не успел како и намирување на побарувањата на доверителите во што поголем процент.

Модерното инсолвентно право[1] на кое се заснова и нашето право го надминува класичното сфаќање на стечајната постапка кој се заснова на

[1] Основното начело на постапките кои се спроведуваат над должникот по повод инсолвентност е негова санација со помош на доверителите, а под надзор на судот. Ова начело е прифатено и во нашето законодавство за стечај, со тоа што надзорот на судот е многу ограничен и се однесува

концептот на казна на должникот со тоа се врши генерална егзекуција на имотот на должникот заради намирување на побарувањата на доверители. Тоа, предвидува и посебни постапки кои создаваат услови намирувањето на побарувањата на доверителите да биде извршено и без уништување на должниковото претпријатие[2] со овозможување истото да продолжи[3].

Меѓутоа, за да бидат остварени овие услови, односно за да се овозможи брзиот излез на овие друштва од пазарот преку било кој од предвидените начини на намирување на доверителите, потребна е доследна и целосна примена на законската регулатива која ја регулира оваа комплексна материја.

Тука се мисли во прв ред на сите органи на стечајната постапка кои имаат процесно правна положба при неговата примена како и другите органи кои се непосредно вклучени во негово спроведување пред се банките како носителите на платниот промет и даночните органи.

Предмет на овој труд се анализата на дејствија на даночните органи и банките како носители на платниот промет во конкретни стечајни предмети, а кои се насочени кон целосно елиминирање на основните начела на кои се заснова законот за стечај и оневозможување на спроведување на стечајната постапка. Истовремено предмет на анализа се и законските одредби од други закони кои се во колизија со законот за стечај.

ПРАВНИ ПОСЛЕДИЦИ ОД ОТВОРАЊЕТО НА СТЕЧАЈНАТА ПОСТАПКА И СТЕЧАЈНИОТ ДОЛЖНИК

Денот кога судот ќе донесе решение за отворање на стечајна постапка, поточно кога огласот за отворање на стечајна постапка ќе биде објавен на огласна табла на судот, настануваат и правни последици кои оваа постапка ја прават специфична и ја издвојуваат од другите постапки, чија цел е намирување на побарувањето на доверителите.

само на спроведувањето на постапката за реорганизација, односно донесување на планот за реорганизација.

[2] Види член 2 став 1 точка 48 од Законот за стечај("Службен весник на Република Македонија" бр. 34/06, 126/06 и 84/07) во понатамошниот текст ЗС со кој поимот претпријатие е истоветно определен како и во Законот за трговските друштва (Службен весник на Република Македонија бр.28/04, 84/05 и 25/07)во понатамошниот текст ЗТД како збир од права, предмети и фактички односи кои имаат имотна вредност и кои припаѓаат кон трговската дејност на трговецот, при што овие елементи ја сочинуваат активата на трговецот, но ги опфаќаат и неговите обврски.

[3]Почетоците на модерното инсолвентно право се поврзани со воведувањето на институтот реорганизација. Овој институт за првпат е воведен во Законот за стечај на САД од 1978 година и тоа во глава 11 (The Bankruptcy Code US Reorganization Under Chapter 11) и е дефиниран како доброволна активност на компанијата која презема се, со цел да се заштитат нејзината деловна активност од доспеаните побарувања на доверителите. Овој институт е преземен во Германскиот закон за инсолвентност (Insolvenzordnung) од 1994 година, со можност и доверителите да одлучат за нејзино спроведување.

Со тој ден истовремено настануваат повеќе видови на правни последици кои влијаат како на правниот субјективитет на должникот, така и на правните дејствија кои истиот ги преземал пред отворањето на стечајната постапка.

Основните правни последици се оние кои влијаат на правниот субјективитет на должникот. Тоа значи дека по овој ден во стечајната постапка се активираат механизми кои се директно поврзани и влијаат на правната способност на друштвото како правен субјект кој постоел на правната сцена.[4]

Инаку, со денот на уписот во трговскиот регистар, трговското друштво стекнува својство на правно лице.[5] Во етимолошка смисла на зборот својството на правно лице односно правниот субјективитет на трговското друштво е својство што му овозможува на трговското друштво да влезе во односи со трети лица односно да игра улога на правната сцена[6]. Правниот субјективитет се состои уште од деловна способност и деликтна способност на правното лице. Улогата на правата сцена е поврзана со стекнување на права и обврски, на сопственост и други стварни права, како и склучување договори и други права.

Деловната способност претставува способност со изјава на деловна волја да се преземат права и должности. Критериум врз основа на кој правното лице ја стекнува деловната способност, е именување на органи или застапници кои можат да ја изразат волјата на правното лице.

Со признавањето на правната способност, правното лице се стекнува и со способноста да биде странка и процесната способност односно да биде носител на правата и обврските во процесните односи, како и самостојно да презема процесни дејствија и истите да имаат правна сила.

Деликтната способност на правното лице преставува способноста на правното лице да презема одговорност за противправни дејствија. Пошироко гледано деликтната способност може да се појави како граѓанскоправна и кривичноправна одговорност на правното лице.

Механизмот кој започнува да дејствува ex lege со денот на донесувањето на решението за отворање на стечајната постапка односно со објавување на огласот на огласната табла на судот влијае и е насочен директно кон целосно ограничување на стекнатата правна способност на должникот[7].

---

[4]Види член 58 од Законот за стечај. Можни се одредени ограничувања на правната способност на должникот и пред отворањето на стечајната постапка која преставува главна постапка.

[5] Трговски друштва кои се стекнуваат со својство на правно лице според ЗТД се друштва на лица во кој влегуваат јавното трговско друштво и командитното друштво и друштвата на капитал и тоа акционерското друштво, командитното друштво со акции и друштвото со ограничена одговорност. Со својство на правно лице не се стекнува тајното друштво и ортаклукот. Мора да се напомене дека трговецот поединец нема својство на правно лице како и другите правни форми на организирање.

[6] Види пошироко Недков, Беличанец, Градишка - Лазаревска Право на Друштвата книга права Сигма прес, Скопје 2003 година стр. 258

[7] Можни се одредени исклучоци само во случај кога се спроведува постапката за лично управување, односно кога стечајниот судија ќе одобри лично управување од страна на должникот. Во тој случај не доаѓа до целосно ограничување на правната способност на должникот.

Тој механизам влијае како на правниот субјективитет поточно на имотно правниот субјективитет на должникот со сите елементи на правната способност, деловната способност и деликтната способност и карактеристиките на друштвото, застапувањето и имотот, како и ограничување на работењето на органите на управување на трговското друштво, така и на деловниот потфат на должникот[8].

Настапувањето на правните последици од отворена стечајна постапка не значи и формално губење на правниот субјективитет туку доведуваат до негово целосно ограничување. Може да се каже дека правната способност на должникот по отворање на стечајната постапка е толку ограничена што се олицетворува преку органите на стечајната постапка.

Всушност, пренесувањето на сите овластувања на органите на управување на стечајниот управник, особено оние кои се однесуваат на имотот на должникот значи и почеток на крајот на функционирањето на друштвото како правно лице.

До целосно ограничување на правната способност на долчникот доаѓа во стечајните постапки во кои собранието на доверители на првото извештајно собрание донело одлука за затворање деловниот потфат на должникот и впаричување на имотот односно органите на должникот како и доверителите не пристапиле кон негова реорганизација во предвидените законски рокови[9] и покрај тоа што должникот сеуште не е избришан од трговскиот регистар.[10]

Истото се однесува и на деловна способност на друштвото како самостојно влегување во имотно правните односи и формирање на волјата за склучување на одредени договори. Со отворањето на стечајната постапка и настапувањето на правните последици не постои можност органи на должникот самостојно да управуваат односно да влегуваат во имотно правните односи и формираат волја за склучување на одредени договори.

Деликтна способност како способност на самото друштво да одговара за сторената штета со настапувањето на правните последици е исклучена од причина што за штета која ќе ја причини на другите учесници по отворањето на стечајната постапка одговара стечајниот управник, односно членовите на одборот на доверители.

Основните правни последици од отворената стечајна постапка влијаат и на правата на лицата кои се дел од управата на должникот како и сопствениците

---

[8] Види пошироко Костовски Дејан Закон за стечај, правилници професионални стандарди, Етички кодекс за стечајни управници - коментар - Проект на УСАИД за деловно опкружување и Министерство за економија Скопје 2007 година стр.451.

[9] Види пошироко Костовски Дејан и Хаџи - Василева Марковска Верица Реорганизација на трговските друштва во стечајна постапка - прирачник - Проект на УСАИД за деловно опкружување Скопје ноември 2007 година стр.67 .

[10] Види пошироко Барбић Јакша "Право на друштава" книга прва Општи дио Организатор Загреб 1999 година стр. 186 - 187.

на должникот. Така престануваат сите права на лицата кои се дел од управата како и органите на должникот.

Може да се заклучи дека друштвото над кого е отворена стечајна постапка формално-правно излегува од правната сцена, со цел да се спроведе постапка според точно определени правила и начела, чија цел е колективно намирување на побарувањата на доверителите.

Сепак намирувањето на доверителите преку впаричување на имотот на должникот не е и примарна цел на стечајната постапка[11]. Во одредени случаи кога се исполнети економските услови можни се две ситуации, кои се резултат на модерните тенденции на стечајната постапка, а кои се насочени кон одржување на деловниот потфат на должникот како и завршување на започнатите работи на должникот. Продолжување на деловниот потфат на должникот по отворање на стечајната постапка е можна само во случај кога е донесена одлука од органите на доверителите.

Доколку, стечајната постапка не продолжи во насока на реорганизација на должникот или неговото претпријатие, односно не биде отворена постапка за реорганизација, што преставува економска одлука на доверителите која се носи врз основа на извештајот за економско - финансиската состојба на должникот[12] или пак активност на должникот да ја заштити својата дејност од доспеаните побарувања на доверителите, ex lege таа се движи во друга насока во која стечајната маса од објект на стечајната постапка добива својство на субјект на која законот формално и признава странкарска способност.

Стечајната маса како нов процесен субјект кој настанува по отворањето на стечајната постапка нема својство на правно лице меѓутоа има правно својство и неа пред судот како и пред трети лица ја застапува стечајниот управник. Значи стечајната маса по сила на закон се стекнува со странкарска способност, а стечајниот управник е нејзин застапник по сила на закон.

СТЕЧАЈНИОТ ДОЛЖНИК И НЕГОВОТО УЧЕСТВО ВО ПЛАТНИОТ ПРОМЕТ

Излегувањето од пазарот кој се случува во овој почетен период на стечајната постапка, е проследен со уште еден момент кој е во причинско последична врска со целата остојба во која се наоѓа должникот. Така настапување на правните последици од отворената стечајна постапка влијае на и на обележјата на должникот, и директно на неговата положба како учесник во платниот промет.[13]

---

[11] Види пошироко Дика Михајло Инсолвенциско право Загреб Правен факултет 1998 година стр. 24 и 25.

[12] Види пошироко Костовски Дејан Закон за стечај, правилници професионални стандарди, Етички кодекс за стечајни управници - коментар - Проект на USAID за деловно опкружување и Министерство за економија Скопје 2007 година Професионален стандард за составување на извештајот на стечајниот управник за извештајното собрание стр. 726

[13] Види член 79 од ЗС

Со доставувањето на решението за отворање на стечајната постапка на стечајниот судија до Централниот регистар на Република Македонија[14] тој има законска обврска да ги извести сите банки кај кои должникот има отворено сметки дека над него е отворена стечајна постапка.

Последиците од настапувањето на правните последици од отворената стечајна постапка влијаат на неговото својство како учесник во платниот промет, со тоа што од тој момент должникот престанува да биде учесник во платниот. Така, носителите на платниот промет - банките кај кои должникот имал отворено сметки се должни веднаш да ги угаснат сметките кои ги имал отворено должникот, без разлика дали се работи за денарски или девизни сметки, независно од фактот дали има парични средства на нив или не.

Причината за губењето на својството учесник во платниот промет за должникот се поврзани со губењето на овластувањето на лицата кои ги определиле органите на должникот за да располагаат со средствата кои се наоѓаат на овие сметки. Инаку, овластувањата на овие лица во врска со располагањето со средствата кои се наоѓаат на сметката на должникот се ограничени уште многу пред да дојде до настапување на правните последици од отворената стечајна постапка.

Така уште во моментот кога настапиле услови за отворање на стечајната постапка[15] настапува забрана за органот на управување да предлага како и да врши исплата од сметката, освен во исклучителни случаи. Тие случаи се однесуваат на плаќања кои се поврзани на неопходното работење на друштвото како и оние плаќања кои се поврзани со вршење на стандардот внимание на совесен и уреден трговец[16].

Доколку членовите на органот на управување постапат спротивно на оваа забрана и поради тоа настапат штетни последици за доверителите и акционерите тие се солидарно одговорни за настаната штетата. Покрај солидарната одговорност за штетата на органите на управување е предвидена и прекршочна одговорност на друштвото, како и за одговорното лице во друштвото[17].

Меѓутоа, покрај тоа што стечајниот управник ги стекнува сите овластувањата во врска со располагањето и управувањето со имотот кој влегува во стечајната маса, истиот неможе да располага со паричните средства кои се наоѓаат на таа сметка. Така, тој неможе да издава налози за плаќање на име сметката која била на должникот и треба да биде угасната. Значи на стечајниот

[14] Види член 72 став1 и 2 од истиот закон
[15] Види член 5 од истиот закон
[16] Види член 354 став 3 од ЗТД
[17] Види член 602 став 1 точка 7 од ЗТД и член 25 од ЗИД на ЗТД (Службен весник на РМ бр.25/07) со која е предвидена глоба во износ 2500 до 5000 Евра во денарска противвредност за акционерското друштво, доколку обврските во случај на загуба, презадолженост или неспособност за плаќање не ја извршува согласно член 354 став 4 од истиот закон.

управник му е забрането под било кои услови да располага со средствата кои се наоѓаат на сметката на должникот до моментот да гаснење на сметките.

Веднаш по доставувањето на решението за отворање на стечајната постапка до стечајниот управник тој треба да отвори нова денарска или девизна сметка, за потребите на стечајната постапка.

Не се работи за отворање на нова сметка на должникот, туку се работи за отворање на привремена сметка преку која ќе треба да се врши платниот промет за време на отворената стечајна постапка. Така на оваа новоотворена сметка ќе треба да се примаат уплати, односно прилив на средства по основ на наплата на побарувањата од должниковите должници, како и по основ на впаричување на стечајната маса, како и да се вршат плаќања, односно пренос на средства од неа на трансакционите сметки на доверителите по основ на делба на впаричената стечајна маса како и други исплата на готови пари за време на траењето на стечајната постапка.

Значи отворањето на оваа сметка е последица на отворањето на стечајната постапка и настапувањето на правните последици од неа, пред се поради потребата да се спроведе стечајната постапка. Со оглед на тоа што, трансакционата сметка по правило се отвора веднаш по гаснењето на сметката на должникот поради настапување на правните последици од отворање на стечајната постапка, а со цел да се создадат услови за непречено спроведување на стечајната постапка должност е на стечајниот управник како застапник на стечајната маса[18] е да одлучи колку трансакциони сметки ќе отвори за потребите на спроведување на стечајната постапка и кај кој носител на платен промет односно банка која има одобрение да врши платен промет ќе поднесе писмено барање за отворање на трансакциона сметка[19].

Затворањето на трансакционите сметка ќе биде извршено по завршување на сите дејствија кои треба да бидат преземени во стечајната постапка по правило по целосна распрелба на средствата кои биле впаричени како резултат на продажба на стечајната маса.[20] Се разбира дека стечајниот управник во случај кога отворил повеќе трансакциони сметки може и во текот на стечајната постапка да побара да бидат угаснати доколку оцени дека се исполниле услови за нивно угасување. Сепак, во секој случај мора да остане една трансакциона сметка активна се до завршувањето на стечајната постапка.

При тоа нема ограничувања по однос на тоа во која банка може да биде отворена сметката. Единственото на што мора да внимава стечајниот управник при отворањето на сметката е финансиската стабилност на банката во која отвора сметка. Така стечајниот управник е должен да направи проценка за

[18] Види член 33 од ЗС. Според оваа одредба стечајниот управник го застапува и преставува должникот само за оние работи кои се однесуваат на стечајната постапка и стечајната маса.

[19] Види член 12 став 1 и став 2 од Законот за платен промет (Службен весник на Република Македонија бр. 113/07) во понатамошниот текст ЗПлПр кој започна да се применува од 01.01.2008 година.

[20] Види член 200 став 5 точка 1 од ЗС

финансиската стабилност на банката во која ќе отвори сметка. Се разбира оваа проценка стечајниот управник ќе треба постојано да ја прави и доколку дојде до нарушување на финансиската стабилност на банката благовремено да реагира со тоа што ќе ги префрли средствата од стечајната маса на друга сметка кај друг носител на платниот промет.

По отворањето на сметката тој е должен да го извести Централниот регистар за тоа во која банка ја отворил сметката. Понатаму, Централниот регистар ги известува банките за тоа во која банка стечајниот управник отворил нова сметка односно сметки за да можат банките средствата од угасната сметка да ги префрлат на ново отворената привремена сметка за потребите на стечајната постапка. Покрај гаснењето на сметката на должникот која треба да се биде извршено по автоматизам од страна на банката која е носител на платниот промет или кај која била отворена, таа е должна да ги пренесе сите парични средства без разлика по кој основ се наоѓаат на угасната сметка на ново отворената сметка која за потребите на стечајната постапка ја отвора стечајниот управник.

Враќањето во платниот промет преку отворањето на нова сметка го отвора прашање какво е својството на должникот, односно дали тој повторно добива својство на учесник во платниот промет или не?

При одговорот на ова прашање треба да ги имаме во предвид следниве факти:

Прво, должникот по отворањето на стечајната постапка по правило престанува да врши трговската дејност. И да продолжи да ја врши истата дејност тоа е за потребите на стечајната постапка или да се задоволи економскиот интерес на доверителите и да се зголеми стечајната маса или да се одржи деловниот потфат со цел да се спроведе постапката за реорганизација.

Второ, настанатите правни последици од отворање на стечајната постапка ја прават положбата на должникот специфична во однос на трговското друштво кое тогаш настанува со упис во трговскиот регистар или кое преземало одредени статусни промени. Така и самата постапка за отворање на сметка на должникот над кого е отворена стечајна постапка треба да се разликува од онаа која е предвидена за учесник во платниот промет над кого не е отворена стечајна постапка и кој нормално врши трговска дејност преку едношалтерскиот систем[21]

Трето, отворената сметка е под надзор и контрола на органите кои се формираат со отворање на стечајната постапка заради остварување на целта на таа постапка.

Значи во секој случај настанувањето на правните последици од отворената стечајна постапка и промените во правниот субјективитет на друштвото влијае на неговиот, статус како учесник во платниот промет. Тој ниту веќе ја врши

[21]Види член 11 од Законот за едношалтерскиот систем и за водење на трговскиот регистар и регистар на други правни лица (Службен весник на Република Македонија бр.84/05)

регистрираната дејност, а плаќањето од сметката ја врши под многу околности кои се нормирани со посебен закон.

Примената на новата законска регулатива со кој се регулира вршењето на платниот промет за учесниците на платниот промет[22] посебно за вршењето на платниот промет на учесникот над кого е отворена стечајна постапка не ги разреши сите спорните прашања и отвора нови спорни прашања кои влијаат на брзината и законитоста на спроведување на стечајната постапка.

Според новата законска регулатива банките можат да бидат носители на платниот промет само доколку добиле дозвола за вршење на платниот промет од Народна банка на Република Македонија. Банките во врска со платниот промет ги вршат работите поврзани со отворање и водење на трансакциони сметки на учесниците во платниот промет и вршат плаќање на сметки, водат регистар на трансакциони сметки во нивниот регистар и извршуваат решенија за присилна наплата кои се однесуваат на трансакционите сметки што ги водат. Платниот промет може да се извршува единствено преку трансакционите сметки.[23]

По однос на водењето на податоците во регистарот предвидена е обврска за банките секоја промена во податоците на регистарот на трансакционите сметки да ја пријават односно да ги достават до единствениот регистар на трансакциони сметки (ЕРТС) најдоцна до крајот на неговото работното време. Овој регистар го води клириншка куќа. Клириншката куќа која го води ЕРТС е должна во истиот рок да ги достави до Централниот регистар на Република Македонија[24].

Првото спорно прашање кое се поставува е примената на одредбата од законот со која се предвидува дека носителот на платниот промет ќе исплати плата на учесникот на платниот систем ако претходно за истата се платени придонеси[25]. Во стечајната постапка сите исплати од трансакционата сметка се под контрола на органите на стечајната постапка и се вршат според посебна законска регулатива која во однос на Законот за Платен промет е основен закон. Со други зборови со правилата кои се определени за стечајната постапка законот за платен промет има супсидиерена примена.

Така и ова огранич~ување не би требало да се применува за време на водењето на стечајната постапка затоа што надоместокот кој им се исплаќа на ангажираните работниците за завршување на работите на стечајната постапка неможе да се третира како плата според посебните законски прописи. Сепак

[22]Во член 2 став 1 точка 2 од Законот за ПлПр под поимот учесник во платниот промет се подразбира домашно или странско лице правно или физичко лице кое врши регистрирана дејност или друго физичко лице кое врши плаќање во денари преку носителите на платниот промет.

[23]Според член 2 став1 точка 4 од истиот закон под трансакциона сметка се подразбира сметка која преставува единствен и неповторлив нумерички податок кој служи за идентификација на учесникот на платниот промет, а преку која истиот врши плаќање.

[24]Види член 15 од истиот закон.

[25]Види член 11 и член 59 од истиот закон

доколку должникот продолжил да го води деловниот потфат и по отворање на стечајната постапка во тој случај постојат и одредени елементи кои укажуваат дека биле задржани одреден број на работници или сите за потребите на деловниот потфат во тој случај примената на оваа одредба треба да биде рестриктивна пред се поради фактот што за законитоста на спроведување на стечајната постапка се грижи стечајниот судија.

Во случај кога трансакционата сметка ја отворил стечајниот управник за потребите на водењето на стечајната постапка неприменлива е и одредбата[26] која се однесува на укинување ex lege на истата од носителот на платен промет поради немање салдо или промени во последните две години. По правило во голем број на отворените стечајни постапки трансакционата сметка кои ја отвора стечајниот управник е без салдо подолг временски период и приливот на средствата зависи од секој конкретен случај.

Трето, плаќањето од трансакционата сметка која е отворена заради спроведување на стечајната постапка може да ја врши само стечајниот управник, со издавање на платен инструмент[27] на товар на сметката .

Во таа смисла гледано од аспект на правните последици на стечајната постапка како и целта на стечајната постапка спорна е примената на одредбите со кои се предвидува дека исплата од трансакциона сметка може да изврши и носителот на платен промет врз основа на договорни овластувања и решенија за присилна наплата[28].

Во тој контекст спорна е и примената на одредбите кои се однесуваат на извршување на решенијата за присилна наплата и блокирање на трансакционата сметка.[29]

Тргнувајќи од фактот дека целта на стечајната постапка е колективно намирување на побарувањата на доверителите, истата се заснова на одредени начела преку кои се создаваат услови за остварување на таа цел. За да се појасни зошто овие одредби се неприменливи посебно ќе се задр`име на две начела на стечајната постапка.

Прво е начелото на сразмерно плаќање на побарувањата на доверителите. За да се обезбеди целосна заштита на интересите на доверителите во стечајната постапка потребно е во стечајната постапка да се создадат услови за сразмерно намирување на побарувањата на доверителите. Тоа начело ги штити интересите на доверителите во стечајната постапка во случај кога неможат да се создадат услови за целосно намирување на побарувањата на доверителите и значи дека сите доверители ќе бидат намирени сразмерно на нивните

[26]Види член 13 став 2 од истиот закон

[27]Според член 2 став 1 точка 6 од истиот закон - платен инструмент е налог со кој учесникот во платниот промет му наложува на носителот на платниот промет да изврши плаќање.

[28]Види член 18 став 2 точка 2 од истиот закон

[29]Види член 21, 22, 24 од истиот закон

побарувања, а од друга страна е поврзано со колективното намирување на доверителите од впаричената стечајна маса.

Второ е начелото на паритет (Pari passu) според кое побарувањата на доверителите од ист исплатен ред се третира и намирува пропорционално според нивното побарување од впаричената стечајна маса.

За оставрување на овие две основни начела во стечајната постапка разработени се посебни механизами кои создаваат услови да се заштитат интересите на доверителите. Правните последици на отворената стечајна постапка создаваат услови уште по самото отворањето на стечајната постапка да се заштити имотот на должникот со тоа што настапува т.н. мирување на постапките што значи дека со тој ден сите активни и пасивни процесни постапки кои водат против должникот, како и извршувања се прекинуваат. Со други зборови со тој ден од сметката на должникот или од неговиот имот ниту еден доверител неможе да го наплати своето побарување.

Значи се работи за настапување на автоматско мирување на сите постапки кои ги водат доверителите насочени кон имотот на стечајниот дол`ник со цел да ги намират своите побарувања.

За стечајните доверители[30] автоматското прекинување на постапките за намирување трае неопределено време со тоа што нивните побарувања се намируваат според правилата на стечајната постапка. Во овој период ниту еден стечаен доверител неможе да го намири своето побарување надвор од стечајната постапка, без разлика на основот и висината на побарувањето.

За сите доверители важи истото правилото дека мора да го пријават своето побарување кај стечајниот управник по објавениот оглас за отворената стечајна постапка и за намирувањето на нивните побарувања важат правилата на стечајната постапка.

За разлика од стечајните доверители, автоматското мирување на постапките кои ги воделе разлачните и излачните доверители се прекинува и тие по одржувањето на испитното рочиште можат да да ги продолжат постапките за намирување на своите побарувања од имотот кој не преставува стечајна маса на должникот.

Тргнувајки од овие начела како и правила кои се вградени и се однесуваат на сите стечајни доверители наведените законски одредби од Законот за платен промет се во директна колизија со концептот на кој се заснова стечајната постапка и е директно насочен против интересите на доверители. Поедноставно кажано во текот на отворената стечајната постапка од привремената трансакционата сметка која е отворена за потребите на стечајната постапка неможат да се наплаќаат побарувања врз основа на решенија за присилна наплата доставени од било кој учесник во платниот промет како и блокирање на таа сметка заради присилна наплата на тоа побарување.

Во практиката досега се забележани повеќе случаи во кој носителите на платниот промет постапуваат спротивно на одредбите на Законот за стечај и

[30]Види член 146 од ЗС

постапуваат по доставените решенија за присилна наплата на оваа сметка посебно на управата за јавни приходи како даночен орган за неплатени даноци, па дури ги извршуваат овие решенија со наплата или пак ја блокираат оваа сметка.

Постапувајки на овој начин носителите на платниот промет - банките создаваат услови да се сруши концептот на кој се заснова стечајната постапка, односно постапката за реорганизација, а тоа е колективното намирување на доверителите и им причинуваат директна штета на учесниците во стечајните постапки односно доверителите. Од друга страна, создаваат услови одредени доверители најчесто управата за јавни приходи за побарувањата по основ за неплатени даноци[31] да добие третман на доверител со приоритетно побарување, кое го нема согласно одредбите на законот за стечај.

Побарувањето кое го има управата за јавни приходи како јавно правно лице за неисплатени даноци пред отворањето на стечајната постапка според одредбите на законот за стечај немаат приоритет при исплатата на средствата од стечајната маса и за нив доколку истите бидат утврдени во стечајна постапка од страна на стечајниот управник истата е стечаен доверител, што значи дека тоа побарување е од втор повисок исплатен ред и може да се намири дури по целосното намирување на побарувањата на доверителите од првиот повисок исплатен ред во кој спаѓаат побарувањата на вработените и фондовите за пензинско и инвалидско побарување и здравствено осигурување за последните три месеци пред отворањето на стечајната постапка. Значи побарувањата на сите останати стечајни доверители вклучувајки го ова јавно правно лице може да го намират заедно со останатите стечајни доверители истовремено.

Доколку, пак обврските за неплатениот данок настанале по отворањето на стечајната постапка, а во врска со завршување на започнатите работи, кои ги преземал стечајниот управник во тој случај тие имаат карактер на обврски на стечајна маса. Меѓутоа овие побарувања по основ на неплатен данок за овој период и покрај тоа што преставуваат обврска на стечајната маса не се од таков карактер кои можат можат да биде наплатени со присилно извршување[32].

Со други зборови намирување на побарувањата на доверителите во стечајна постапка се разликува во однос на начинот на намирувањето на побарувањата во постапката за извршување или извршување на решение за присилна наплата, односно сингуларната егзекуција.

Кај колективното намирување на побарување на доверителите според правилата на стечајната постапка, најпрво се намируваат побарувањата по основ на трошоци на стечајната постапка, понатаму обврските на стечајната

[31]Ваквите постапки на даночниот орган се спротивни на одредбите од Законот за даночна постапка (Службен весник на РМ бр. 13/06) посебно на член 26 став 3 со кој е предвидено дека исполнувањето на даночниот долг во случај на стечај се врши согласно Законот за стечај.
[32]Види член 148 од ЗС

маса и на крај побарувањата на стечајните доверители кои се рангирани во два исплатни реда и тоа повисок и понизок исплатен ред.

Кај сингуларната егекуција, односно спроведување на постапка по поединечни извршни решенија која е вградена во Законот за платен промет важат други начела на намирување. При тоа извршување постои должност за носителот на платен промет да ги извршува решенијата за присилна наплата според датумот и времето на нивното пристигнување[33].

На носителот на платниот промет му е оставено да цени дали решенијата за присилна наплата ги содржат сите елементи односно податоци кои се од значење за извршувањето односно наплата на решението[34].Од анализата на овие основни постулати на стечајната постапка може да се заклучи дека должникот над кого е отворена стечајна постапка нема ист третман како и другите учесници во платниот промет. Оттаму за отворените привремени трансакциони сметки од страна на стечајниот управник за должниците над кои е отворена стечајна постапка неможат да важат правилата од законот со кој се регулира платниот промет, без притоа да се имаат во предвид ограничувањата предвидени во законот за стечај.

РАСПОЛАГАЊЕ СО ПАРИЧИНИТЕ СРЕДСТВА НА СМЕТКАТА ОД СТРАНА СТЕЧАЈНИОТ УПРАВНИК

Во законската регулатива која се однесува на стечајната постапка[35] се содржи и правила врз основа на кој стечајниот управник, и органите на доверителите располагаат со средствата кои се наоѓаат на трансакционата сметка.

Основно правило на кое се заснова располагањето со средствата кои преставуваат стечајна маса е одделување на средствата кои се наоѓаат на привремената трансакционата сметка за водење на стечајната постапка од личните средства на стечајниот управник со кои тој располага. Исто така, забрането е било какво располагање со средствата кои се наоѓаат на оваа трансакциона сметка од страна на стечајниот управник за негови лични потреби.

Располагањето со средствата кои се наоѓаат на привремената трансакциона сметка, со кои треба да се исплатат реално сторените трошоци во стечајна постапка се врши со исплата од истата еднаш месечно, а врз основа на пресметка на трошоците изготвена од стечајниот управник која се доставува

[33]Види член 21 од ЗПлПр

[34]Види член 22 став 2 од истиот закон

[35]Види професионален стандард за управување со паричните средства на банкарските сметки Правилникот за професионалните стандарди за стечајната постапка во кој се вклучени осум професионални стандарди, како и Правилник за наградата и надомест на реално потребните трошоци на стечајниот управник, начинот на утврдување на нивнта висина и одредување на износот на авансот за покривање на трошоците во претходната постапка (Службен весник на Република Македонија бр.119/06)

стечајниот судија кој треба да ја одобри.[36] Ова одобрување по правило треба да се врши со посебно писмено решение донесено од стечајниот судија.

Целта на ова одобрување е контролата над работата на стечајниот управник при извршувањето на неговите должности, а посебно во трошењето на паричните средства кои преставуваат стечајна маса. Инаку, плаќањето од трансакционата сметка отворена за потребите на стечајната постапка се врши врз основа на платен инструмент односно налог за исплата која го потпишува стечајниот управник.

Притоа, стечајниот управник е должен да води и евиденција на извршените налози и дневни изводи од банката, соодветни книги и евиденција на сите сметки каде се прикажани сите уплати и исплати. Оваа евиденција ги содржата, основот на исплатат како лицето односно лицата на кои им било исплатено.Овие податоци се дел од месечниот извештај кој го составува стечајниот управник, као и завршниот извештај во случај на заклучување на постапката поради впаричување на имотот.[37]

ЗАКЛУЧОК

Од анализата на законска регулатива во Република Македонија која го регулира прашањето на платниот промет може да заклучи дека не се создадени услови за надминување на лошите практики кои директно влијаат на брзината на спроведувањето на стечајната постапка, како и уривањето на концептот на кој се заснова стечајната постапка. Пред се во тие лоши практики евидентно е дека носителите на платниот промет создаваат нови правила на стечајната постапка кои се спротивни на законот за стечај со цел на друг учесник во платниот промет да му овозможат намирување на неговото побарување. При таква состојба, а заради надминување на оваа состојба потребно е да се извршат промени во оваа законска регулатива или да се донесе посебно упатство за примена на законот за платен промет кое ќе биде задолжително за сите носители во платниот промет, а со кое би се усогласило работењето на носителите на платниот промет со постоечката законска регулатива која ја регулира стечајната постапка.

Во спротивно продолжувањето на лошите практики при примената на овој закон може да создаде целосен застој на спроведувањето на стечајната постапка и фактичко дерогирање на законската регулатива која ја регулира инсолвентната постапка вклучувајки ја и постапката за реорганизација.

---

[36]Види член 37 во врска со член 34 став 1 точка 2 од ЗС. Инаку трошоците во стечајната постапка се определени со член 134 од истиот закон.

[37]Види член 34 од ЗС и Професионален стандард за образец завршен извештај на стечајниот управник за извршени уплати и исплати во истиот правилник

Литература

Барбић Јакша "Право на друштва книга прва Општи дио" Организатор Загреб 1999.

Дика Михајло "Инсолвенциско право" Загреб Правен факултет 1998.

Костовски Дејан "Закон за стечај, правилници професионални стандарди, Етички кодекс за стечајни управници - коментар" Проект на УСАИД за деловно опкружување и Министерство за економија Скопје 2007.

Костовски Дејан и Хаџи - Василева Марковска Верица "Реорганизација на трговските друштва во стечајна постапка - прирачник " Проект на УСАИД за деловно опкружување Скопје ноември 2007.

Недков, Беличанец, Градишка - Лазаревска "Право на Друштвата книга права" Сигма прес, Скопје 2003.

Плавшак Нина - "Законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација (Закон о присилни поравнави, стечају ин ликвидаци ЗППСЛ-А Уредни лист РС, {т. 39/97) со коментар" Господарски вестник 1997.

Закони и други подзаконски акти

Законот за стечај "Службен весник на Република Македонија" бр. 34/06, 126/06 и 84/07

Законот за трговските друштва "Службен весник на Република Македонија" бр. 28/04, 84/05 и 25/07

Законот за едношалтерскиот систем и за водење на трговскиот регистар и регистар на други правни лица "Службен весник на Република Македонија" бр.84/05

Закон за платен промет "Службен весник на Република Македонија" бр. 32/01, 50/01, 52/01, 103/01, 37/02, 41/02 ,61/02 и 42/03

Законот за платен промет "Службен весник на Република Македонија" бр. 113/07

Законот за даночна постапка "Службен весник на Република Македонија "бр. 13/06

Правилникот за професионалните стандарди за стечајната постапка во кој се вклучени осум професионални стандарди, како и Правилник за наградата и надомест на реално потребните трошоци на стечајниот управник, начинот на утврдување на нивнта висина и одредување на износот на авансот за покривање на трошоците во претходната постапка "Службен весник на Република Македонија" бр.119/06

Упатство за начинот и постапката за отворање и затворање на сметката бр. 11-37095/2 од 26.12.2005 година донесено од министерот за финансии

Dejan Kostovski
Legal consultant of the consulting company „Imago – Ena" Skopje Republic of Macedonia

BANKRUPTCY DEBTOR AS A PARTICIPANT OF PAYMENTS IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

Legal consequences of the opening of the bankruptcy procedure are affecting a lot of segments of a new legal live of the debtor, over which the procedure has been under taken. The aim of the proceeding is a collective payment of the creditor's requirements from the propriety of the debtor. During the court procedure, special procedural and material legal rules are in place as a part of the legal legislation which regulates bankruptcy procedure.

Author of this text is making analyzes of the actual practice on implementation of the Law for domestic payment, acts of the banks and influences of this acts on bankruptcy procedure. Funnier more, author is putting more light on the disputable topics in the Law for domestic payment and how that could possibly affect implementation on the bankruptcy procedure.

Key words: bank, debtor, legal entities, bankruptcy procedure, creditor.

Prof.dr Maja Kostić-Mandić
Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore

AUTONOMIJA VOLJE KAO TAČKA VEZIVANJA ZA UGOVORE SA STRANIM ELEMENTOM U PRAVU CRNE GORE

Apstrakt

U ovom radu ukazujemo na pozitivnopravna rješenja u domenu kolizionopravne autonomije volje stranaka za ugovore sa stranim elementom, kao i na određena rješenja sadržana u Nacrtu novog zakona o međunarodnom privatnom pravu i postupku.

U ovoj oblasti još uvijek se primjenjuju: Zakon o rješavanju sukoba zakon sa propisima drugih zemalja, Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi i Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju, a od novijih propisa koji se odnose na ugovore sa stranim elementom a sadrže kolizione norme treba pomenuti Zakon o spoljnoj trgovini i Zakon o zaštiti potrošača, čija rješenja će u narednom periodu morati pretrpjeti značajne izmjene.

Nacrt Zakona iz 2010. najvećim dijelom preuzima odredbe Uredbe Rim I iz Glave II. Tako, koncept autonomije volje stranaka, kao osnovni princip zadržava svoj primat i, slijedeći odredbe Uredbe, znatno je detaljnije regulisan nego što je to slučaj u Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja. Autonomija volje stranaka u pogledu izbora mjerodavnog prava je i dalje isključena kod ugovora o stvarnom pravu na nepokretnosti, kao i najmu ili zakupu nepokretnosti. Ipak, Nacrt uspostavlja izuzetak, kojim se predviđa da stranke mogu izvršiti izbor mjerodavnog prava samo ako se radi o kratkoročnom zakupu nepokretnosti, na period ne duži od šest mjeseci.

Autonomija volje stranaka se javlja i kod ugovora o prevozu robe i prevozu putnika, potrošačkih ugovora, ugovora o osiguranju i ugovora o radu, uz određene specifičnosti.

Ključne riječi: ugovori, tačka vezivanja, autonomija volje, ZRSZ, Uredba Rim I, Nacrt kodifikacije, međunarodno privatno pravo.

Uvodne napomene

Početak novog vijeka je donio značajne novine na međunarodnom planu u domenu normativnog uređenja odnosa koji spadaju u oblast regulisanja međunarodnog privatnog prava. Pored činjenice da su sada značajne oblasti međunarodnog privatnog prava na jedinstven način regulisane na nivou Evropske unije (uredbama o mjerodavnom pravu za ugovore, vanugovornu odgovornost, i

izdržavanje, kao i nizom uredbi u oblasti građanskog sudskog postupka)[1] značajan je i rad Haške konferencije, pod čijim okriljem se donose višestrani ugovori. Na nacionalnom planu, u nizu zemalja su donijeti noviji zakoni posvećeni ovoj materiji (kodifikacije međunarodnog privatnog prava u Belgiji, Bugarskoj, Estoniji, Litvaniji, Makedoniji, Turskoj i dr.), a u više zemalja u regionu, među kojima su i Srbija i Hrvatska je u toku donošenje novih zakona u ovoj oblasti.

Savremeni pravni trenutak Crne Gore karakteriše činjenica da se nakon uspostavljanja nezavisnosti donose brojni novi zakoni, ali se i postavlja pitanje važenja određenih propisa i međunarodnih ugovora koji su obavezivali Crnu Goru u prethodnom periodu. Ni međunarodno privatno pravo nije izuzetak, već su ovi problemi još izraženiji, zbog brojnosti i raznovrsnosti pravnih izvora koji se odnose na ovu materiju. Takođe, u toku je rad na novoj kodifikaciji međunarodnog privatnog prava Crne Gore, za koju se očekuje da će unijeti značajne novine i na drugačiji način definisati određene koncepte, uključujući i autonomiju volje stranaka. Jer, autonomija volje stranaka kao tačka vezivanja sve više dobija na značaju u uporednom pravu, pa se pored klasičnog domena ugovora sa stranim elementom, sve češće javlja i u oblastima, gdje je do nedavno bila isključena ili su preovladavale druge tačke vezivanja: porodičnopravni odnosi (razvod, bračni imovinski odnosi), nasljeđivanje, stvarnopravni odnosi, vanugovorna odgovornost i dr.

U ovom radu, ukazujemo na pozitivnopravna rješenja u domenu kolizionopravne autonomije volje stranaka za ugovore sa stranim elementom, kao i na određena rješenja sadržana u Nacrtu novog zakona o međunarodnom privatnom pravu i postupku koji će biti usklađen sa pravom Evropske unije, rješenjima novijih Haških konvencija i novim kodifikacijama u regionu.

Pozitivnopravna rješenja

Česte promjene državnopravnog subjektiviteta država čiji je sastavni dio bila Crna Gora nisu se značajnije odrazile na osnovne izvore međunarodnog privatnog prava koji se primjenjuju na ugovore sa stranim elementom. Zakon o rješavanju sukoba zakon sa propisima drugih zemalja (ZRSZ), koji je usvojen 1982, sa izmjenama iz 1996. godine u nepromijenjenom obliku važi i danas u Crnoj Gori, iako je još na osnovu Povelje državne zajednice Srbije i Crne Gore, nadležnost u oblasti međunarodnog privatnog prava prenijeta na teren država članica i od tada se ZRSZ primjenjuje kao propis Crne Gore.

[1] The Rome II Regulation No. 864/2007 on the Law applicable to non-contractual obligations, the Rome I Regulation No. 593/2008 on the Law applicable to contractual obligations and the Regulation No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, Regulation No. 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I), Regulation No. 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility, repealing Regulation No. 1347/2000 (Brussels II) i dr.

Takođe, i dalje se u nepromijenjenom obliku primjenjuju Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi iz 1998. (»Sl. list SRJ« br.12/98, 44/99, 74/99, 73/00) i Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju iz 1998. (»Sl. list SRJ« br.12/98 i 15/98).

Od novijih propisa koji se odnose na ugovore sa stranim elementom a sadrže kolizione norme treba pomenuti Zakon o spoljnoj trgovini (»Sl. list RCG« br. 28/04) i Zakon o zaštiti potrošača (»Sl. list CG« br. 26/07).

U izlaganju koje slijedi ograničićemo se na sumarno podsjećanje, odnosno ukazivanje na novija usvojena rješenja navedenih propisa, uz napomenu da je jedan od paradoksa, kada je riječ o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore upravo postojanje vrijedne pravne baštine oličene i u odredbama sadržanim u Opštem imovinskom zakoniku,[2] a izbjegavanje ili selektivna primjena odredbi savremenog međunarodnog privatnog prava.

Kao što je poznato, ZRSZ predviđa autonomiju volje stranaka kao osnovnu tačku vezivanja za ugovore, ali postavlja ograničenje da stranke ne mogu birati mjerodavno pravo ukoliko ZRSZ ili međunarodni ugovor tako predviđaju. Uslovi za punovažan izbor mjerodavnog prava su da ugovor mora imati strani elemenat, izbor mora biti izričit ili nesumnjivo proisticati iz okolnosti i predmet izbora mora biti dopušten.[3] ZRSZ isključuje izbor prava stranaka ako su predmet ugovora nepokretnosti, pa se i na obligacionopravna i stvarnopravna dejstva ovih ugovora primjenjuje mjesto nalaženja stvari. Autonomija volje stranaka je isključena u oblasti međunarodnog transporta, za ugovore na koje se primjenjuju Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu robe drumom (čl. 41)[4] i Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu putnika drumom (čl. 23)[5]. Pored ovih slučajeva, doktrina i praksa isljučuju autonomiju volje stranaka i u pogledu dejstava određenih ugovora prema trećim licima (kod cesije, zastupništva i posredništva).[6]

Iako Zakon ne sadrži određenje o vrstama autonomije volje, u doktrini je nesporno da izbor može biti izvršen izričito ili prećutno.[7] Zakon ne predviđa uslov koneksiteta, tako da su stranke slobodne u izboru prava bilo koje zemlje. Doktrina jednoglasno omogućava primjenu različitog prava na ugovor kao i mogućnost da se u toku trajanja ugovora promijeni izbor mjerodavnog prava.[8]

Kao supsidijerne tačke vezivanja, u odsustvu izbora mjerodavnog prava javljaju se sjedište, odnosno prebivalište dužnika karakteristične obaveze, u vrijeme prijema

---

[2] Detaljnije vidi: M. Kostić-Mandić, Mjerodavno pravo za ugovore u Opšte imovinskom zakoniku za knjaževinu Crnu Goru, u Zborniku radova sa naučnog skupa: „120 godina OIZ-a u Crnoj Gori“, Pravni fakultet UCG, Udruženje pravnika CG, Podgorica, 2009, str. 95-106.

[3] Detaljnije vidi: M. Stanivuković, P. Đundić, Međunarodno privatno pravo, posebni deo, Pravni fakultet, Novi Sad, 2008, str. 103-112.

[4] http://www.jus.uio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html#203

[5] http://www.unece.org/trans/conventn/CVR_e.pdf

[6] T.Varadi, Međunarodno privatno pravo, Forum, Novi Sad, 1990, str. 242-243.

[7] M.Dika, G.Knežević, S.Stojanović, Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Nomos, Beograd, 1991, str.74-75.

[8] Isto.

ponude, koje je navedeno za devetnaest vrsta imenovanih ugovora, kao i za druge ugovore (čl.20 ZRSZ). Do primjene principa najtješenje povezanosti dolazi samo izuzetno, ako "posebne okolnosti" slučaja upućuju na primjenu drugog prava, a ne prava sjedišta prodavca, odnosno ugovorne strane iz nekog drugog ugovora, čija obaveza nije prvenstveno pekunijarne prirode.

Za razliku od ZRSZ-a, Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi sadrži odredbu kojom su predviđene i izričita i prećutna autonomija volje. Zakonom je predviđeno da se neće primijeniti izabrano pravo ako je došlo do izigravanja zakona ili ako bi ugovoreno pravo vrijeđalo naš javni poredak, a precizirani su i slučajevi kada se ne može ugovoriti primjena stranog prava (kada je riječ o odgovornosti brodara za gubitak, manjak ili oštećenje tereta, radi se o odgovornosti koja se zasniva na imperativnim odredbama našeg Zakona, a luka ukrcaja ili luka odredišta je u Crnoj Gori; i kada se radi o prevozu putnika, a primjenom drugog prava putnik bi bio stavljen u nepovoljniji položaj nego po odredbama našeg Zakona (čl. 1039)).

Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju takođe postavlja autonomiju volje stranaka kao osnovni princip, ali norma ne pominje prećutan izbor prava. Autonomija volje stranaka je ograničena, jer se u dva slučaja daje prednost primjeni odredaba samog zakona, nezavisno od volje stranaka (u cilju zaštite putnika, kao i ako je ugovorni odnos posebno blisko povezan sa Crnom Gorom), a u jednom slučaju dozvoljava se materijalnopravna, ali ne i kolizionopravna autonomija volje (kada se mjesto polaska ili mjesto opredjeljenja nalazi u Crnoj Gori) – čl. 185 Zakona.

Novi Zakon o spoljnoj trgovini, takođe poznaje kolizionopravnu autonomiju volje. Tako, član 10 ovog zakona predviđa da učesnici u spoljnoj trgovini mogu ugovoriti mjerodavno pravo, a ako nije izvršen izbor, mjerodavno pravo se utvrđuje »u skladu sa opštim principima međunarodnog privatnog prava«. S obzirom da na osnovu člana 2 ovog zakona u spoljnu trgovinu spada »svaki oblik trgovine, ekonomske aktivnosti, ugovora, transakcije i druge aktivnosti koja podrazumjeva kretanje robe, drugih materijalnih i nematerijalnih stvari i svojinskih prava, kao i usluga, koji se obavlja izmedu teritorije Crne Gore i država, odnosno teritorija izvan teritorije Crne Gore«, član 10 bi se mogao tumačiti i kao potpuno derogiranje odredbi o mjerodavnom pravu Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, jer svi ugovori sa stranim elementom, na osnovu ove definicije potpadaju pod spoljnu trgovinu. Međutim, danas, šest godina nakon usvajanja ovog zakona, ovakvo tumačenje se čini neosnovanim, jer nije potkrijepljeno praksom, pa ovako formulisana odredba više djeluje kao ozbiljan propust zakonopisca, koji u budućnosti treba ispraviti.

Zakon o zaštiti potrošača sadrži i kolizionu normu o mjerodavnom pravu za ovu vrstu ugovora. Tako član 3 predviđa da je autonomija volje stranaka osnovna tačka vezivanja za ugovore o prodaji proizvoda namijenjenih potrošačima koji su zaključeni na teritoriji Crne Gore, u kojima je jedna od ugovornih strana strani državljanin. Kao supsidijerno pravilo, za slučaj da ugovorne strane nisu odredile mjerodavno pravo, primjenjuje se pravo Crne Gore. Prije usvajanja ovog zakona, na pitanje mjerodavnog

prava za ovu vrstu ugovora primjenjivale su se kolizione norme ZRSZ-a o izboru mjerodavnog prava, odnosno ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, opšte pravilo iz čl.20 ZRSZ, u zavisnosti od vrste ugovora. Ipak, moguće je bilo odstupanje od prava domicila dužnika karakteristične obaveze, u slučaju postojanja "posebnih okolnosti", koje ukazuju na postojanje bliže povezanosti ugovora sa pravom neke druge zemlje. Ako uporedimo pozitivnopravno rješenje iz Zakona o zaštiti potrošača ne samo sa čl.20 ZRSZ, već i čl.6 Uredbe Rim I, očigledno je da ovo novo rješenje predstavlja korak unazad, a to je konstatovano i Nacrtom nove kodifikacije međunarodnog privatnog prava Crne Gore, koja u skladu sa Uredbom Rim I uvodi ograničenje kolizionopravne autonomije volje stranaka u cilju obezbjeđivanja primjene prinudnih propisa zemlje uobičajenog boravišta potrošača, koje štite njegove interese.

Buduća rješenja

Nove tendencije na međunarodnom planu odrazile su se i na Crnu Goru, pa je u toku rad na novom zakonu u materiji međunarodnog privatnog prava. Na osnovu prvobitnog teksta Nacrta iz 2009. uočljivo je bilo opredjeljenje zakonopisca da intervencije u postojeći tekst zakona, osim onih potrebnih u cilju usklađivanja ove materije sa Ustavom Crne Gore i neophodnog osavremenjivanja budu minimalne.[9] Ipak, potreba za osavremenjivanjem nekih pravnih rješenja, kao i usaglašavanje sa pravom Evropske unije uslovile su da se u 2010. značajno izmijeni polazište zakonopisca i prvobitno opredjeljenje, kao i da se koordinirano djeluje na regionalnom planu, pa je za očekivati da će se konačan tekst zakona koji reguliše međunarodno privatno pravo značajno razlikovati od teksta nacrta zakona iz 2009.

Jedan od većih izazova u radu na novoj kodifikaciji međunarodanog privatnog prava Crne Gore je i pitanje na koji način se odnositi prema pravu Evropske unije, koje je baš u oblasti međunarodnog privatnog prava doživjelo svoj pun zamah u prvoj deceniji ovog vijeka. Osnovno pitanje je da li preuzimati »gotove« odredbe Uredbe, uz minimalno prilagođavanje činjenici da se radi o nacionalnom zakonodavstvu ili ići na preuzimanje osnovnih ideja Uredbe i formulisanje novih pravila. Zakonopisac se opredijelio za prvi pristup koji je naglašen i odredbom o tumačenju i primjeni odredaba koje se odnose na ugovore u skladu sa Uredbom EZ/593/2008 Evropskog parlamenta i Savjeta od 17. juna 2008. o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze – Rim I.

Nacrt Zakona iz 2010. najvećim dijelom preuzima odredbe Uredbe iz Glave II. Tako, koncept autonomije volje stranaka, kao osnovni princip zadržava svoj primat i, slijedeći odredbe Uredbe, znatno je detaljnije regulisan nego što je to slučaj u Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja. Sada je i izričito predviđeno da izbor prava mora biti izvršen eksplicitno ili da mora nedvosmisleno proizilaziti iz odredaba ugovora ili okolnosti slučaja (prećutan izbor prava); predviđena je i

[9] U Nacrtu iz 2009. je zadržan čak i isti naziv zakona, koji je i prvi put izabran uprkos protivljenju struke i nauke.

mogućnost tzv. »cijepanja« mjerodavnog prava, koja podrazumijeva izbor različitog mjerodavnog prava za pojedine djelove ugovora, kao i mogućnost ugovaranja i promjene mjerodavnog prava u bilo kom trenutku važenja ugovora. Pritom, precizirano je da promjena mjerodavnog prava poslije zaključenja ugovora ne utiče na punovažnost forme i prava trećih lica.

Nacrtom je predviđeno i da izbor mjerodavnog prava ne može da utiče na primjenu odredaba prava druge države koje se sporazumom ne mogu isključiti, a sa kojima su svi drugi elementi činjeničnog stanja u vrijeme izbora prava povezani (primjena prinudnih propisa, odnosno »normi neposredne primjene«). [10] Predviđeno je i da se postojanje i valjanost saglasnosti stranaka o mjerodavnom pravu cijeni po odredbama o saglasnosti i materijalnoj punovažnosti u pogledu forme i poslovne sposobnosti.

Na osnovu prethodno navedenog, nedvosmisleno proizilazi da je čl. 3 Uredbe Rim I, uz izuzetak stava 4, koji se odnosi na primjenu prinudnih propisa prava Zajednice, u potpunosti i doslovno inkorporiran u tekst Nacrta zakona. I iako su prethodno navedeni koncepti koji se odnose na kolizionopravnu autonomiju volje već dugo poznati i prihvaćeni i od strane doktrine i prakse u svim pravnim sistemima u kojima se svojevremeno primjenjivao, ili se još uvijek primjenjuje ZRSZ, za očekivati je da bi ovakav tekst Nacrta zakona, ako bude usvojen u nepromijenjenom obliku mogao doprinijeti boljoj primjeni prava i uopšte, pravnoj sigurnosti upravo zbog svog jasnog teksta, kao i mogućnosti korišćenja uporednopravne doktrine i prakse. Jer, ne treba zaboraviti da za organ primjene prava prisustvo stranog elementa u građanskopravnom odnosu obično i dalje predstavlja »lošu vijest«, pa se često postavlja pitanje da li i u kojoj mjeri zadovoljavajuće odgovara na postavljeni izazov.

Pored ovog opšteg pravila o izboru mjerodavnog prava za ugovore, Nacrt sadrži i posebna pravila za pojedine vrste ugovora. Autonomija volje stranaka u pogledu izbora mjerodavnog prava je i dalje isključena kod ugovora o stvarnom pravu na nepokretnosti, kao i najmu ili zakupu nepokretnosti, gdje se kao mjerodavno pravo zadržava pravo mjesta gdje se nepokretnost nalazi (za razliku od rješenja Uredbe Rim I, kod koje stranke mogu vršiti izbor mjerodavnog prava i za ovu vrstu odnosa). Ipak, Nacrt uspostavlja izuzetak, kojim se predviđa da stranke mogu izvršiti izbor mjerodavnog prava samo ako se radi o kratkoročnom zakupu nepokretnosti na period ne duži od šest mjeseci.

Autonomija volje stranaka se javlja i kod ugovora o prevozu robe i prevozu putnika, potrošačkih ugovora, ugovora o osiguranju i ugovora o radu, uz određene specifičnosti. Tako, kod ugovora o osiguranju predviđa se ograničena autonomija volje, jer stranke mogu birati kao mjerodavno pravo samo između unaprijed zadatih

[10] Na osnovu čl. 3 Uredbe izjavama volje stranaka se ne može derogirati primjena normi neposredne primjene, kada sve ostale relevantne okolnosti u vrijeme kada je izbor prava izvršen, ukazuju na primjenu prava koje stranke nisu izabrale (bilo da se radi o trećem pravu ili pravu zemlje članice Evropske zajednice).

mogućnosti (pravo države u kojoj se nalazi rizik u vrijeme sklapanja ugovora, pravo države u kojoj osiguranik ima uobičajeno boravište, za ugovore o životnom osiguranju, pravo države čiji je osiguranik državljanin).

Nacrtom je još precizirano i područje primjene mjerodavnog prava, koje obuhvata: tumačenje ugovora; ispunjenje obaveza koje njime nastaju; posljedice potpunog ili djelimičnog neispunjenja, uključujući i utvrđenje naknade štete, ako je to utvrđeno propisima; različite načine prestanka obaveza; zastarjelost; gubitak prava što nastaje protekom roka; posljedice ništavosti ugovora.

Umjesto zaključaka

U vrijeme pisanja ovog kraćeg osvrta na položaj autonomije volje kao tačke vezivanja za ugovore sa stranim elementom u pravu Crne Gore (april 2010.), u ovoj oblasti još uvijek preovladavaju koncepti naslijeđeni iz pravne baštine bivše Jugoslavije (Zakon o rješavanju sukoba zakon sa propisima drugih zemalja, Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi i Zakon o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju). Određeni pozitivnopravni propisi Crne Gore koji sadrže kolizione norme, a odnose se na spoljnu trgovinu i zaštitu potrošača, unose više zabune nego pravne sigurnosti u ovu oblast. U toku je izrada nove kodifikacije međunarodnog privatnog prava i u Nacrtu zakona iz 2010. godine gotovo doslovno je preuzet sadržaj člana 3 Uredbe Rim I. Takođe, odredbe o mjerodavnom pravu za zaštitu potrošača, pa i autonomija volje stranaka kao tačka vezivanja, su rađene na osnovu Uredbe Rim I.

Inače, u kojoj mjeri će u neposrednoj budućnosti domen autonomije volje biti proširen i na druge oblasti, još uvijek ostaje nepoznanica. Za sada, važećim Porodičnim zakonom je eksplicitno zabranjeno da bračni drugovi ugovaraju primjenu prava druge države na svoje imovinske odnose, dok je proširena materijalnopravna autonomija volje u ovoj oblasti jer sada bračnim ugovorom supružnici mogu mijenjati zakonski imovinski režim. Ipak, po ZRSZ-u ako pravo mjerodavno za ugovorne imovinske odnose predviđa da supružnici mogu izabrati pravo koje je mjerodavno za bračno-imovinski ugovor, mjerodavno je pravo koje su oni izabrali.

Nacrt kodifikacije međunarodnog privatnog prava još uvijek nije dao odgovor na pitanje postojanja i eventualnog domašaja kolizionopravne autonomije volje stranaka u oblasti porodičnog i nasljednog prava, pa se za sada može konstatovati da je ona našla svoj izraz pored ugovora, u domenu mjerodavnog prava za vanugovornu odgovornost, gdje se takođe pribjeglo recepciji osnovnih rješenja prava Evropske unije (Uredba Rim II).

Prof. Maja Kostić-Mandić, Ph.D
Faculty of Law University Montenegro

PARTY AUTONOMY AS A CONNECTING FACTOR IN THE FIELD OF CONTRACTS WITH FOREIGN ELEMENT IN THE LAW OF MONTENEGRO

Summary

This paper addresses the existing legal provisions on party autonomy as a connecting factor in the field of contracts with foreign element, as well as the latest developments in the course of the work on the new Private International Law codification of Montenegro.

The most prominent legal sources in this field remain the Law on Resolution of Conflict of Laws with Regulations of Other Countries, the Law on Maritime and Inland Navigation and the Law on Obligations and Basic Ownership Relations in Aerial Navigation, while the newly adopted Law on Foreign Trade and the Law on Consumer Protection which contain provisions on conflictual party autonomy in the respective fields will have to be amended in the near future.

The new 2010 Draft codification of Private International Law incorporates some of the basic provisions of the Rome I Regulation, contained in its Chapter II. Thus, the party autonomy remains the basic connecting factor in this field though now it is more elaborate following the Rome I Regulation provisions. However, party autonomy remains excluded in the field of contract relating to a right *in rem* in immovable property or to a tenancy of immovable property, except for tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months.

The party autonomy is also the basic principle, but with some particular features in: contracts of carriage, consumer contracts, insurance contracts and individual employment contracts.

Key words: Contracts, Connecting factor, Party autonomy, PIL Code, Rome I Regulation, Draft codification, Private International Law.

Prof. dr Stanko Bejatović
Pravni fakultet u Kragujevcu

TUŽILAČKI KONCEPT ISTRAGE KAO JEDNO OD OBELEŽJA SAVREMENOG KRIVIČNOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA U ZEMLJAMA BIVŠE SFRJ I U SRBIJI

Apstrakt

Problematiku tužilačkog koncepta istrage autor je u radu obradio kroz četiri grupe pitanja i zaključna razmatrtanja. Prva grupa pitanja posvećena je opštim napomenama o istrazi, njenim sistemima i značaju za krivični postupak uopšte i u okviru istih potvrđen je stav autora o istrazi kao nezaobilanoj fazi krivičnog postupka u slučajevima iole složenijih krivičnih dela. Imajući u vidu naslom rada autor je njegov drugi deo posvetio upravo analizi razloga za i protiv tužilačkog koncepta istrage i u istom nizom argumenata dokazao svoj , i ne samo svoj, stav o prednostima tužilačkog nad sudskim konceptom istrage, i to pre svega posmatrano sa aspekta efikasnosti i istražnog i krivičnog postuoka kao celine shvaćene u njenom kvalitativnom i kvantitativnom smislu. S obzirom na ovo može se konstatovati da upravo ovaj deo rada predstavlja i njegov centralni deo.

Treća grupa pitanja posvećena je stručno-kritičkoj analizi tužilačkog koncepta istrage u krivičnoprocesnim zakonodavstvima koja su u vremenu kojem pripadamo prešla sa sudskog na tužilački koncept istrage. Posmatrano u ovom kontekstu to su pre svega zakondavstva država sa prostora bivše Jugoslavije. Dalje, polazeći od cilja pisanja rada autor u njegovom četvrtom delu daje svoje viđenje poželjnog načina normativne razrade tužilačkog koncepta istrage .

Na kraju rada data su zaključna razmatranja u kojima autor na jedan rezimirani način iznosi rezultate do kojih je došao u analizi ne melog broja pitanja koncepta istrage i njenog začaja za krivični postupak uopšte.

Ključne reči: krivični postupak, istraga, koncept istrage, javni tužilac, okrivljeni, policija, sudija za istragu, oštećeni, istražne radnje, osumnjičeni

1 . Opšte napomene o istrazi, njenim sistemima i značaju za krivični postupak uopšte

Kao faza krivičnog postupka tačnije njegovog prethodnog stadijuma, istraga predstavlja izuzetno značajan, a ujedno i veoma delikatan deo krivičnog postupka. U prilog tome govori činjenica da zasnivanje i ishod glavnog krivičnog postupka najvećim delom zavisi upravo od rezultata istrage. Pored toga, istraga ima poseban značaj i za zaštitu ljudskih sloboda i prava, budući da u ovoj fazi krivičnog postupka postoji kud i kamo veća mogućnost njihove povrede nego što je to slučaj u glavnom

krivičnom postupku. Imajući sve ovo u vidu, ne treba da čudi ni činjenica da danas mnogi teoretičari krivičnog procesnog prava smatraju strategiju krivične istrage novim poljem naučnog istraživanja koje se bavi "planiranjem i primenom kompleksnih mera u istraživanju, kao i kontrolom i prevencijom kriminala". [1] Pojedini autori, čini se ne bez osnova, idu i dalje i zalažu se da strategija krivične istrage treba da bude još kompleksnije polje istraživanja i kao takvo da predstavlja i nezavisnu naučnu disciplinu.[2] S obzirom na sve ovo, istraga, kao posebna faza krivičnog postupka, već duže vremena, kako u praksi tako i u teoriji, izaziva brojne dileme, nesuglasice i teškoće. Otvorena su brojna pitanja. Među njima poseban značaj imaju ona koja se tiču : organa koji treba da sprovode istragu ; ovlašćenja aktivnih subjekata istrage, odnosno u kom obimu ista treba dati pojedinim subjektima istrage? Zatim, tu je i pitanje : Da li su sudski organi koji sprovode istragu dovoljno stručni iz oblasti kriminalistike čije znanje u ovom postupku najviše dolazi do izražaja? Potom, kako i na koji način zaštiti slobode i prava okrivljenog lica u toku istrage? Ili, koji sistem, model istrage je najprikladniji posmatrano sa aspekta kako njene efikasnosti tako i efikasnosti krivičnog postupka kao celine, ali da to ne ide na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava subjekata istrge ? i dr.[3] U okviru ovih , i ne samo ovih , pitanja pitanje efikasnosti istrage je jedno od njenih aktuelnijih pitanja uopšte iz razloga što je dobro poznato i još više nesporno da je efikasno sprovedena istraga jedan od veoma bitnih faktora efikasnosti krivičnog postupka kao celine.[4] Ako se ovome doda i činjenca da je zahtev za efikasnošću krivičnog postupka shvaćen u njegovom kvalitativnom i kvantitativnom smislu danas i jedno od značajinijih obeležja krivičnopravne nauke kao i savremene kriminalne politike uopšte[5] onda ovakvo jedno pitanje još više dobija na svome značaju.

---

[1] Vidi: Tomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze,56.Auflage, Verlag C.H. Beck,Munchen,2009.,str. 389; Lowe-Rosenberg, Die Strafprocessordnung und das Gerihtsverfasunggesetz, Groskomentar, 23.Auflage, Zweiter Band , Berlin ,1988., par.160-169. ; Prof.dr Claus Roxin, Strafverfahrensrecth, 22.Auflage, Munchen, 2002.

[2] Vidi**:** Adelmo Manna, Enrico Infante, Criminal Justice Systems in Europe and North America - Italy; Heuni - Helsinki – Finland, 2000. ;Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure - law and practuce - (4th edition), San Houston State University, 1998.;Joseph G. Cook, Paul Marens, Criminal Procedure (5th edition), Lexis Publishing, New York, 2001. ; D. G. Cracknell's Statutes English Legal System (Police and criminal evidence act 1984), London, 1992.; Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beograd, 2005.god.,str.99-144.

[3] S.Bejatović, Koncept istrage i njen uticaj na efikasnost krivičnog postupka, Zbor. ``Krivično zakonodavstvo,organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima``, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008. god.,str. 108-133; Zbornik ``Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta``, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavija``, Beograd, 1997. god,.

[4] Vidi: Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, 1997.god., str.155-215.

[5] Vidi: Zbor `` Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo``, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005.

Imajući u vidu prednje izneseni značaj istrage kao celine ne treba da čudi ni činjenica da je ona nezaobilazna tema skoro svih iole značajnijih skupova kada je reč o savremenim tendencijama u krivičnopravnoj nauci uopšte[6] , odnosno nezaobilazna tema u radu na iole ozbiljnijim intervencijama u savremenom krivičnom procesnom zakonodavstvu, i to posebno onom koje pripada kontinentalnom pravnom sistemu[7]. S obzirom na ovo zadatak je svih onih koji se na bilo koji način (teoretski ili praktično) bave ovom problematikom, a u okviru ovog kruga subjekata posebno onih koji rade na teoretskoj i normativnoj razradi iste, da daju svoj doprinos odnosno da predlože takva rešenja koja će biti u fukciji adekvatnog normiranja istrage a time i u funkciji njene efikasnosti i efikasnosti krivičnog postupka kao celine posmatrano sa aspekta njegove dve komponente (vremena njenog trajanja i zakonitosti preduzimanja kako pojedinih istražnih radnju tako i istrage kao celine).[8] Jedan od bitnih preduslova za ostvarenje ovako formulisanog zadatka , a time i bitnih preduslova za uspešno delovanje subjekata istrage uopšte jeste i adekvatna normativna osnova za njihovo postupanje. Dobra normativna regulativa, uz ostale uslove kao što su stručnost, motivisanost, tehnička opremljenost i tome sl., garancija je profesionalnog i efikasnog rada u ovoj fazi krivičnog postupka, a time i garancija njegove zakonitosti kao celine. Zbog ovoga istoj se mora posvetiti posebna pažnja. Bez adekvatne normativne osnove nema ni mogućnosti sprovođenja efikasne istrage, a time nema ni efikasnog krivičnog postupka kao celine.[9] Upravo, polazeći od ovog, i jedan od važnijih razloga pisanja ovog teksta jeste i želja autora da da svoj doprinos u radu na normativnoj razradi koncepta istrage u reformisanom krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije čije jedno od značajnijih obeležja moraju da bude upravo i pitanja koja se tiču koncepta istrage i svega drugog što je u direktnoj ili indirektnoj vezi sa prihvaćenim konceptom istrage.[10]

Na kraju ovih kratkih uvodnih napomena dodajmo i to da posmatrano sa aspekta sistema istrage uopšte prisutna su dva odnosno tri njena sistema. Njihova osnovna razlika se ogleda u vrsti subjekata preduzimanja istražnih radnji. Odnosno, da li se u svojstvu ovih subjekata javlja sudski organ ili pak organ izvršno - upravne vlasti. Shodno ovome kriterijumu to su : sudski koncept istrage, tužilački i tužilačko - policijski koncept istrage. Prvonavedeni tj. sudski koncept istrage kao ranije u

---

7 Stanko Bejatović, Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br.3/2008, str. 3-40; Zbornik ``Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo``, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009. god.

8 Vojislav Đurđić, Koncepcijska doslednost tužilačke istrage prema novom Zakoniku o krivičnom postupku, Zbornik ``Primena novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije``, Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd, 2007. god.,str. 128.

9 Vojislav Đurđić, Krivičnoprocesno zakonodavstvo kao normativna pretpostavka efikasnosti postupanja u krivičnim stvrima, Zbor.`` Krivično zakonodavstvo,organiozacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima``, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008.,str. 20-24.

10 Stanko Bejatović, Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i efikasnost krivičnog pravosuđa, Zbornik ``Reforma krivičnog pravosuša``, Peravni fakultetn Niš, 2010.god.,str.1-26.

kontinentalnom pravnom sistemu vladajući sve više gubi na svojoj prisutnosti , odnosno sve više ustupa mesto tužilačkom i tužilkačko – policijskom konceptu istrage. [11] Tužilački , tužilačko - policijski koncept istrage gubi svoj anglosaksonski kao izvorni karakter i sve više dobija karakter univerzalnosti.[12] Čak šta više i u krivičnom procesnom zakonodavstvu zemalja koje važe za kolevke sudskog koncepta istrage on je sve više prisutan kroz preuzimanje ne malog broj rešenja svojstvenih tužilačko - policijskom konceptu istrage. Slučaj npr. sa Franscuskom kao kolevkom ustanove istražnog sudije gde su ovlašćenja istražnog sudije značajno smanjena uvođenjem sudije za slobode i pritvor koji se nalazi hijerarhijski posmatrano iznad istražnog sudije i nadležan je za odlučivanje o zadržavanju, pritvoru, pretresanju, ulaženju u stan i oduzimanju predmeta, kao i o nekim pitanjima izvan krivičnog postupka.[13] Ovakva jedna konstatacija još više dobija na svome značaju ako se doda i sledeća činjenica. To je da u slučaju da istražni sudija nije u mogućnosti da u toku istrage preduzme sve neophodne istražne radnje onda on može da ih poveri sudskoj policiji. Takvo jedno poveravanje se vrši putem zamolnice u kojoj se pojedinačno navode radnje koje treba preduzeti, a to su uglavnom uviđaj, oduzimanje predmeta, pretresanje i saslušanje svedka . U takvom slučaju oficir sudske policije koji postupa po zamolnici istražnog sudije ima ista ovlašćenja kao i sam sudija i mora poštovati iste procesne formalnosti. U ovom kontekstu bitna je i činjenica da zamolnica ne može biti opšteg karaktera, niti se pomoću nje može poveravati izdavanje naloga ni donošenje sudske odluke.[14] Pored ovog ide se i dalje i sve je izvesnije da će i Francuskoj kao kolevci istražnog sudije njegova procesna uloga biti značajno izmenjena u korist širenja ovlašćenja javnog tužioca i policije. [15] Jednom rečju tužilački , odnosno tužilačko - policijski koncept istrage je dominantan u savremenom krivičnom procesnom pravu, i to kako u komparativnim nacionalnim krivičnoprocesnim zakonodavstvima tako i pred međunarodnim krivičnim sudovima.[16] Odnosno, slobodno se može konstatovati da on kao takav predstavlja trend. Jedna od prvih zemalja kontinentalonog pravnog sistema u okvirima Evrope kao celine koja je napustila sudski koncept istrage i prešla na njen tužilački koncept je Nemačka . Ona je donošenjem Prvog zakona o reformi krivičnog procesnog

[11] Vidi:Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beograd, 2005.god.,str.103-195.

[12] Vidi **:** Momčilo Grubač, Kritika Predloga novog Zakonika o krivilnom postupku, Novo krivično zakonodavstvo: Dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2006.god., str.339; Goran Ilić, Pojam, zadatak, subjekti i radnje prethodnog krivičnog postupka, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beograd, 2005.god., str.99-141.

[13] Goran Ilić , Položaj i uloga policije u pretkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u francuskom krivičnom procesnom pravu, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beogtrad, 2005 . god.

[14] Vidi:Beziz- Ayache, A., Dictionnaire de droit penal general et procedure penale, 2e edition, Paris 2003., 29 et 30.

[15] Goran Ilić , Položaj i uloga policije u pretkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u francuskom krivičnom procesnom pravu, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beogtrad, 2005 . god.

[16] Vidi : Milan Škulić, Međunarodni krivični sud, Dosije, Beograd, 2005.god.

prava od 9. decembra 1974. godine[17] u cilju stvaranja normative osnove za ubrzanje krivičnog postupka koji u to vreme, prema jedinstvenom stavu i teorije i prakse , nije bio na željenom nivou, donela najznačajniju novinu a to je ukidanje sudske istrage kao faze krivičnog postupka i njeno izuzimanje iz nadležnosti istražnog sudije . Odnosno, stavljanje iste u nadležnost državnog tužioca i policije. Ceneći prema radovima publikovanim u nemačkoj krivičnopravnoj literaturi ovaj cilj je postignut.[18] Danas je skoro nemoguće u istoj naići na zahteve za ukidanje ovog koncepta istraga odnosno za ponovno vraćanje na sudski koncept istrage. I upravo, zahvaljujući ovome može se slobodno konstatovati da je kasnije ne mali broj drugih krivičnoprocesnih zakonodavstava prišao intervencijama slične vrste. Među njima su i pojedine države bivše Jugoslavije u okviru kojih je Bosna i Hercegovina prva prihvatila ovakav koncept istrage i rezultati njegove primene, posle veoma kratkog perioda prilagođavanja, su zadovoljavajući.[19]

S obzirom na prednje izneseno koje govori u prilog tužilačkog, odnosno tužilačko-policijskog koncepta istrage kao sve dominantnijeg koncepta istrage i u evropskom krivičnom procesnom zakonodavstvu uopšte postavlja se i pitanje koji su to razlozi koji opravdavaju ovakav jedan trend. Odnosno, da li postoje i razlozi koji bi osporavali ovakav jedan trend, i ako postoje kakav je njihov značaj.

2. Tužilački koncept istrage (Razlozi za i protiv)

U poslednjih nekoliko godina jedno od najaktuelnijih pitanja istrage kao celine, posmatrano ne samo u okvirima jedne države već uopšte, jeste pitanje njenog koncepta , odnosno sistema. Ovo iz razloga što upravo, u ne malom stepenu, od načina rešavanja ovog pitanja zavisi i pitanje efikasnosti istrage, a time i efikasnosti krivičnog postupka kao celine.[20] Zbog ovog, jedan od zahteva koji treba da bude ostvaren prilikom bilo koje intervencije u jednom krivičnom procesnom zakonodavstvu jeste da se tim intervencijama stvara normativna osnova za daljnje povećanje efikasnosti krivičnog popstupka s tim što to ne sme da ide na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava učesnika krivičnog postupka uopšte[21]. Shodno ovako datom opštem pravilu sasvim je ispravno što se i u tekućem radu na reformi krivičnoprocesnog zakonodavstva

[17] Lutz Meyer-Gossner, Strafprocessoerdnung, 46 .Auflage,Verlag C.H. Beck, Munchen, 2003.,str.276.
[18] Artkamper/Herrmann/Jakobs/Kruse, Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft, ZAP, Munster, 2008.
[19] Vidi: Miodrag Simović, O nekim iskustvima u funkcionisanju novog krivičnog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine, Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005.god.,str.611-639.

[20] Stanko Bejatović,Tužilački koncept istrage i efikasnost krivičnog postupka, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br.3/2006,str,.str.105-133.
[21] Đorđe Lazin, Sudska istraga-Dileme i problemi, Zbornik ``Novio krivično zakonodavstvo:Dilene i problemi u teoriji i praksi``,Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Beograd, 2006.str.350.

Srbije, i to već od samog njenog početka 2000. godine[22] posebna pažnja poklanja upravo ovom pitanju. Odnosno, sasvim je ispravno što je i ovo jedan od ciljeva koji treba da se ostvari reformisanim krivičnoprocesnim zakomnodavstvom uopšte, a ne samo na prostoru jedne države. Ako se ovo pitanje posmatra sa aspekta Republike Srbije onda se može konstatvati da se neophodnost uzimanja u obzir i ovog pitanja u radu na reformi njenog krivičnoprocesnog zakonodavstva [23] javlja pre svega iz razloga što , i pored toga što je donošenjem Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine i njegovim kasnijim izmenama i dopunamna uključujući posebno one iz 2009. godne,[24] učinjen veliki korak napred u stvaranju normativne osnove za povećanje efikasnosti krivičnog postuka[25] ipak rešenjima koja su data u istom nisu iscrpljene sve mogućnosti za efiksasniji krivični postupak posmatrano sa aspekta zakonske norme. Rešenja u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu po ovom pitanju koja su dugi niz godina pokazala dobre rezultate kao i dosadašnja iskustva u sudskoj praksi uopšte govorila su, a čine sa da i danje govore, da u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije (pozitivnom i u budućem) postoji još uvek određeni broj pitanja koja bi u najmanju ruku morala da budu uzeta u obzir u radu na što potpunijoj realizaciji prednje označenog cilja vezanog za normativnu osnovu efikasnosti krivičnog postzupka.[26] Među ovim pitanjima posebnu pažnju zauzimalo je a čini se da ono i buduće treba da zauzima pitanje koncepta istrage koji je u još uvek pozitivnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu Srbije isključivo sudski.[27] Neophodnost promene ovako datog koncepta istrage , i to sa ciljem prelaska sa sudskog na tužilački ili tužilačko -policijski javlja se iz više razloga . Odnosno, posmatrano uopšte u prilog tužilačkog koncepta istrage govori ne mali broj razloga. Među njima poseban značaj imaju sledeći :

Prvo, stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak. I pored toga što u Srbiji nije već dugi niz godina sprovredeno jedno dublje naučno istraživanje vezano za efikasnost sudskog koncepta istrage ipak se moramo složiti sa činjenicom

[22] Slučaj npr. sa Francuskom (Vidi: Goran Ilić , Položaj i uloga policije u pretkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u francuskom krivičnom procesnom pravu, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beogtrad, 2005 . god.)

[23] Stanko Bejatović, Aktuelna pitanja tekuće reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, Zbor.``Aktuelne tendencije u razvoju evropskog kontinetalnog prava``,Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010.god.

[24] Vidi: Stanko Bejatović, Efikasnost postupanja u krivičnim stvarima kao prioritetan zadatak reforme krivičnog procesnog zakonodavstva, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3/2010, str.23-48.

[25] O tome vidi: Stanko Bejatović - Drago Radulović, Zakonik o krivičnom postupku SR Jugoslavije ,Kultura, 2002.god.; Zbornik ``Osnovne karakteristike Predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva``, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, 2000.god. ,str.101-193.

[26] Vidi: Stanko Bejatović, Osnovne karakteristike krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i poželjni pravci njegovog budućeg razvoja , Pravni informator, Beograd, br.7-8/2005., str, 50-67.

[27] Vidi:Obrazloženje Predloga Zakonika o krivičnom postupku; Savezno ministrastvo pravde, Beograd, 2001.god.

da on ne doprinosi željenoj efikasnosti krivičnog postupka kao celine[28], a dobro je poznato i još više nesporno da je efikasno sprovedena istraga jedan od veoma bitnih faktora efikasnosti krivičnog posdtupka uopšte.[29] U nedostatku naučnih istraživanja ove problematike na prostoru Republike Srbije korisno je poslužiti se rezultatima do kojih se došlo u kompatrativnom krivičnom procersnom zakonodavstvu u vezi sa ovom problematikom. Ilustracije radi navodimo samo dva primera. Prvi se tiče Nemačke koja je donošenjem Zakona o reformi krivičnog procesnog prava od 9. decembra 1974. godine[30] u cilju stvaranja normative osnove za ubrzanje krivičnog postupka koji u to vreme, prema jedinstvenom stavu i teorije i prakse, nije bio na željenom nivou prešla sa sudskog na tužilački koncept istrage. Ceneći prema radovima posvećenim ovoj problematici, veoma brzo su podstignuti dobri rezultati u praktičnoj primeni novog koncepta istrage i danas je nemoguće u istoj naići na zahteve za ukidanje ovog koncepta istraga odnosno za ponovno vraćanje na sudski koncept istrage. Drugi slučaj se tiče krivičnoprocesnog zakonodavstva BiH koje je na prostoru bivše Jugoslavije prvo prihvatilo ovaj koncept istrage i rezultati njegove primene, posle veoma kratkog vremena prilagođavanja , su , ceneći prema radovima posvećenim ovoj problematici, zadovoljavajući. [31]

Drugo, veći stepen aktivnosti javnog tužioca. U sudskom konceptu istrage tužilac je poprilično pasivan i oslanja se uglavnom na ono što organi unutrašnjih poslova i istražni sudija prikupe i dostave mu, a što mora se priznati nije u skladu sa njegovom osnovnom funkcijom krivičnog gonjenja učinilaca krivičnih dela. Isto tako , ovakav njegov odnos prema istrazi koji je posledica pre svega ovakvog njenog koncepta nije u funkciji efikasnosti krivičnog postupka. Uz to, pitanje je koliko je ovakav koncept istrage u saglasnosti i sa načelom legaliteta krivičnog gonjenja koje obavezuje javnog tužioca na pokretanje i vođenje krivičnog postupka kada su ispunjeni zakonski uslovi za to, kao i u skladu sa njegovom obavezom pružanja dokaza kojima dokazue osnovanost svog optužnog akta. Čini se da se bez sumnje može zaključiti da ja tužilački koncept istrage neuporedivo više u saglasnosti sa osnovnim načelima funkcionisanja javnog tužioca na polju borbe protiv kriminaliteta i kao takav je i u funkciji veće efikasnosti njegovog postupanja u toj borbi uopšte.

*Treće, adekvatniji način regulisanja odgovornosti za nefikasnost istrage***.** Jedna od karakteristika sudskog koncepta istrage, jeste, čini se takođe nesporna činjenica , da se u istom odgovornost za njenu (ne) efikasnost može bez ikakvih problema ,

---

[28] Tako npr. prema zvaničnim statističkim podacima kod nas istraga u preko 15% slučajeva traje duže od jedne godine(Vidi : Belten Republičkog zavoda za statistiku Srbije za 2008.god.).

[29] Vidi: Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, 1997.god., str.155-215.

[30] Claus Roxin, Die Strafprocesrecht, 22,.Auflage, Munchen, 2002.; Kleinkecht/Meyer-Gossner, Strafprocessordnung, 43, Auflage,Verlag C.H. Beck, Munkchen, 2004., str.476

[31] Vidi: Miodrag Simović, O nekim iskustvima u funkcionisanju novog krivičnog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine, Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crnbe Gore, Beograd, 2005.god.,str.611-639.

bezmalo bez bilo kakvih posledica, da se prebacuje sa javnog tužioca na istražnog sudiju i organe unutrašnjih poslova i suprotno, a što itekako može da utiče na praktičnu realizaciju njenog cilja. Usled ovog , i ovo je jedan od niza argumenmata koji ide u prilog osnovanosti kritike ovog koncepta istrage.

Četvrto, usaglašavanje krivičnog procesnog zakonodavstva jedne države sa savremenim komparativnim krivičnoprocesnim zakonodavstvom i međunarodnim krivičnim pravom. Jedna od bitnih odlika istrage, odnosno prethodnog ili pripremnog krivičnog postupka uopšte u savremenom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu jeste sve veće povećanje uloge javnog tužioca i policije, odnosno angažovanja policije uz nadzor i rukovođenje javnog tužioca i sve veće opadanje značaja sudije kao subjekta preduzimanja istražnih radnji. Čak šta više i zemlje koje se smatraju kolevkom sudskog koncepta istrage isti, kao što je to već i istaknuto, sve više napuštaju. Slučaj npr. sa Franscuskom.[32] Jednom rečju tužilački , odnosno tužilačko - policijski koncept istrage je dominantan u savremenom krivičnom procesnom pravu, i to kako u komparativnim nacionalnim krivičnoprocesnim zakonodavstvima tako i pred međunarodnim krivičnim sudovima.[33] Odnosno, slobodno se može konstatovati da on kao takav predstavlja trend. Čak šta više i onaj mali broj zemalja koji još uvek nije prešao na ovaj koncept istrage ozbiljno radi na prethodnom stvaranju praktičnih preduslova za prelazak na isti. Reč je pre svega o kvalifikaciono -tehničkoj opremljenosti tužilaštva i policije za prakrtičnu realizaciju ovog koncepta istrage kao skoro jedinog preostalog preduslova za prelazak na isti i u ovim krivičnoprocesnim zakonodavstvima. Shodno ovome, može se dalje konstatovati da je samo pitanje vremena kada će i ove zemlje (posmatrano sa aspekta bivše SR Jugoslavije slučaj sa Srbijom, Makedonijom i Slovenijom) preći na tužilački, tužilačko- policijski koncept istrage. Naravno, u vezi sa ovim argumentom ističe se i činjenica da to što je to svetski trend to jednu zemlju ne obavezuje. [34] Posmatrano formalnopravno to je tačno. Ali sa druge strane isto tako je tačna i činjenica da se prilikom bilo kakvog rada na krivičnom procesnom zakonodavstvu jedne zemlje treba voditi računa i o usaglašenosti toga zakonodavstva sa rešenjima prisutnim u savremenom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu, pod uslovom da ona nisu u suprotnosti sa njenim pravnim sistemom i opšteprihvaćenim pravilima funkcionisanja konkretne zemlje a što zasigurno nije slučaj kada je reč o tužilačkom , tužilačko- policijskom konceptu istragre. Ovome dodajmo i to da se od strane pojedinih autora [35], u vezi sa ovim argumentom , ističe i činjenica da ne postoji nijedan međunarodni pravni akt koji bi obavezivao jednu zemlju da uvede određeni tip istrage u svoje zakonodavstvo. Ovo je takođe u celosti tačno, kao što je

[32] Vidi: Goran Ilić , Položaj i uloga policije u pretkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u francuskom krivičnom procesnom pravu, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beogtrad, 2005 . god.

[33] Vidi : Milan Škulić, Međunarodni krivični sud, Dosije, Beograd, 2005. god.

[34] Đorđe Lazin, Sudska istraga – Dileme i problemi, Novo krivično zakonodavstvo: Dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja , Beograd, 2006.god., str,350.

[35] Vidi:Đorđe Lazin, Sudska istraga.....,str.350.

tačna i konstatacija da je pitanje sistema istrage prepušteno svakoj zemlji da ga rešava po sopstvenom nahođenju i u skladu sa svojim potrebama i mogućnostima. Međutim, isto tako je tačna i činjenica da međunarodno krivično pravo , posmatrano uopšte, kao što je to već istaknuto, stoji na stanovištu tužilačkog, tužilačko-policijskog koncepta istrage. Ova činjenica iako nije obavezujuća , kao i prednje iznesena činjenica koja se tiče stanja savremenog komparativnog krivičnog procesnog zakonodavstva po ovom pitanju, iz prednje navedenih razloga, u najmanju ruku, mora da bude uzeta u obzir i u razmatranju ovog pitanja. Pored ovog, u prilog ispravnosti ovakvog jednog stava govore još dve činjenice. Prva se tiče sve većeg značaja i uloge međunarodnog krivičnog prava, pa čak šta više u ne malom broju slučajeva i njegovog primata nad nacionalnim zakonodavstvom.[36] Druga se odnosi na sve veću usaglašenost nacionalnih krivičnoprocesnih zakonodavstava, odnosno na prisustvo sve manje razlike između pojedinih nacionalnih zakonodavstava bez obzira da li ona pripadaju kontinetalnom ili anglosaksonskom pravnom sistemu.[37] Usled ovog, isticanje prigovora protiv tužilačkog ,tužilačko -policijskog koncepta istrage koji se bazira na tome da je to rešenje zakonodavstava anglosaksonskog pravnog sistema[38] nema nikakvog opravdanja**.**

Peto, postignuti rezultati kod tužilačkog koncepta istrage. Rezultati koji su postignuti u zemljama koje su u cilju poveđanja efikasnosti istrage a time i efikasnosti krivičnog postupka kao celine upravo pribegle intervencijama ove vrste u svom krivičnom procesnom zakonodavstvu u potpunosti govore u prilog opravdanosti ovakvih intervencija.[39] Ilustracije radi još jednom navodimo samo dva primera. Prvi se tiče Nemačke koja je kao što je to već istaknuto donošenjem Prvog zakona o reformi krivičnog procesnog prava od 9. decembra 1974. godine u cilju stvaranja normative osnove za ubrzanje krivičnog postupka koji u to vreme, prema jedinstveniom stavu i teorije i prakse , nije bio na željenom nivou doneo najznačajniju novinu a to je ukidanje sudske istrage kao faze krivičnog postupka i njeno izuzimanje iz nadležnosti istražnog sudijie, odnosno, stavljanje iste u nadležnost državnog tužioca i policije. Ceneći prema radovima publikovanim u nemačkoj krivičnopravnoj literaturi ovaj cilj je postignut. I upravo, zahvaljujući ovome može se slobodno konstatovati da je kasnije ne mali broj drugih krivičnoprocesnih zakonodsavstava prišao intervencijama slične vrste. Drugi slučaj se tiče krivičnoprocesnog zakonodavstva BiH koje je, kao što je to takođe već

[36] Zoran Stojanović, Pojednostavljenjene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije, Zborik ``Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije`` Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009. str.11-29.

[37] Stanko Bejatović, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i njihov doprinos efikasnosti krivičnog postupka, Zbornik ``Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije``,Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd,2009.str.58-83

[38] Đorđe Lazin, Sudska istraga.....,str., 360.

[39] Slučaj npr. sa nemačkim krivičnopprocesnim zakonodavstvom (Vidi: Lowe-Rosenberg, Die Strafprocessordnung und das Gerihtsverfasunggesetz, Groskomentar, 23.Auflage, Zweiter Band , Berlin ,1988., par.160-169.

istaknuto, na prostoru bivše Jugoslavije prvo prihvatilo ovaj koncept istrage i rezultati njegove primene, posle veoma kratkog vremena prilagođavanja , su zadovoljavajući.[40]

Šesto, kabinetski karakter rada istražnog sudije. Jedan od sledećih argumenata koji govore protiv sudskog koncepta istrage jeste da je tako koncipirana istraga uglavnom kabinetska . U istoj je istražni sudija kao njen glavni aktivni subjekat prevashodno angažovan na prikupljanju ličnih dokaza, dok ostali dokazni materijal potiče iz prethodne aktivnosti organa unutrašnjih poslova. Shodno ovome može se dalje zaključiti da i u sudskom konceptu istrage policija igra značajnu ulogu. Istražni sudija u ovom konceptu istrage u ne malom broju slučajeva prihvata dokaze prilkuljene od strane organa unutrašnjih poslova u pretkrivičnom postupku. Isto tako , u ne malom broju slučajeva poverava im i preduzimanje određenih istražnih radnji.[41] Kao razlog neopravdanosti uzimanja u obzir i ovakve jedne činjenice u prilog tužilačkog, odnosno tužilačko- policijskog koncepta istrage iznosi se `` da nije isto imati važnu ulogu u nečemu i odlučivati o nečemu. Sve dok policija ne odlučuje samostalno o tome koji će se dokazi iszvesti u istrazi , već to odlučuje istražni sudija, objektivnost istrage je sačuvana i potpuno je svejedno i nema nikakvog značaja što istražni sudija najčešće prihvata sve dokaze koje mu servira policija. Bitno je da to ne mora da učini``.[42] Ovakav jedan protivargumenat nema svog opradanja. Ovo iz razloga što ni u tužilačkom, odnosno tužilačko - policijskom konceptu istrage policija nije isključivi i jedini aktivni subjekat preduzimanja istražnih radnji. Nasuprot, to je pre svega javni tužilac. Drugo, posmatrano sa aspekta preduzimanja istražnih radnji njihova osnovna osobenost mora da bude zakonitost i efikasnost njihovog preduzimanja, a ona se obezbeđuje predviđanjem instrumenata za tako nešto. Treće, imajući u vidu zadatak istrage, sigurno je da je javni tužilac kao njen glavni nosilac aktivnosti najkopetentniji za odlučivanje o tome koje istražne radnje treba preduzeti u cilju ostvarenja zadatka istrage. Shodno ovome, pod predopstavkom da se ispoštuju ovi preduslovi objektivnost istrage sprovedene od strane javnog tužioca i policije nemože se staviti pod znak pitanja. Ovo tim pre ako se na adekvatan način reši i pitanje kontrole optužnog akta koji se podiže nakon ovako sprovedene istrage.

Sedmo, smanjenje mogućnosti nepotrebnog ponavljanja dokaza. U tužilačkom konceptu istrage izbegava se nepotrebno ponavljanje izvođenja dokaza . Tako npr. posmatrano sa aspekta važećeg ZKP Republike Srbije[43] do saslušanja pretpostavljenog učinioca krivičnog dela (osumnjičenog - okrivljenog), može da dođe čak i tri puta (u pretkrivičnom postupku od strane organa unutrašnjih poslova, u

[40] Vidi: Miodrag Simović, O nekim iskustvima u funkcionisanju novog krivičnog procesnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine.....,str.611- 639.

[41] Slučaj npr. sa radnjama pretresanja stana i lica i privremenog oduzimanja predmeta u smislu čl. 81. ZKP Republike Srbije

[42] Đorđe Lazin, Sudska istraga.....,str.356.

[43] ``Sl.list SRJ``, br. 70/2001,68/2002 i ``Sl.glasnik RS``, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 56/2006, 49/2007, 122/2007 ,20/2009 i 72/2009.

istrazi i na glavnom pretresu)[44]. Argumenti koji se ističu kontra ovog, a na taj način i u prilog sudskog koncepta istrage nisu od značaja za rešavanje ovog pitanja kao celine. Naime isticanje da ``ponovno saslušanje okrivljenog od strane suda nije štetno za samog okrivljenog``[45] je potpuno nebitno. U razmatranju razloga za jedan ili drugi koncept istrage odlučujuće, posmatrano sa ovoga aspekta, treba da bude pitanje da li je ovakvo jedno višestruko ponavaljanje izvođenja dokaza potrebno ili ne, a na da li je ono za okrivljenog štetno ili ne.

Osmo, pravna priroda istrage. Po svojoj pravnoj prirodi istraga nije sudska već tužilačko policijska delatnost. Ovakva njena pravna priroda u saglasnosti je i sa njenim ciljem, a to je prikupljanje materijala potrebnog za podizanje optužnog akta od strane javnog tužioca, što u skladu sa prednje iznesenim načelima treba da radi on samosatalno ili zajednički on i policija.[46]

Deveto, doprinos potpunijoj realizaciji osnovnih načela krivičnog procesnog prava. Pored prednje iznesenog u prilog tužilačkog koncepta istrage govori još jedan argumenat. On je sadržan u činjenici da ovaj koncept istrage doprinosi potupunijoj realizaciji nekih od osnovnih načela krivičnog procesnog prava. Reč je pre svega o načelu neposrednosti .Ovo iz razloga što se kod ovog koncepta istrage na glavnom pretresu moraju po pravili izvesti skori svi dokazi. Mogućnost čitanja dokaza iz tužilačke istrage na glavnom pretresu je više nego izuzetna , što nije slučaj kod sudskog koncepta istrage. Naime, kod sudskog koncepta istrage u određenim slučajevima mogu se na glavnom pretresu pročitati iskazi koje su svedoci i veštaci dali u istrazi.[47] Imajući u vidu značaj ovog načela za utvrđivanje materijalne istine u krivičnom postupku uopšte nema sumnje da se i o ovom argumentu mora voditi računa u donošenju odluke za jedan ili drugi koncept istrage.[48]

---

[44] Stanko Bejatović, Izmene i dopune ZKP i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2/2009,str.21-40

[45] Đorđe Lazin, Sudska istraga.....,str.357.

[46] S. Brkić , Predlozi izmenama i dopunama ZKP, u materijalu ``Analiza Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji : usklađenost sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i preporuke``, Savet Evrope, HRCAD (2004)1, maj , str.25.pod 51.

[47] Vidi: R.Dragičević-Dičić, Predlozi izmenama i dopunama ZKP, u materijalu ``Analiza Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji : usklađenost sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i preporuke``, Savet Evrope, HRCAD (2004)1, maj , str.45.pod 146.

[48] O drugim argumentima u prilog tužilačkog koncepta istrage vidi: Stanko Bejatović, Opšteprihvaćeni pravni standardi i Predlog Zakonika o krivičnom postupku,
Novo krivično zakonodavstvo: Dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja , Beograd, 2006.god., str, 304-309; Đorđe Lazin,Sudska istraga – Dileme i problemi, Novo krivično zakonodavstvo: Dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja , Beograd, 2006.god., str. 349-360; S.Brkić, Predlozi izmenama i dopunama ZKP, u materijalu ``Analiza Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji : usklađenost sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i preporuke``, Savet Evrope, HRCAD (2004)1, maj , 2004.; R. Dragičević-Dičić, Predlozi izmenama i dopunama ZKP, u materijalu ``Analiza Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji : usklađenost sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i preporuke``, Savet Evrope, HRCAD (2004)1, maj , 2004 ; S.Bejatović, Koncept istrage i njen uticaj na efikasnost krivičnog postupka, Zbor. ``Krivično zakonodavstvo,organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima``, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008. god.,str. 108-

Pored prednje iznesenog, u odlučivanju o promeni koncepta istrage treba voditi računa i o argumentima koji govore protiv tužilačkog, odnosno tužilačko - policijskog koncepta istrage. Ovi agrumenti takođe moraju biti uzeti u obzir iz razloga što odluka o ovom pitanju mora da bude zasnovana ne na prostim željama i utiscima već na na argumentima a do njih se može doći samo istovremenom analizom razloga i za i protiv ovog koncepta istrage. No, kada je reč o razlozima protiv tužilačkog, tužilačko-policijskog koncepta istraga naše je mišljenje da oni samo na prvi pogled mogu staviti pod znak pitanja opravdanost ovakve jedne ideje. Među argumentima koji se ističu protiv tužilačkog, tužilačko-policijskog koncepta istrage pažnju zaslužuju sledeći:

Prvo, atak na međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodovastvom zagarantovane slobode i prava građana (Opasnost od zluoptreba ovlašćenja). Prema shvatanju pojedinih autora jedan od ključnih argumenata protiv tužilačkog , tužilačko-policijskog koncepta istrage tj. koncepta u kojem se u svojstvu njenog aktivnog subjekta javlja i policija je to što tako nešto znači ``atak na međunarodnim aktima i domaćim zakonodavstvom zagarantovane slobode i prava građana ozakonjenjem organa unutrašnjih poslova kao aktivnog subjekta istrage, odnosno da se na taj način daje još jedna osnova za povećanje represivnosti policije``. U prilog ispravnosti ovakvog jednog argumenta, od strane njegovih zastupnika , uzimaju se primeri iz akcije ``Sablja`` za vreme vanrednog stanja koje je bilo proglašeno u Republici Srbiji 12. marta 2003. godine. Uz ovo, ističe se i činjenica da je u ``nestabilnim zemljama , kao što su zemlje u tranziciji, uvek opasno istragu poveriti javnom tužiocu i policiji, jer je njihova objektivnost nedovoljna a vaza sa izvršnom vlašću prevelika``. [49] Ovakav jedan prigovor ne stoji iz više razloga. Prvo, u tužilačkom, tužilačko-policijskom konceptu istrage o pitanjima vezanim za slobode i prava odlučuje sud a ne ni javni tužilac ni policija. Uz to, instrumente za efikasnu normativnu zaštitu zagaratnivanih sloboda i prava okrivljenog i drugih subjekata u ovakvom konceptu istrage nalazimo u pozitivnim rešenjima ne malog broja komparativnih krivičnoprocesnih zakona u kojima je prisutan ovakav koncept istrage. Slučaj npr. sa nemačkim StPO[50] gde je istraga kao pripremni stadijum krivičnog postupka stvaljena u nadležnost državnog tužioca koji može preduzimanje pojedinih a nekada i svih istražnih radnji prepustiti policiji, što u praksi obično i čini, s tim što ni jedan ni drugi organ nemaju pravo odlučivanja o pitanjima vezanim za ljudske slobode i prava. Određivanje mera procesne prinude i dozvoljavanje ograničavanja ljudskih sloboda i prava (npr. oduzimanje predmeta, pritvor i dr.) u islključivoj je nadležnosti suda. Slična rešenja po ovom pitanju su i u drugim krivičnoprocesnim zakonodavstvima sa ovakvim i ne samo sa ovakvim

133; Zbornik ``Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta``, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavija``, Beograd, 1997. god,.

[49] Đorđe Lazin, Sudska istraga.....,str.358.
[50] BGBL.S.253 i BGBL IS 475.

konceptom istrage.[51] Drugo, u kontekstu ovog prigovora pažnju zaslužuje i činjenaca da su danas ljudska prava u takvom stepenu internavcionalizovana da ni od jednog državnog organa ne preti neotklonjiva a još manje nekontrolisana opasnost njihovog eventualnog kršenja. Danas kada odluke organa jedne države mogu da budu podložne kontroli Evropskog suda za ljudska prava zasigurno je da će se njeni nadležni organi odlučujući o ljudskim pravima i slobodama sa mnogo više pažnje i ozbiljnosti odnositi prema istim nego da mogućnosti te konterole nema. U skladu sa ovim poseban značaj ima i čin naše ratifikacije Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[52] Ovom ratifikacijom država je pristala da odluke njenih organa podležu kontroli Evropskog suda za ljudska prava, što opasnost po indiviudualna prava građana u prethodnom krivičnom postupku ne dovodi u isključivu zavisnost od vrste državnog organa koji odlučuje o istim. U ``uslovima eksterne (međunarodne) kontrole svi domaći državni organi vlasti moraju da budu približno podjednako obazrivi i pažljivi prema građaninu i njegovim ljudskim pravima`` .[53] Treće, uz osudu svih zloupotreba a posebno zloupotreba u vreme akcije `Sablja`` valja istaći da zlupotrebe ovlašćenja od strane određenih organa ne mogu biti argumenat protiv nečega što će nema sumnje doprineti efiksasnosti krivičnog postupka. Naravno, o zloupotrebama se mora voditi računa, i to pre svega putem stvaranja instrumenata za njihovo sprečavanje, a njih nije mali broj. Slično ovome, bezargumentovano pripisivanje neobjektivnosti rada javnog tužilaštva i njegove prevelike veze sa izvršnom vlašću takođe nema opravdanja. Prilikom odlučivanja o sprovođenju istrage tužilac u proceni da li postoji krivično delo i da li treba voditi krivični postupak može da pogreši skoro isto toliko kao i kod podizanja nekih od optužnih akata (npr. neposredne optužnice bez saglasanosti suda) a u takvim slučajevima se, sasvim normalno, unapred ne postavlja pitanje njegove neobjektivnosti. U ostalom, pitanje objektivnosti može se postaviti kod bilo kojeg organa . Ali, zadatak društva je da predvidi instrumente za njihovo što objektivnije postupanje, i u slučaju da se to ostvari onda nema nijednog opravdanog razloga da se unapred apriori sumnja u objektivnost rada bilo kojeg organa a time ni u objektivnost rada javnog tužilaštva.

Drugo, koncetracija viša funkcija u rukama tužioca. Jedan od prigovora tužilačkom konceptu istrage jeste i da koncetracija funkcija javnog tužioca (funkcije krivičnog gonjenja i funkcije istraživanja) utiče na njegovu objektivnost. Prigovor koji na prvi pogled može da stoji otklanja se na dva načina već predviđena u zakonodavstvima koja poznaju ovaj koncept istrage. Prvo, jačanjem okrivljenikovog prava na odrbranu. Tako npr. u nemačkom StPO[54] s ovim ciljem uvedeno je pravo branioca da prisustvuje ispitivanju okrivljenog od strane državnog tužioca (par.163a

[51] Vidi: Goran Ilić, Pojam, zadatak, subjekti i radnje prethodnog krivičnog postupka, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beograd, 2005.god.

[52] Ratifikovana od strane naše zemlje 2003. god. (`` Sl. list SCG – Međunarodni ugovori``, br.9/2003.).

[53] Momčilo Grubač, Kritika Predloga ``Novog`` Zakonika o krivičnom postupku, Novo krivično zakonodavstvo: Dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja , Beograd, 2006.god., str. 340.

[54] Pod StPO podrazumeva se Zakoniik o krivičnom postupku SR Nemačke (Strafprocessordnung)

st.3. u vezi sa par.168st.1 StPO). Ili, zapisnici o saslušanju svedoka i veštaka od strane državnog tužioca i policije bez prisustva branioca, zbog načela neposrednosti, ne smeju se čitati na glavnom pretresu (par. 251.st. 1 i 2.StPO). Drugo, u sprovođenju istrage državni tužilac, a time i policija , je dužan da se stara kako o opterećujućim tako i o oslobađajućim okolnostima kao i bezbeđenju dokaza za koje postoji opasnost da budu izgubljeni.

Treće, kadrovski i tehnički potencijal policije i javnog tužilaštva. Jedan od ozboljnijih i čini se u ovome momentu u određenom broju država , sasvim opravdano , ključnih prigovora protiv tužilačkog, tužilačko-policijskog koncepta istrage jeste nepostojanje kadrovskog potencijala pre svega u redovima policije i neadekvatna materijalno tehnička opremljenost kako ovog organa tako i javnog tužilaštva za uspešnu realizaciji takvog koncepta istrage. Prigovor možda još uvek stoji. Međutim , nije nerešev. Rešenje probema ako zaista postoji treba tražiti u predviđanju jednog dužeg roka od dana stupanja na snagu do dana početka primene odredaba o novom konceptu istrage , a u tome međuvremenu pribeći merama za ispunjavanje i ova dva veoma bitna - ključna preduslova za uspešnu realizaciju ovakvog jednog koncepta istrage.[55]

Četvrto, nespremnost prakse. Jedan od prigovora protiv tužilačkog, kao novog koncepta istraga u ne malom broju država jeste i da je tužilačka i policijska praksa nerspremna za ovako jednu krupnu novinu. Kao argumenti nespremnosti prakse za uspešnu realizaciju ovakvog jednog koncepta istrage uzimaju se pre svega neodgovarajuća institucionalna organizacija javnog tužilaštva i policije i nepostojanje odgovarajućih instrimuneta koji obezbeđuju potrebnu nezavisnost rada javnog tužilaštva , a što se pre svega odnosi na način i uslove izbora i razrešenja javnih tužilaca i njihovih zamenika.[56]Prigovor ako stoji nije neotkolonjiv. Rešenje i ovog problema u državama u kojima je prisutan treba tražiti u predviđanju jednog dužeg roka od dana stupanja na snagu do dana početka primene odredaba o novom konceptu istrage , a u tome međuvremenu pribeći merama za ispunjavanje i oovog veoma bitnog preduslova za uspešnu realizaciju ovakvog koncepta istrage.

3. Koncept istrage i savremeno krivičnoprocesno zakonodavstvo

Polazeći od prednje iznesenih razloga koji nesumljivo govore u prilog tužilačkog, tužilačko - policijskog koncepta istrage kao i stavova stručne javnosti u posednjih nekoliko godina koji su uglavnom u prilog tužilačkog koncepta istrage u ne malom broju krivičnoprocesnih zakonodavstva sve je prisutnije rešenje koje ide u pravcu napuštanja sudskog i prelaska na tužilački koncept istrage. [57] Ako se ovaj

[55] U skladu sa ovim npr. u hrvatskom Zakonu o kaznenom postupku koji je stupio na snagu 1. januara 2009.godine predviđeno je da se odredbe o tužilačkom konceptu istrage počinju primenjivati tek 1. septembra 2011. godine

[56]Đorđe Lazin, Sudska istraga.....str. 351-352.

[57] O tome vidi: Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, 1997.god., str.155-215.; S.Brkić,Predlozi

trend posmatra sa aspekta država koje su nastale na prostoru bivše Jugoslavije onda se može konstatovati da njihova krivičnoprocesna zakonodavstva uglavnom slede ovaj trend. Već danas se može konstatovati da ja prelazak sa sudskog na tužilački koncept istrage najvažnija novina skoro svih krivičnoprocesnih zakona ovih država. Ilustracije radi dovoljni je istaći činjenicu da je ovaj koncept istrage već normiran u krivičnoprocesnim zakonicima Bi H[58], Hrvatske i Crne Gore[59]. U radu na tekučoj reformi krivičnog procesnog zakonodavsetva Makedinije ovo je takođe jedna od njegovih važnijih novina[60]. Isti je slučaj i sa radom na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije.[61]

Međutim, kao što je to slučaj i uopšte kada je reč o ovoj problematici tako i u zakonodavstvima ovih država nema jednstvenog pristupa u normativnoj razradi iste. Skoro da je jedino jedinstvenstav o kriminalno-političkoj neophodnosti napuštanja sudskog i prelaska na tužuilački, odnosno tužilačko-policijski koncept istrage. Razlike se javljaju po nizu drugih pitanja, a međunjima poseban značaj imaju pitanja koja se tiču : organa koji treba da sprovode istragu (da li to treba da bude samo javni tuižilac, ili javni tužilac i policija, odnosno i okrivljeni i njegov branilac ; Zatim, ovlašćenja aktivnih subjekata istrage, odnosno u kom obimu ista treba dati pojedinim subjektima istrage u slučaju kada se kao njeni aktivni subjkat pojavljuje i javni tužilac i policija? Potom, kako i na koji način zaštiti slobode i prava okrivljenog lica u toku istrage? Ili, pitanje dokazne vrednosti pojedinih istražnih radnji. Zatim, procesni

---

izmenama i dopunama ZKP, u materijalu ``Analiza Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji : usklađenost sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i preporuke``, Savet Evrope, HRCAD (2004)1, maj , 2004.; R. Dragičević- Dičić, Predlozi izmenama i dopunama ZKP, u materijalu ``Analiza Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji : usklađenost sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i preporuke``, Savet Evrope, HRCAD (2004)1, maj , 2004. ;Dr Goran Ilić, Pojam, zadatak, subjekti i radnje prethodnog krivičnog postupka, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beograd, 2005.god.; Momčilo Grubač, Kritika Predloga ``Novog`` Zakonika o krivičnom postupku, Novo krivično zakonodavstvo: Dileme i problemi u teoriji i praksi, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja , Beograd, 2006.god.; Grubač - Beljanski, Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku SRJ, ``Sl.glasnik``, Beograd, 2002.god.; Stanko Bejatović, Neophodnost intervencija u Zakoniku o krivičnom postupku Republike Srbije , Srpsko udruženje za krivično pravo; Beograd, 2004.god.; Stanko Bejatović, Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavsto, Pravni informator, br.11/2005.;Policija i pretkrivični i prethodni krivični postuoak, VŠUP, Beograd, 2005.god.

[58] Vidi: Grupa autora, Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005.

[59] Drago Radulović, Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Podgorica, 2009. god., str.335.

[60] Nikola Matovski, Principi pravičnog postupka u kodifiokacijama evropskih država, Zbor.``Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinetalnog prava``,Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010.god.

[61] Vidi: Stanko Bejatović, Aktuelna pitanja tekuće reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije, Zbor.``Aktuelne tendencije u razvoju evropskog kontinetalnog prava``,Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010.god.

položaj oštećenog u ovoj fazi postupka. Na kraju, tu je i pitanje da li istragu normirati kao jedinstvenu fazu postupka ili. Kao i pitanje instrumenata kojima treba obezbediti efikasnost istrage uz istovremeno vođenje računa o njenom cilju[62]. U cilju potvrde ovakve jedne konstatacije navodimo samo nekoliko rešenja zakona država bivše Jugoslavije koji su već normirali ovaj koncept istrage. Njihove osnovne karakteristike , sličnosti i razlike, ogledaju se u sledećem:

Prvo, obaveznost i fakultativnost istrage. Prema Zakonu o kaznenom postupku Republike Hrvatske[63] istraga kao posebna -samostalna faza krivičnog postupka obavezna je u slučajevima krivičnih dela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, dok se može (ali ne mora) sprovesti za druga kaznena dela za koja se vodi redovni kazneni postupak[64]. Drugi zakonski tekstovi ovakvu jednu odredbu ne sadrže iz čega se može izvući zaključak o istrazi kao opštoj fazi krivičnog postupka bez obzira o kojem krivičnom delu se radi[65]. Istina prisutna je razlika u postupanju policije. Tako npr. u krivičnoprocesnim zakonodavstvima BiH predviđen je različit način postupanja policije u zavisnosti od toga da li se raspolaže o osnovama sumnje koji ukazuju da je izvršeno krivično delo s propisanom kaznom zatvora do pet ili preko pet godina. U slučaju krivičnih dela s propisanom kaznom zatvora do pet godina policija samostalno preduzima potrebne radnje i o tome obaveštava državnog tućžioca najkasnije sedam dana od saznanja o postojanjeu osnova sumnje da je izveršeno krivično delo.[66]

Drugo, javni tužilac kao isključivi subjekat odlučivanja o pokretanju istrage. Sprovođenje istrage je u isključivoj nadležnosti javnog tužioca[67] i slobodno se može konstatovati da je on i njen glavni aktivni subjekat. Posmatrano u ovom konktekstu javni tužilac je taj koji donosi odluku o pokretanju istrage, i to on čini u slučaju ako postoji potreban stepen sumnje (osnovi ili osnovana sumnja što je u zavosnosti od arhitektonike istražnog popstupka kao celine- kao i činjenice da li postoji izviđaj ili ne) da je izvršeno krivično delo za koje se ima sprovesti istraga. Uz ovo, u nekim od posmatranih zakona propisan je i rok za donošenje odliku o sprovođenju istrage. Slučaj npr. sa Zakonom o kaznenom postupku Hrvatske gde je propisano da nalog o sprovođenju istrage državni tužilac donosi u roku od devedeset dana od upisa kaznene prijave u upisnik kaznenih prijava i izdavanje naloga o sprovođenju istrage beleži se u upisniku kaznenih prijava. U nalogu o sprovođenju istrage državni tužilac određuje da se istraže određene okolnosti, da se poduzmu pojedine radnje i da

---

[62] O ovome detaljnije vidi:Vojislav Đurđić, Koncepcijska doslednost tužilačke istrage....str. 129.
[63] ``Narodne novine ``,br. 152/08 i 76/09
[64] Reč je o krivičnim delima iz nadležnostio županijskog suda (čl.202. st.2. tač. 1. Zakona o kaznenom
[64] Izuzetak je neposredna optužnica postupku)
[65] Izuzetak je neposredna optužnica
[66] Simović, M.,Krivični postupci u Bosni i Hercegovini, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo,2008. god.,str.224.
[67] Čl. 38.st.2.tač. 4. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske i čl.216. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske

se o određenim pitanjima ispitaju određena lica. Nakon donošenja naloga o sprovođenju istrage, a u Zakonom predviđim slučajevima i pre toga (čl. 213 - 215.), državni tužilac poduzima ili nalaže radnje za koje smatra da su potrebne za uspešno sprovođenje postupka. Nakon završene istrage državni tužilac je dužan da u roku od petnaest dana podigne optužnicu ili obustaviti istragu. Taj rok može viši državni tužilac produžiti na predlog državnog tužioca najviše za još petnaest dana, a u posebno složenim predmetima za još dva meseca. U slučaju da ni nakon produženja ovako određenog roka optužnica nebude podignuta i dostavljena sudu, smatra se da je državni tužilac odustao od krivičnog gonjenja. No, u svakom slučaju smatra se da je državni tužilac odustao od krivičnog gonjenja ako optužnica nije podignuta šest meseci nakon završetka istrage[68].

U vezi sa odlukom javnog tužioca o sprovođenju istrage pažnju zaslužuje i odredba čl. 288. Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore prema kojoj ``Državni tužilac neće sprovoditi istragu ako prikupljeni podaci koji se odnose na krivično delo i okrivljenog, koji je prethodno saslušan, pružaju dovoljno osnova za podizanje neposredne optužnice.`` Sdruge strane prema čl. 216. st. 3. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske tužilac neće narediti sprovođenje istrage jedino u slučaju ako je iz prijave i pratećih spisa očigledno da prijavljeno delo nije krivično delo, ako ne postoje osnovi sumnje da je prijavljeno lice učinilo krivično delo, ako je nastupila zastarelost ili je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem ili ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje.

Treće, mgućnost angažovanja i drugih subjekata u preduzimanju istražnih radnji. Jedna od sasvim opravdanih osobenosti tužilačkog koncepta istrage je i da javni tužilac kao njen glavni aktivni subjekat može angažovati i druge subjekte za preduzimanje pojedinih istražnih radnji ali ne i istrage kao celine. Shodno ovome, prema rešenjima hrvatskog zakonodavca tužilac može nalogom poveriti sprovođenje dokaznih radnji istražitelju. U takvom nalogu državni tužilac određuje istražitelja, s obzirom na predmet istraživanja i posebne propise, radnje koje se imaju sprovesti, a može dati i druge naloge kojih se istražitelj mora pridržavati. Istražitelj je dužan da postupa po nalogu državnog tužioca. Državni tužilac ili istražitelj koji poduzima dokaznu radnju preduzet će prema potrebi i druge dokazne radnje koje s tim stoje u vezi ili iz njih proističu. U ovakvom slučaju, istražitelj pre poduzimanja radnje ili ako to nije mogao učiniti, odmah nakon njenog preduzimanja , obaveštava tužioca o preduzetoj radnji. Ili, prema rešenjima crnogorskog zakonodavca delatnost policije u istrazi (shvaćenoj u širem smislu reči) ne iscrpljuje se samo u preduzimanju potražnih radnji koje su najzastupljenije u delatnosti ovog organa nego ona može da se pojavi i u ulozi subjekta preduzimanja istražnih radnji.[69]

[68] O ovome vidi: M.Simović, Krivično procesno pravo, Bihać, 2009.god.,str.345. ; Drago Radulović, Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore,Podgorica, 2009. str.342.
[69] Drago Radulović, Krivično procesno pravo, Podgorica, 2009. str.269

Četvrto, tužilalki savetnici i saradnici kao subjekti istrage. Na osnovu odluke državnog tužioca u složenim istražnim predmetima, osim istražitelja uzčestvuju i tužilački savetnici i stručni saradnici. Oni, u ovakvim slučajevima, mogu pripremati sprovođenje pojedinih dokaznih radnji, primati izjave i predloge i samostalno poduzeti pojedinu dokaznu radnju koju im je državni tužilac poverio. Zapisnik o takvoj radnji državni tužilac overava najkasnije četrdeset i osam sati nakon njenog poduzimanja. Dalje, radi razjašnjenja pojedinih tehničkih ili drugih stručnih pitanja koja se postavljaju u vezi s pribavljenim dokazima ili pri poduzimanju dokaznih radnji, državni tužilac može zatražiti od odgovarajuće stručne ustanove ili stručnog lica da mu o tim pitanjima daju potrebna objašnjenja i o istima državni tužilac takođe sastavlja zapisnik.[70]

Peto,sudija za istragu kao neizostavan subjekat istrage. Jedan od izuzetno važnih subjekata istražnog postupka je i sudija za istragu[71]. Tri su njegove osnovne funkcije u ovom postupku. To su: Odlučivanje o pitanjima vezanim za slobode i prava lica prema kome se sprovodi istraga. Npr. posmatrano sa aspekta rešenja hrvatskog zakonodavca, a slično je i u drugim zakonskim tekstovima ovog karaktera, na obrazloženi predlog državnog tužioca sudija za istragu odlučuje o određivanju istražnog zatvora i preduzimanju drugih mere neophodnih za efikasno vođenje kaznenog postupka i zaštitu lica. Zatim, sudija za istragu odlučuje o sprovođenju istrage po zahtevu oštećenog lica. Naime, u slučaju ako je državni tužilac odbacio kaznenu prijavu ili je obustavio istragu, oštećeni koji je preuzeo krivično gonjenje može istražnom sudiji predložiti sprovođenje istrage ili održavanje dokaznog ročišta. Sudija za istragu odlučuje o predlogu oštećenog kao tužioca rešenjem. Ako ne prihvati predlog, rešenjem odbija predlog oštećenog za pokretanje istrage. Ako je predlog oštećenog kao tužioca za sprovođenje istrage prihvaćen, istragu po nalogu sudije sprovodi istražitelj. Oštećeni kao tužilac može biti prisutan radnjama u istrazi i može sudiji za istragu predlagati da naloži istražitelju preduzimanje određenih radnji. Ako ne prihvati predlog oštećenog kao tužioca o sprovođenju radnji, sudija za istragu obaveštava oštećenog. Kad sudija zaistragu ustanovi da je istraga završena, obaveštava o tome oštećenog kao tužioca. U takvom obaveštenju oštećeni se upozorava o mestu gde se nalazi spis i drugi predmeti i vremenu u kojem ih može razgledati, kao i o pravu da u roku od osam dana može podneti optužnicu i o tome obavestiti sudiju za istragu. Ako oštećeni kao tužilac u ovom roku ne podigne optužnicu, smatrat će se da je odustao od krivičnog gonjenjenja, usled čega se rešenjem sudije za istragu postupak obustavlja.[72]

[70] Čl. 223. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske

[71] U zakondavstvima su prisutni različiti nazivi ovog organa ali njegova funkcionalna nadležnost je uglavnom , načelno posmatrano, skoro indetična (Vidi. npr.čl. 223.Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske)

[72] Čl. 225. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske

Šesto, mogućnost preduzimanja radnji dokazivanja. Jedna od specičnosti istražnog postupka u tužilačkom konceptu istrage jeste i mogućnost preduzimanja radnji dokazivanja u istom. Istina prisutni su različiti modaliteti takve praktične mogućnosti. Tako npr. prema hrvatskom zakonu o kaznenom postupku to se postiže putem održavanja dokaznog ročišta. Dokazno ročište sprovodi sudija za istragu na predlog državnog tužioca, oštećenog kao tužioca ili okrivljenog. Dokazno ročište će se sprovesti ako: je potrebno ispitati svedoka iz članka 292. i 293. ovog Zakona[73]; svedok neće moći biti ispitan na glavnom pretresu; je svedok izložen uticaju koji dovodi u pitanje istinitost iskaza ili da se drugi dokaz neće moći kasnije izvesti. Sudija za istragu, ako prihvati predlog za održavanje dokaznog ročišta, u roku od četrdeset i osam sati nalogom određuje vreme i mesto održavanja dokaznog ročišta; poziva državnog tužioca, okrivljenog i njegovog branioca, oštećenog i druga lica, osim ako drukčije nije propisano u Zakonu; određuje pribavljanje predmeta i osiguranje sprovođenja radnji. Ako ne prihvati predlog o održavanju dokaznog ročišta, sudija za istragu će u roku od četrdeset i osam sati, rešenjem odbiti predlog. Protiv ovakvog rešenja predlagač ima pravo žalbe u roku od dvadeset četiri sata i o njoj odlučuje veće u roku od četerdeset i osam sati. Državni tužilac mora prisustvovati dokaznom ročištu ako je on predložio to ročište. Dokaznom ročištu, mogu prisustvovati osumnjičeni, oštećeni kao tužilac, branilac i oštećeni, osim ako za radnju koja se provodi, nije drukčije propisano. Dokazno ročište ne može se sprovesti bez branioca ako je odbrana obvezna. Lica koja učestvuju na dokaznom ročištu mogu predložiti sudiji za istragu da radi razjašnjenja stvari postavi određena pitanja svedoku ili veštaku. Uz dozvolu sudije za istrage oni mogu postavljati pitanja i neposredno. U slučaju da je na dokaznom ročištu prisutan osumnjičeni, sudija za istragu mora pri otvaranju dokaznog ročišta proveri je li primio pisanu pouku o pravima koja pripadaju okrivljenom u smislu čl. 239. stav 1. Ako osumnjičeni nije primio tu pouku, sudija za istragu će ga upoznati sa tim pravima. Prednje iznesenom dodajmo i to da u slučaju kad sudija za istragu odlučuje o nekom pitanju i ustanovi da postoje razlozi za prekid ili obustavu istrage donosi rešenje o prekidu odnosno obustavi istrage. Ili, shodno čl. 269. ZKP Crne Gore ukoliko postoji opasnost da se lice usled starosti, bolesti ili drugih važnih razloga neće moći saslušati na glavnom pretesu, državni tužilac će predložiti sudiji za istragu da sasluša to lice kao svedoka , i to na način predviđen za saslušanje svedoka kao radnju dokazivanja. Ili, jedini ovlašćeni subjekat za donošenje odluke (naredbe) o pretresanju stana, drugih prostorija i lica, kao i naredbe za privremeno oduzimanje predmeta, odnosno za sprovođenje ekshumacije je sudija za istragu.[74]

Sedmo, cilj i obim istrage. Cilj sprovođenja istrage je prikupljanje dokaza i podataka potrebnih da bi se odlučilo hoće li se podignuti optužnica ili obustaviti postupak, kao i dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom

[73] Reč je o posebnim kategorijama svedoka (dece, maloletnika i svedoka koji zbog starosti ,bolesti ili drugih opravdanih razloga nisu u mogućnosti da se odazovu pozivu suda)
[74] Čl.278. Zakonika o krivičnom postupku Crtner Gore

pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano. Shodno ovome, prema rešenjima hrvatskog zakonodavca, a slično je i kod drugih, državni tužilac ili sudija za istragu završava istragu kad su sprovedene zakonom propisane radnje a stanje stvari dovoljno razjašnjeno da se može podignuti optužnica ili obustaviti postupak. Nalog o istrazi, odluke, zapisnici o radnjama poduzetim u istrazi i svi drugi spisi koji se mogu upotrebiti kao dokaz na glavnom pretresu unose se u spis istrage pre njenog završetka. Završetak istrage upisuje se u upisnik kaznenih prijava .

Osmo, instrumenti efikasnosti istrage. U cilju efikasnosti istrage a time i efikasnosti krivičnog postupka kao celine propisani su i instrumenti za postizanje njene efikasnosti. Npr. predviđen je rok sprovođenja istrage i on je šest meseci. Ako se istraga ne završi u roku od šest meseci, državni tužilac je dužan da obavesti o tome višeg državnog tužioca kao i o razlozima zbog kojih istraga nije završena. U takvom slučaju obaveza je višeg državnog tužioca da poduzme mere da se istraga završi. U složenim predmetima viši državni tužilac može na obrazloženi predlog državnog tužioca prednje određeni rok produžiti za još šest meseci. U posebno složenim i teškim predmetima, glavni državni tužilac može na obrazloženi predlog državnog tužioca rok završetka istrage produžiti za dvanaest meseci. Okrivljeni i oštećeni mogu se uvek obratiti pritužbom višem državnom tužiocu zbog odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u toku istrage. U slučaju da istragu sprovodi sudija za istragu okrivljeni i oštećeni kao tužilac se mogu obratiti pritužbom predsedniku suda zbog odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u toku sudske istrage. [75]

Osmo, obaveznost saslušanja lica protiv kojeg se sprovodi istrtaga. Osumnjičeni mora biti salušan pre okončanja istrage. Njegovo saslušanje sprovodi se prema odredbama zakona o saslušanju okrivljenog (272- 282.) i saslušava ga državni tužilac ili po njegovu nalogu istražitelj, i to u prostorijama državnog tužioca ili istražitelja.[76] Slično rešenje je i u ostalim zakonodavstvima. Npr.prema čl.225. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske tužilac je obavezan da pre okončanja istrage sasluša osumnjičenog , ukoliko nije bio ranije saslušan.

Deveto, specifičnost vokatio legisa. Imajući i vidu obim novina koje donosi tužilački koncept istrage kao i želju zakonodavca da se pre početka njegove praktične primene stvore svi preduslovi za njegovu uspešnu realizaciji zakondavac uglavnom predviđa da se sa primenom takvih novina počne sa protekom nešto dužeg vremena od dana stupanja na snagu zakonskog teksta. Tako npr. hrvatski zakonodavac je predvideo da se sa primenom novog koncepta istrage počne tek 1. septembra 2011. godine i pored toga što je zakon stupio na snagu 1. januara 2009. god.[77] Ili, prema čl.

[75] Čl. 230. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske (Slične instrumente sadrže i drugi zakonski tekstovi)
[76] Čl.233. .Zakona o kaznenom postupku Hrvatske
[77] Čl.575. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske

517. Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore ovaj zakonski tekst, ponajviše zbog ove novine, počinje da se primenjuje tek nakon jedne godine od dana stupanja na snagu zakonika.[78]

4. Poželjni način normativne razrade tužilačkog koncepta istrage (autorovo viđenje)

Imajući u vidu prednje izneseno koje sa jedne strane govori o prednosti tužilačkog u odnosu na sudski koncept istrage a sa druge strane i o prisustvu niza dilema kada je reč o konretnoj razradi tužilačkog koncepta istrage postavlja se pitanje: Kako i na koji način normativno razraditi tužilački koncept istrage da bi on bio u funciji ostvarivanja cilja koji se očekuje od njega, a to je efikasnost uz istvoremeno vođenje računa o međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava okrivljenog i drugih učesnika istražnog postupka? Stav je autora da se ovo može postići samo pod uslovom da je tužilački koncept istrage normativno razrađen uz puno poštovanje sledećih principa. To su :

Prvo, jedini ovlašćeni subjekat pokretanja istražnog postupka treba da bude javni tužilac, uz istovremeno propisivanje preduslova koji moraju da budu ispunjeni da bi došlo do pokretanja istrage (slučaj pre svega sa stepenom sumnje o izvršenom krivičnom delu);

Drgo, pored javnog tužioca aktivni subjekat istrage treba da bude i polcija, s tim što moraju precizno da budu propisani slučajevi u kojima policija može da se pojavi u ovom svojstvu, kao i vrste istražnih radnji koje ona može preduzeti u svojstvu aktivnog subjekta istrage;

Treće, predviđanje konkretnih mehanizama koji obezbeđuju adekvatnu saradnju javnog tužioca i policije u istrazi;

Četvrto, jedna od osnovnih kartakteristika tužilačkog koncepta istrage jeste da mora tačno i precizno da se propiše kada , pod kojim uslovima i kod kojih dokaznih radnji kao aktivni subjekat njihovog preduzimanja može da se pojavi sudija za istragu. U tužilačkom konceptu istrage osnovna - glavna funkija sudije za istragu mora da bude odlučivanje o pitanjima vezanim za slobode i prava okrivljenog i drugih subjekata istrage. Preduzimanje pojedinih istražnih radnji od strane suda treba da bude samo izuzetna mogućnost, samo onda kada se opravdano pretpostavlja da se ta radnja neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili da bi njeno izvođenje bilo skopčano sa velikim teškoćama, a uz to neophodno ja da je ona i veoma bitna za pravilno rešenje konkretne krivične stvari shvaćene u smislu donošenja sudske odluke o istoj. [79] Jednom rečju , radnje dokazivanja koje se preduzimaju od strane suda u

[78] Radulović, D., Krivično procesno pravo, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 2009. god., str. 273.

[79] Vidi npr. rešenja u nemačkom StPO; Stanko Bejatović, Položaj i uloga policije u pretkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u nemačkom krivičnom procesnom zakonodavstvu, Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak, VŠUP, Beograd, 2005. .,str., 265-290.

ovom postupku ne bi smele da budu u funkciji ostvarivanja osnovnog zadatka istrage.

Peto, jasno razgraničenje ovlašćenja i nadležnosti aktivnih subjekata istrage i na taj način isključenja mogućnosti samovolje i arbitrernosti nekog od njih ;

Šesto, posmatrano sa aspekta preduzimanja istražnih radnji njihova osnovna osobenost mora da bude zakonitost i efikasnost njihovog preduzimanja, a ona se obezbeđuje predviđanjem instrumenata za tako nešto;

Sedmo, propisati precizne kriterijuma efikasnog sprovođenja istrage kao i načine postupanja javnog tužioca nakon okončanja istrage i posledice nepridržavanja tako predviđenih normi;

Osmo, predviđanje takvog položaja oštećenog koji mu omogućava ostvarivanje njegovih osnovnih prava povodom krivičnog dela za koje se sprovodi istraga;

Deveto, predviđanje mehanizama obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga;

Deseto, usaglašenost i drugih odredaba zakona sa promenjenim konceptom istratge. Prelazak sa sudskog na tužilački koncept istrage zahteva i istovremenu promenu niza drugih instituta i rešenja uopšte u krivičnom procesnom zakonodavstvu (slučaj npr. sa kontrolom optužnice podignute nakon ovako sprovedene istrtage, pitanjem dokazne inicijative i uloge suda u izvođenju dokaza, načela in dubio pro reo i sl.).[80]

5. Zaključna razmatranja

Na osnovu prednje iznesenog koje nesumljivo govori u prilog tužilačkog koncepta istrage nesporno je da je upravo ovaj koncept istrage u funkciji kako efikasnosti krivičnog postupka tako i u skladu sa danas vladajućim stavovima u krivičnopravnoj oblasti u vezi sa ovom problematikom. Odnosno, on kao takav postaje (u svojim različitim modalitetima) sve više i vladajući koncept istrage u današnjem krivičnom procesnom zakonodavstvu posmatrano uopšte, tj. bez obzira kojem sistemu ono pripada**.** S obzirom na ovo, može se konstatovati da je sasvim ispravan stav ne malog broja krivičnoprocesnih zakonodavstava koja prelaze sa sudskog na tužilački koncept istrage. Ovakvim jednim rešenjem ne samo da se stvara normativna osnova za efikasniji krivični postupak shvaćen u kvalitativnom i kvantitativnom smislu već se ta zakonodavstva i na taj način izjednačavaju i sa najvećim brojem evropskih, i ne samo evropskih , krivičnoprocesnih zakonodavstava i sa tendencijama prisutnim u nauci krivičnog procesnog prava uopšte po ovom pitanju. Međutim, u normativnoj razradi tužilačkog koncepta istrage, da bi on bio u

[80] O tome detaljnije vidi: Stanko Bejatović, Koncept istrage i njen uticaj na efikasnost postupanja u krivičnim stvarima, u zbor. ``Krivično zakonodavstvo,organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvartima``, Srpsko udruženje za krivičnopravnu treoriju i praksu, Beograd, 2008.god.,str.108-133.

[80] Vidi: Drago Radulović, Novi Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore kao normativna

fukciji koja se od njega očekuje, a to je povećanje efikasnosti krivičnog postupka kao celine, mora se voditi računa pre svega o načelu striktnog i jasnog razgraničenja ovlašćenja i nadeležnosti aktivnih subjekata istrage (javnog tužioca, policije i istražnog sudije) i na taj način isključenja mogućnosti samovolje i arbitrernosti nekog od njih, ali i ne samo o ovim . Pored ovog, neophodno je viditi računa i o drugim pretpostavkama uspešnog funkcionisanja ovakvog jednog koncepta istrage. Tako npr. posmatrano sa aspekta preduzimanja istražnih radnji njihova osnovna osobenost mora da bude zakonitost i efikasnost njihovog preduzimanja, a ona se obezbeđuje predviđanjem instrumenata za tako nešto. Ili, tu su pitanja preciziranja kriterijuma efikasnog sprovođenja istrage kao i načina postupanja javnog tužioca nakon okončanja istrage i posledice nepridržavanja tako predviđenih normi. Zatim, uz ovo, neophodno je voditi računa o još dve stvari. Prvo, promena koncepta istrage zahteva i istovremenu promenu niza drugih instituta i rešenja uopšte u krivičnom procesnom zakonodavstvu (slučaj npr. sa kontrolom optužnice podignute nakon ovako sprovedene istrage, pitanjem dokazne inicijative i uloge suda u izvođenju dokaza, načela in dubio pro reo i sl.). Drugo, neophodnost obezbeđenja kadrovskih i tehničkih preduslova za adekvatno funkcionisanje tužilačkog koncepta istrage. Tek u slučaju ispunjenja ovih predpostavki tužilački koncept istrage će,nema sumnje, biti kako u funkciji povećanja efikasnosti krivičnog postupka tako i u saglasnosti sa rešenjima koja su u skladu i sa najnovijim tendencijama u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava, a time i sa rešenjima prisutnim u savremenom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu.

Prof. Stanko Bejatović, Ph.D
Faculty of Law, University of Kragujevac

PROSECUTORIAL CONCEPT OF INVESTIGATION AS ONE OF THE SYMBOLS OF MODERN CRIMINAL PROCESS LEGISLATION IN THE FORMER YUGOSLAVIA AND IN SERBIA

Summary

The author of the paper addressed the problems of the concept of prosecutorial investigation through four sets of issues and concluding remarks. The first group of issues is devoted to general remarks about the investigation, its systems and the importance of criminal procedure in general and in the same position was confirmed by the investigation as unavoidable stage of criminal proceedings in cases of possibly complex crimes. Bearing in mind the title the author has devoted the second part of his analysis of just cause for and against the concept of prosecutorial investigations in the same set of arguments to prove his own, and not just its paragraph on the benefits of the judicial concept of prosecutorial investigations, primarily in terms of efficiency and investigation and criminal proceeding understood as a whole in its qualitative and quantitative terms. In view of this it can be concluded that this part of his work is a central part.

The third group of questions is dedicated to the professional and critical analysis of the concept of prosecutorial investigation to criminal process legislation that we belong at the time has come to court on the concept of prosecutorial investigation. Seen in this context are primarily the legislations of the states from the former Yugoslavia. Furthermore, starting from the goal of writing the author in his fourth part gives his views on a desirable way of working out the normative concept of prosecutorial investigation.
At the end of the concluding remarks are given in which the author is a summarized way the results obtained by the analysis of quite a number of questions of the concept of the investigation and its and its significance for criminal proceedings in general.

Key words: criminal proceeding, investigation, the concept of the investigation, the public prosecutor, the defendant, the police, the judge for an investigation, the damaged, the suspect.

Berislav Matijević,dipl.iur.
CROATIA osiguranje d.d., Filijala RIJEKA

PRAVA OSOBNOSTI (LIČNOSTI) U HRVATSKOM PRAVU

Apstrakt

Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske iz 2005. oplemenjuje hrvatsko zakonodavstvo jednom novom (ali ne i nama nepoznatom) koncepcijom zaštite subjektivnih prava. Riječ je o pravima osobnosti, kao jednom "pravnom sklopu" koji koji na pravo mjesto stavlja zaštitu neimovinskih prava. Kao jednu od karakteristika prava osobnosti, na ovom mjestu može se navesti činjenica, da ista nisu toliko plod zakonodavne (normativne) aktivnosti, koliko su plod razvoja, etičke, moralne, filosofske, pravne prakse i druge aktivnosti koja se bavila čovjekom i pravom - ljudskim pravima, kao najvišim vrednotama današnjice. Baš zbog tog svog razvojnog puta, ista su često bila negirana (da ne kažemo zloupotrebljavana), ali je upornost onih koji su u njima vidjeli napredak čovječanstva ipak predavala.

Ključne reči: prava osobnosti, ličnost, subjektivna prava, Zakon o obveznim odnosima, neimovinska prava.

UVOD

Poštivanje dostojanstva ljudske osobe predstavlja jedno je od temeljnih vrijednosti suvremene civilizacije. Riječ je o jednoj univerzalnoj vrijednosti današnjice. Utrti put jednoj takvoj univerzalnoj vrijednosti nije bilo moguće brzo i lagano ostvariti. Ovo iz razloga što je nekad davno, bilo "prirodno" da postoje gospodari i robovi, što je i ne tako davno, bilo "prirodno" vršiti diskriminaciju ljudi, po rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, porijeklu i sl.

Danas, uz određene ograde (čitaj: izuzetke), možemo reći, da su sve te "negacije" dostojanstva ljudske osobe, ipak, u većoj mjeri prevladane, odnosno da su evoluirale u nešto pozitivno, u nešto što se može sintetički sažeti u izraz "prava čovjeka", odnosno u "ljudska prava" kao neposredan izraz dostojanstva ljudske osoba.

Ta evolucija shvaćanja o "dostojanstvu ljudske osobe", ako je i prevladana, ne znači i da je okončana.

Ovo iz dva razloga, prvo, još uvijek se naiđe na neki oblik "negacije", bilo da se radi o nekom od onih prevladanih oblika, bilo da se radi o nekom novom obliku, i drugo, poimanje "dostojanstva ljudske osobe", s vremenom se sve više razvija. Iz tog razloga nas ne treba čuditi, da svaka promjena koja zadire u ovu temljenu tekovinu suvremene civilizacije izaziva pozornost i reakcije društva.

I u RH svjedoci smo "otvaranja" jedne takve rasprave, povod kojoj su obvezni odnosi. Donesen je Zakon o obveznim odnosima[1] (nastavno ZOO), koji između inih, više ili manje nužnih novina, te njihovih prednosti i nedostataka, uvodi i **povredu prava osobnosti - ličnosti**, aktulizirajući na taj način ovo pravno učenje zasnovano na **objektivnoj koncepciji neimovinske štete.** Prema navedenoj koncepciji, **neimovinsku štetu čini već sama povreda prava osobnosti – ličnosti**.

U Obrazloženju Konačnog prijedloga ZOOa[2] navodi se: "objektivno poimanje pojma neimovinske štete plod je suvremenih tendencija u pravnoj teoriji i usporednom odštetnom pravu. Od novijih kodifikacija tu ulaze Obligacijski zakonik Republike Slovenije iz 2001. i Građanski zakonik Ruske federacije iz 1994.g. U raspravi o tome što treba izmijeniti u važećem ZOO-u, vođenoj 1995. godine, objektivnu su koncepciju neimovinske štete predložili Hrvatska gospodarska komora i Županijski sud u Puli."

U skladu sa navedenim te u skladu sa naslovom i samom svrhom ovog teksta, osvrnuti ćemo se ovom prigodom, ne toliko na pojam "povredu", koliko na pojam "**prava osobnosti – ličnosti**" i onome što nam ta prava donose.

TRETMAN PRAVA LIČNOSTI-OSOBNOSTI PREMA ZOO IZ '91.[3] - nastavno ZOO/91

Zahtjev da se prestane s povredom prava ličnosti

Član 157.

"(1) Svatko ima pravo zahtijevati od suda ili drugoga nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuje **pravo njegove ličnosti**.

(2) Sud odnosno drugi nadležni organ može narediti prestanak radnje pod prijetnjom plaćanja stanovite novčane svote, određene ukupno ili po jedinici vremena u korist povrijeđenog."

Objavljivanje presude ili ispravka

Član 199.

"U slučaju povrede **prava ličnosti** sud, može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude odnosno ispravka, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom."

Novčana naknada

Član 200.

"(1) Za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti, narušenosti, povrede ugleda časti, slobode ili **prava**

---

[1] objavljen je u NN 35/2005 od 17. ožujka 2005. godine

[2] Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o obveznim odnosima, Hrvatski sabor, Klasa: 330-01/04-01/04, Ur.br. 65-05-08 od 4. veljače 2005., P.Z.E br.226

[3] NN 53/91, 73/91, 111/93, 4/94, 107/95, 91/96, 112/99 i 88/01

ličnosti, smrti bliske osobe te za strah, sud će ako nađe da okolnosti slučaja a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, a i kad nje nema.

(2) Pri odlučivanju o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete te štete o visini njezine naknade sud će voditi računa o značenju povrijeđenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njezinom prirodom i društvenom svrhom."

SEDES MATERIAE: ZOO čl. 19. - čl. 1046. - čl.1048.

Prava osobnosti
Članak 19.

"(1) Svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih **prava osobnosti** pod pretpostavkama utvrđenim zakonom.

(2) Pod **pravima osobnosti** u smislu ovoga Zakona razumijevaju se prava na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr.

(3) Pravna osoba ima sva navedena **prava osobnosti**, osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe, a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr."

Šteta
Članak 1046.

"Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina poveŗanja (izmakla korist) i povreda **prava osobnosti** (neimovinska šteta)."

Zahtjev da se prestane s povredom prava osobnosti
Članak 1048.

"Svatko ima pravo zahtijevati od suda ili drugoga nadležnog tijela da naredi prestanak radnje kojom se povređuje **pravo njegove osobnosti** i uklanjanje njome izazvanih posljedica."

4. PRAVA OSOBNOSTI ILI PRAVA LIČNOSTI?

Opće je poznato, da se jedan pojam može definirati na različite načine, ovisno o stajalištu ili smislu sa kojeg se na njega promatra[4]. To ujedno ne znači da taj pojam ima više značenja, već samo znači da je svaka od tih definija prilagođena svrsi u kojoj se rabi, odnosno sužena u odnosu na jednu "opću definiciju". Slična se stvar pojavljuje i kod definiranja prava "osobnosti" ili "ličnosti". Teorijsko bavljene predmetnom definicijom, u nas nema neki široki temelj, ali ipak neke stvari vrijedi razjasniti.

Čisto **jezična analiza** pojmova "osobnost" ili ličnost" ukazuje na to su ti pojmovi **jednako tretirani,** s time da prevladava gledište da je **pojam "osobnost"**

[4] npr. u ekonomskom, pravnom, jezičnom, tehničkom itd.

više u duhu hrvatskog jezika, vjerojatno stoga što je pojam "ličnost" u uporabi u srpskom jeziku. [5]

O ovoj činjenici treba voditi računa pri i "čitanju" ZOO/91. Osobito s obzirom na vrijeme njegova donošenja, tj. 1. listopada 1978. godine.

Kao što smo kazali pojmovi "osobnost" i "ličnost" se u jezičkom smislu preklapaju, no to ne znači ujedno da se preklapaju i "prava osobnosti" i "prava ličnosti", **s obzirom na njihov sadržaj**, jer je **"pravo osobnosti" samo jedno od prava ličnosti**[6] za koje "mogli bismo, uz veliki rizik pogreške i sasvim aproksimativno, reći da **pravo ličnosti u objetkivnom smislu predstavlja skup normi političko-pravnoga poretka kojima se regulira pravo svakog subjekta na upravljanje i razvoj vlastite ličnosti**"[7], kao i da "pravo ličnosti mora obuhvatiti ne samo pravo čovjeka da bude ono što jest nego i da postane ono što treba da bude **razmjerno stupnju svog psihosocjialnog razvoja**"[8].

Možda bi se u duhu pomirbe shvaćanja o "pravu osobnosti" i "pravu ličnosti", te sravnjivanja njihovih sadržaja sa hrvatskim jezikom, moglo govoristi o **"pravima ličnosti" kao o pravima osobnosti u širem smilsu**, te o **"pravima osobnosti" kao pravima osobnosti u užem smislu?** No, mi ćemo se u daljnjem tekstu služiti nazivom "pravima osobnosti" kao što to čini i ZOO, uz napomenu da to nije i jedini izraz koji se rabi u hrvatskom jeziku, naime u uporabi je izraz "**osobna prava**"[9] odnosno i izraz **"pravo na osobnost"**[10].

Kao inozemni ekvivalenti pojmu **prava osonosti** rabe se slijedeći izrazi: njemačka: **Persönlichkeitsrechte**, francuska: **droit de la personalite`**, italija: **diritti della personalita`**, slovenija: **osebnostne pravice**., poljska: **prava osobiste**, slovačka: **osobnistni prava**, španjolska: **los derchos de la personalidad,** srpski **prava ličnosti/lična prava,** itd.

Interesantno je i napomenuti da angloameričko zakonodovastvo ne poznaje neku jedinstvenu definiciju prava osobnosti (engl. personality), već je koncept zaštite prava osobnosti zasnovan na tzv. right od privacy ili right to be let alone, right of publicity, i sličnim institutima.[11]

---

[5] detaljnije o jezičnoj analizi ovih pojmova vidjeti u J.Dropulić, "PRAVO NA PRIVATNI ŽIVOT I DUŠEVNI INTEGRITET", Vizura, Zagreb, 2002., str.17.

[6] A.Radolović, "LJUDSKA PRAVA I GRAĐANSKO PRAVO", Vladavina prava br. 1/97, Zagreb,1997., str. 41.

[7] A.Radolović, "PRAVO LIČNOSTI U GRAĐANSKOM PRAVU HRVATSKE", Vladavina prava br. 1/98, Zagreb,1998., str. 82.

[8] A.Radolović, "PRAVO LIČNOSTI KAO KATEGORIJA GRAĐANSKOG PRAVA", doktorska disertacija, Zagreb, 1985, str. 114.. Napomena: autor koristi i ovu prigodu **zahvaliti se uvaženom prof. Radoloviću na ljubazno ustupljenoj disertaciji**

[9] N.Gavella, "OSOBNA PRAVA", I dio, Ff u Zagrebu, Zagreb, 2000., str.13.

[10] M.Brezak, "PRAVO NA OSOBNOST", NZMH, Zagreb, 1998., str. 17.

[11] Detaljnije vidjeti J.Dropulić, o.c, str. 31.-32. i M.Brezak, o.c., str.13., A.Findžgar, "PRAVA LIČNOSTI" (izv. OSEBNOSTATNE PRAVICE), NIU, Beograd, 1988., str.29.-37.

PRAVO ILI PRAVA OSOBNOSTI?

Kao jedno od pitanja koje je otvorila "impostacija" prava osobnosti u pravne poretke je i pitanje da li se ovdje radi o jednom **"općem" pravu osobnosti** ili o jednoj **"skupini" prava osobnosti**. I teoretičari koji su se bavili ovim pitanjem jednoznačno rješenje nisu dali, tako da i danas neki smatraju da je pravo osobnosti jedno opće pravo, a drugi smatraju da se radi o skupini prava.[12]

Opći zaključak je da pravnici romanskog pravnog područja naginju stajalištu da postoji više prava ličnosti, dok se pravnici germanskog pravnog područja zalažu za jedno, opće pravo ličnosti.[13]

Kao posljedica te neujednačenosti teorije i zakonodavna rješenja su podijeljena[14], ali ipak može se konstatirati **da je u novije doba sve šire prihvaćena doktrina o jednom općem osobnom pravu**[15]**.** Po ovoj situaciji mislimo da je najbolja konstatacija da "**pitanje jednog ili više prava ličnosti nije od naročitog značaja, već je način na koji određeni pravni poredak pristupa zaštiti ličnosti mnogo značajniji"**[16]**.**

Kakva je situacija kod nas?

ZOO/91 po tom pitanju je nedefiniran, u čl. 157. govori o "pravu njegove ličnosti", dakle u jednini, o jednom pravu, dok u čl. 200. govori o "ili prava ličnosti", dakle u množini, o skupini prava. Nigdje, dakle, ni definicije, ni čvrsta oslonca za to što bi uopće trebalo biti pravo ličnosti.[17]

ZOO je zato mnogo određeniji, u čl.19. izričito govori u množini, o **pravima osobnosti, čime je na jasan način zakonodavac dao do znanja da se radi o jednoj skupini prava,** uokvirenim u jednu **blanketnu normu za sve povrede prava osobnosti do kojih može doći u obveznom pravu**[18]. Vjerojatno uvažavajući stav: može se za hrvatsko pravo sugerirati pluralistički pristup, što na teorijskom i praktičnom planu podrazumijeva, strpljivo i temeljito konstituiranje jednoga prava ličnosti da bi – eventualno – u višoj fazi razvoja mogli sve "pokriti" koncepcijom jednoga, općega i jedinstvenoga prava ličnosti[19].

RAZVOJA UČENJA O PRAVIMA OSOBNOSTI - KRATKI POVIJESNI PREGLED

[12] detaljnije o stavovima teoretičara vidjeti: A.Radolović, o.c., bilj. 8., str.110.
[13] A.Finžgar, o.c, bilj.br. 11., str. 25.
[14] npr.švicarski građanski zakonik (ZGB), čl..27.-30., goviri o jednom općem pravu osobnosti, tako i § 823. njemačkog BGBa, dok npr. austrijski ABG u § 1325 1327 govori o zaštiti tjelesnog integriteta, dok u § 1328. – 1330. govori zaštita slobode i časti, slična je i situacija u italiji,gdje čl.2043. CC govori o naknadi štte roz opću klauzulu: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un **danno ingiusto** ..."
[15] A.Gavella, o.c, str. 18.
[16] A.Findžgar, o.c., str.26.
[17] A.Radolović. o.c., bilj.br. 7., str.88.
[18] V.Gorenc i dr., "KOMENTAR ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA", RRiF, Zagreb, 2005., str. 47.
[19] A.Radolović, o.c., bilj.brr.7., str. 79.

Učenje o pravima osobnosti ima dugi povijesni razvoj, iako se uvijek nije radilo isključivo o "pravnom učenju" već i učenju zasnovanom na etici, moralu, filosofiji, vjeri, itd.

Prema kršćanskoj literaturi, modarni pojam prava osobnosti ima teološke korijene: Postanak, I, 26. – "Reče Bog: Načinimo čovjeka na svoju sliku, sebi slična...", I, 27. – "Na svoju sliku stvori Bog čovjeka. na sliku Božju on ga stvari..." I, 37. – "I vidje bog sve što je učinio, i bijaše dobro"; to je temeljni tekst.[20]

Treba napomenuti i da je pravo osobnosti u uskoj vezi sa humanističkom vizijom čovječanstva, jer je stupanj razvoja u poštivanju dostojanstva svakog čovjeka ujedno i kriterij za ocjenu dokle se stiglo u primjeni humanističke vizije razvoja ljudskog društva[21], ali se nalazimo još uvijek na jednom visokom stupnju apstrakcije koji ne može omogućiti sigurno "ateriranje" do iznalaženja konkretnih juridičnih rješenja za regulaciju prava ličnosti[22].

U Rimskm privatnom pravu, Zakoniku XII ploča, predviđene su bile sankcije za povredu djela tijela (membrum ruptum, os factum) i za svaku drugu povredu tjelesnog integriteta (cetras iniuriam) a naknadno je pretorskim ediktom uvedena i posebna tužba actio iniuriam aestimatoria radi zaštite časti. [23] Međutim ostaje činjenica da rimsko pravo nije poznavalo ni predviđalo zaštitu duhovnih ostvarenja čovjeka. zaštitu pronalazaka i zaštitu ostalih neimovinskih vrijednosti.[24]

Učenje o pravima osobnosti tek je u XIX. stoljeću dobilo svoj puni zamah, kada se to učenje[25] i "inkorporira" u velike građanske kodifikacije. U francuskoj se iz § 1382. CC od 1804. izvelo uporište za zaštitu osobnih dobara čovjeka[26]. Austrijski ABG iz 1811., u § 16. navodi: "Svaki čovjek ima urođenih prava, koja se samim razumom poznaju, i zato se on kao osoba ima smatrati." Njemački BGB iz 1896. godine, uredio je zaštitu osobnih dobara kroz poglavnje kojim propisuje odgovornoast za neimovinsku štetu - § 823., ali pravna osnova odgovornosti za nematerijalnu štetu zbog povrede tzv. općeg prava ličnosti (das allgemeine persönlichkeitsrecht), ipak je sporna pa se sudska praksa oslanja i na ustavne odredbe.[27] U talijanskom pravu neka su prava ličnosti posebno zakonom reguirana, tako pravo na ime (CC čl.6.), pravo a sopstevnu sliku (CC čl.10.), pravo na tajnost pisma (Zakon o autorskom pravu čl.95.). Posebno se u talijanskoj pravnoj praksi raspravljalo i o pitanjuo pravu na privatni život (diritto alla riservatezza), gdje je talijanski Kasacijski sud 20.04.1963., odl. br. 990., u predmetu Petacci Vs. Palazzi, izrekao da postoji povreda prava ličnosti, ako se prenose događaji iz osobnog života bez pristanka odnosne osobe.[28]

---

[20] cit. prema M.Villey, "PRAVO I PRAVA ČOVJEKA", Disput, Zagreb, 2002., str.89.
[21] A.Radolović, o.c., bilj.br.8., str.40.
[22] ibid, str.61.
[23] A.Findžgar, o.c., str.17.
[24] A.Radolović, o.c., bilj.br.8., str.62.
[25] obzirom na to da je već imalo svoju filozofsku, pravnu i opće civilnu podlogu
[26] francuski CC je noveliran 1970. godine, Loi No.70-643, a novela se odnosila na zaštitu prava ličnosti u sferi privatnog života
[27] cit. prema J.Dropulić, o.c., str30.
[28] cit. prema A.Findžgar, o.c., str.34.

Na našim prostorima, prva opća norma o pravima ličnosti i njihovoj zaštiti bila je sadržana u ustavu (ex) SFRJ iz 1963. godine, u čl.47. st.4., a bila je "konačno uobličena" nadopunjena Ustavom iz 1974. godine čl.176.: "Jamči se nepovredivost integriteta ljudske ličnosti, ličnog i porodičnog života i drugih prava ličnosti".[29]

GLAVNI IZVORI PRAVILA O PRAVIMA OSOBNOSTI

Odlučujuću ulogu u afirmaciji prava osobnosti, odigrala je važnost koja se sve više pridaje slobodama i pravima čovjeka i građanina[30], jer istinska borba za ljudska prava podrazumijeva kako stvaranja sistema ekonomske jednakosti, tako i juristička sprovođenje i zaštitu čovjekove individualnosti[31].

Ljudska prava su vrlo složen pojam. Idu tu svakako sva "rafinirana" prava slobode, govora, mišljenja i sl., ali i ona "temeljna" kao što su pravo na život i tjelesni integritet, pravo na posao i stan, pravo na ljudsku egzistenciju.[32] Nema ljudskih prava (ni prava ličnosti) bez kvalitetne i učinkovite zaštite tih prava.[33]

Ustavom RH[34], kao "krovnim" nacionalnim aktom, priznaju se temeljne slobode i prava čovjeka: "Svatko u Republici Hrvatskoj ima prava i slobode, neovisno o njegovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobinama."[35], a među njima i osobne i političke slobode i prava[36]: **"**Svako ljudsko biće ima **pravo na život**"[37], "Čovjekova je sloboda i **osobnost** nepovrediva"[38], "Dom je nepovrediv"[39], **"**Svakom se jamči štovanje i **pravna zaštita njegova osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti**"[40], "Sloboda i tajnost dopisivanja i svih drugih oblika općenja zajamčena je i nepovrediva"[41], "Svakom se jamči sigurnost i tajnost osobnih podataka"[42]. Te ustavne odredbe **temeljni su izvor osobnih prava** unutar pravnog poretka RH.[43] Osim Ustava, u izvore prava osobnosti ubrajaju se i međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjeg pravnog poretka RH, a po pravnoj su snazi iznad zakona[44]. Na prvo mjestu je tu **Povelja Ujedinjenih naroda,** kojom je potvrđivanje vjere u osnovna prava čovjeka

[29] ibid, str. 39.
[30] A.Gavella, o.c., str.14.
[31] A.Radolović, o.c., bilj.br.8., str.8
[32] A.Radolović, o.c., bilj.br. 6., str.40.
[33] ibid, str.43.
[34] pročišćeni tekst objavljen u "Narodnim novinama", broj 41 od 7. svibnja 2001., zajedno s njegovim ispravkom objavljenim u "Narodnim novinama", broj 55 od 15. lipnja 2001.
[35] Ustav RH čl.14.
[36] ističemo samo one za koje smatramo relevantnim za svrhu ovog rada
[37] Ustav RH čl.21.
[38] Ustav RH čl.22.
[39] Ustav RH čl.34.
[40] Ustav RH čl.35.
[41] Ustav RH čl.36.
[42] Ustav RH čl.37.
[43] A.Gavella, o.c., str.19.
[44] Ustav RH, čl.140.

navedeno kao jedan od razloga za osinivanje te svjetske organizacije.[45] Zatim slijedi **Opća deklaracija UN o pravima čovjeka**[46] gdje se navodi: "Svatko ima pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost"[47], "Svatko ima pravo da ga se svagdje pred zakonom priznaje kao osobu"[48], "Nitko ne smije biti izvrgnut samovoljnom miješanju u njegov/njezin privatni život, obitelj, dom ili prepisku, niti napadima na njegovu/njezinu čast i ugled"[49], "Svatko ima pravo na životni standard primjeren zdravlju i dobrobiti"[50].**Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima**[51] određuje se: **"**Svatko ima pravo da se svuda priznaje njegova pravna ličnost" odnosno,"Nitko ne može biti izložen proizvoljnom ili nezakonitom miješanju u privatni život, obitelj, stan ili prepisku, niti protuzakonitim napadima na čast i ugled."[52]. [53]

Posebno poglavlje u ostvarivanju ljudskih prava (i prava osobnosti) uvodi **Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda**[54] koja navodi (između ostalog): "Pravo svakoga na život zaštićeno je zakonom"[55], "Svatko ima pravo na slobodu i osobnu sigurnost"[56], "Svatko ima pravo na poštivanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja"[57].

Europska konvencija (neposredni) **izvor je prava osobnosti** jer njene odredbe neposredno ovlašćuju osobe da kada smatraju da da su im ta prava povrijeđena ,mogu inicirati priznavanje odnosno ostvarivanje tih prava pred **Europskim sudom za ljudska prava ljudska prava**[58]**: "**Sud može primati zahtjeve bilo koje fizičke osobe, nevladine organizacije ili skupine pojedinca koji tvrde da su žrtve povrede prava

---

[45] A.Gavella, o.c., str.21.

[46] usvojena i proklamirana rezolucijom Opće skupštine UNa br.217A (III) od 10. prosinca 1948. godine

[47] Opća deklaracija UN o pravima čovjeka (nastavno Opća deklaracija) čl.3.

[48] Opća deklaracija čl.6.

[49] Opća deklaracija čl.12.

[50] Opća deklaracija čl.25.

[51] usvojen je rezolucijom Opće skupštine 200a (XXI) od 16. prosinca 1966., a na snagu je stupio 23. ožujka 1976.godine.

[52] Međunarodni pakt, čl.15. i 16.

[53] ovdje treba napomenuti, da se **niti Povelja UN i Opća deklaracija, niti Međunarodni pakt, ne smatraju (izravnim) izvorom prava osobnosti**, jer se njema "samo" propisuje državama članicama da sa svoje strane učine što je potrebno da bi se poštovalo i ostvarivalo ljudska prava i slobode (prema A.Gavella, o.c., str.21)

[54] usvojena u Rimu 4. studenog 1950. godine, a na snagu je stupila 3. rujna 1953., **Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda** i protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Zakon) donio je Zastupnički dom Sabora Republike Hrvatske na sjednici 17. listopada 1997., a objavljen je u "Narodnim novinama - Međunarodni ugovori", broj 18. od 28. 10. 1997. Konvencija je stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 5. 11. 1997. godine.

[55] Europska konvencija čl.2.

[56] Europska konvencija čl.5.

[57] Europska konvencija čl.8.

[58] Europski sud za ljudska prava osnovan je 1959. godine u Strasbourgu, na temelju Europske konvencije i uz Europski komisiju za ljudska prava, u odnosu na domaće peravo djeluje kao jedan subsidijarni kontrolni mehanizam Vijeća Europe u osiguranju poštivanja obveza preuzetih Europskom konvencijom

piznatih u ovoj Konvenciji ili dodatnim protokolima što ih je počinila jedna visoka ugovorna stranka"[59]. Tome treba dodati i da "Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarnje pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci"[60].

Europski sud za ljudska prava se pokazao **jednim od najvažnijih i najdjelotvornijih pravnih instrumenata zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda u Europi**[61].

DEFINICIJA PRAVA OSOBNOSTI

Jednoznačnu definiciju prava osobnosti nije moguće izvesti. Ovo obzirom na brojnost i raznovrsnost teorija o pravima osobnosti koje su se tijekom povijesnog razvoja ovih prava njoma bavile. I ne samo to, obzirom da se učenje o pravima osobnosti, svojim dobrim dijelom, oslanjalo i oslanja se na razvoj filozofske, etičke, humanističke i moralne misli, svaki pokušaj njihova definiranja, rezltira određenim ograničenjem spram jednog "univerzalnog" definiranja prava osobnosti. To, međutim, ne znači da (uopće) ne postoje definicije prava osobnosti. Ovom prigodom navodimo neke autoru dostupne:

"Prava ličnosti su čovjeku prirođena prava koja se poznaju samim razumom, a proizlaze iz značaja osobnosti"[62],

"Kod pojedinih manifestacija ličnosti ne radi se o posebnim subjektivnim pravima nego o opravdanim ličnim interesima njihovog nosioca"[63],

"Lična prava su prava neodvojiva od ličnosti i predstvaljaju najveću vrijednost za čovjeka"[64],

"Lična prava su posebna neotuđiva dobra čovjeka. Govoreći detaljnije, razvoj čovjeka je i u tome, da manifestacije ličnosti usporedo s razvojem kulture postaju sve mnogovrsnije"[65],

"Lična prava nastaju povodom naročitog objekta – osobnog dobra koje je usko vezano i neodvojivo od ljudske ličnosti"[66],

"Prava ličnosti su prava čiji je objekt lično dobro. To su ona dobra ličnosti, ili možemo reći oni interesi ličnosti kroz koje se ispoljava njena sloboda, njen tjelesni, moralni, duševni i duhovni integritet"[67],

---

[59] Europska konvencija čl.34.
[60] Europska konvencija čl.41.
[61] V.Alaburić, "SLOBODA IZRAŽAVANJA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LUDSKA PRAVA", Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 9.
[62] I.Maurović, "NACRT PREDAVANJA O OPĆEM PRIVATNOM PRAVU", Naklada knjižare St. Kugli, Zagreb, 1919., str.29.
[63] M.Kalođera, "NAKNADA NEIMOVINSKE ŠTETE – RASPRAVA IZ KOMPARATIVNOG PRAVA", Zagreb, 1941., str.365.
[64] V.Spaić. "OSNOVI GRAĐANSKOG PRAVA", Veselin Masleša, Sarajevo, 1961., str.201.
[65] M.Vuković, "ODGOVORNOST ZA ŠTETE", Prosvjeta, Zagreb, 1971., str.62.
[66] S.Krneta, "PRAVO LIČNOSTI KAO USTAVNA GARANCIJA I NJIHOVA ZAŠTITA KAO NEPOSREDAN ZADATAK ZAKONODAVCA", Godišnjak Pf u Sarajevu br.24/76, Sarajevo, 1976. str.77.

"Termin lična prava suvremeno usporedno zakonodavsrvo koristi kao skupnu oznaku za kompleksnu problematiku građanskopravne zaštite ličnosti"[68],

"Lično pravo je ovlaštenje titulara u odnosu na lično dobro"[69],

"Kao prava ličnosti razumijevaju se – ona najosnovnija i za pojedinu osobu neposrdno vezana prava koja su svakom pojedinom građaninu zagarantirana ustavom i drugim zakonima... "[70],

"Prava ličnosti, ili kako se ona još nazivaju – lična prava, su apsolutna građanska subjektivna prava, čiji su objekti lična dobra čovjeka: njegov život, tjelesni i psigički integritet .... "[71],

"Mogli bismo – uz uvijek veliki rizik pogreške i sasvim aproksimativno – reći da pravo ličnosti u objektivnom smislu predstavlja skup normi političko-pravnoga poretka kojima se regulira pravo svakoga subjekta na upravljanje i razvoj vlastite ličnosti, a da u subjektivnom smilsu čini pravo određenoga pravnog subjekta da od svih drugih traži i ostvaruje poštivanje i razvoj vlastite ličnosti u skladu sa psihofizičkim stupnjem razvoja"[72],

"Prava ličnosti su ona prava koja pripadaju čovjeku kao takvom, s obzirom na njegovo postojanje, njegove fizičke i psihičke snage"[73],

"Prava ličnosti su prava neimovinskog karaktera neodvojivo vezana za čovjekovu ličnost"[74],

"Pravo ličnosti u objektivnom smislu predstavlja skup normi etičko-pravnog poretka kojima se regulira pravo svakog pravnog subjekta na ispoljavanje i razvoj vlastite ličnosti u skladu sa stupnjem psihosocijalnog razvoja. Pravo ličnosti u subjektivnom smislu je pravo određenog pravnog subjekta da od svih drugih pravnih subjekata traži i ostvaruje poštivanje i razvoj vlastite ličnosti u skladu sa svojim psihosocijalnim stupnjem razvoja"[75],

"Prava ličnosti su prava svakog pravnog subjekta na poštovanje i razvoj svoje ličnosti, te obaveze pravnog poretka da ovo obezbijedi"[76],

"Pod pravima osobnosti razumijevamo ona temeljna i za pojedinu osobu izravno vezana prava koja su svakom građaninu zagarantirana Ustavom i ostalim propisima, ali i ona prava koja po prirodi stvari pripadaju određenoj osobi"[77],

---

[67] A.Gams, "UVOD U GRAĐANSKO PRAVO", Naučna knjiga, Beograd, 1978., str.141.

[68] S.Krneta, "LIČNA PRAVA – UVODNA RAZMATRANJA", Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada –Tom prvi, NIU, Beograd, 1978., str.904.

[69] V.Vodinelić, "LIČNA PRAVA – POJEDINA LIČNA PRAVA", Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada –Tom prvi, NIU, Beograd, 1978., str.925.

[70] B.Vizner, "KOMENTAR ZAKONA O OBVEZNIM (OBLIGACIONIM) ODNOSIMA", Knjiga 1., naklada pisca, Zagreb, 1978., str.663.664. (komentar uz čl.157. ZOO/91)

[71] S.Perović-D.Stojanović, "KOMENTAR ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA", Knjiga prva, Pf u Kragujevcu, Kragujevac, 1980., str.494. (komentar uz čl.157. ZOO/91)

[72] A.Radolović, o.c., bilj.br. 7., str.82.

[73] A.Findžgar, o.c., str. 43.

[74] Z.Petrović. "NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZBOG POVREDE FIZIČKOG INTEGRITETA LIČNOSTI", NIO, Sarajevo, 1990., str.46.

[75] A.Radolović, o.c., bilj.br. 8., str.114.

[76] Z.Petrović. "NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZBOG POVREDE FIZIČKOG INTEGRITETA LIČNOSTI", NIU Vojska, Beograd, 1996., str.45.

"Osobna prava u objektivnom smislujesu skup pravnih normi (pravila) koje uređuju građanskopravni aspekt pripadanja pod pravnu vlast svake osobe onih njezinih osobnih, neimovinskih dobara koja se u odnosnom pravnom poretku priznaju i štite.

Osobna prava u subjektivnom smislu su prava građanskopravne (privatnopravne) naravi koja pripadaju pravnom subjektu, dajući mu neposrednu apsolutnu pravnu vlast glede onih njegovih osobnih, neimovinskih dobara čiju zaštitu jamči pravni poredak i to vlast da s tim dobrima i koristima od bjih čini što ga je volja te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima"[78],

"Prava osobnosti štite čovjeka od smetanja i ulaženja u nepovredivost njegove osobe, njegova duševna stanja, ugleda i uopće, osiguravaju mu privatnost unutar koje on može slobodno odlučivati, hoće li i u kojoj mjeri omogućiti trećoj osobi pristup njegovim poslovima/stvarima"[79].

Završili bi ovo poglavlje rada "oplemenivši ga", sa još dvije, usporednoravne, definicije prava osobnosti, za koje smatramo da zaslužuju našu pozornost:

"**Prava osobnosti, sredstva su, usmjerena na zaštitu onih osobnosti pravnih subjekata, koje su najviše izložene mogućem ugrožavanju u međuljudskim odnosima**".[80]

"**Prava osobnosti, zaokružuju slobodan razvoj čovjekove osobnosti i njegov dignitet**".[81]

OSNOVNA OBILJEŽJA PRAVA OSOBNOSTI

Prava osobnosti, kao prava usmjerena ka zaštiti ljudske individualnosti, usprkos težini "obuhvata" njihove suštine, kroz jednu, citiramo već navedeno - "univerzalnu" definiciju, mogu se sagledati kroz njihova zajednička osnovna obilježja.

Iako je neprijeporno, da se se "izvorište" prava osobnosti nalazi u ustavnom pravu[82], prava osobnosti ubrajaju se u **red građanskih prava**[83]**,** jer upravo tu ima mjesta za sve ono zajedničko i ishodišno svim ostalim pravnim granama[84]. Prava osobnosti su **apsolutna (isključujuća) prava** jer djeluju erga omnes, i nitko, uključujući i javnu vlast, ne smije samovlasno (protupravno) zadirati u osobno dobro neke osobe[85]. Prava osobnosti su **neimovinska osobna prava,** jer se odnose na

---

[77] V.Gorenc, "ZAKON O OBVEZNIM ODNOSIMA S KOMENTAROM ", RRiF, Zagreb, 1998., str.222. (komentar uz čl.157. ZOO/91)

[78] N.Gavella, o.c., str. 26.-27.

[79] V.Gorenc i dr., o.c., bilj.br.18., str.46 (komentar uz čl.19. ZOO)

[80] P.Cendon, "PERSONA E DANNO", Volume 1., Giuffre Ed., Milano, 2004., str.655. – slobodan prijevod autora

[81] E.Navaretta, "I DANNI NON PATRIMONIALI", Giuffre Ed., Milano, 2004., str. 27. – slobodan prijevod autora

[82] ovo, ako polazimo sa stajališta da ustavno pravo, ili Ustav kao takav, predstavlja osnovu za daljnju zakonodavnu razradu određenih prava

[83] A.Findžgar, o.c., str.44.

[84] A.Radolović, o.c., bilj.br.8., str.36.

[85] N.Gavella, o.c., str.36.

neimovinska dobra, kao moralne vrijednosti koje se ne mogu "novčano izraziti"[86]. Prava osobnosti su **subjektivna prava** jer služe interesima pravnog subjekta da u okvirima svog aktiviteta i u okvirima društvene zajednice bude ličnost i priznat kao ličnost[87]. Prava osobnosti su **neotuđiva (neprenosiva) i nenasljediva prava,** koja ne mogu biti u pravnom prometu**,** jer se radi o osobnim dobrima koja su "neraskidivo" vezana uz određeni pravni subjekt.[88] Prava osobnosti su **neodreciva prava** jer pripadaju pravnom subjektu nezavisno od njegove volje.[89] Prava osobnosti su (samo načelno, op.a.) **nezastariva prava** jer se radi o (subjektivnim) pravima koja se ne mogu izgubiti time što nisu izvršena, odnosno ostvarivana[90], ali **treba napomenuti da je upitno da li se ovo obilježje prava osobnosti može primijeniti baš na sva prava osobnosti!**[91]

PRAVA OSOBNOSTI I NEIMOVINSKA ŠTETA

"Revitalizacija" prava osobnosti u hrvatskom pravu, konkretnije u ZOOu, automatizmom je povukla sa sobom i "revitalizaciju" instituta neimovinske štete. Očigledno je naš zakonodavac zaključio da je koncepcija neimovinske štete iz ZOO/91 prevaziđena, odnosno da je društveno ili humanistički zastarjela.

Neimovinska šteta je jedan vrlo specifičan institut obveznog prava, čiji je razvojni put (a kao i razvojni put učenja o pravima osobnosti), bio dosta "trnovit", ovo iz razloga što se u praksi isticalo da je takav vid štete nemoralan, objektivno neustanovljiv, arbitrabilan, novčano neizraziv i sl. Usprkos svemu prevagnuli su lucida intervalli[92] i neimovinska šteta je postala jedan od neizostavnih sastojaka općeg pojma štete **kao štetnom radnjom prouzročene povrede nečijeg subjektivnog prava ili interesa**[93].

Dakle, do povrede pravno priznatih interesa može doći kada ne samo kada se ošteti neka stvar, već i **kada se povredi neko osobno dobro** (npr. tjelesni integritet), ili kada se ne izvrši obveza koja se duguje, ili kada se obveza ne ispuni na vrijeme, pa vjerovnik bude oštećen i sl.[94]

---

[86] ako uzmemo da je novac ekvivalent za određenu (imovinsku) vrijednost

[87] A.Radolović, o.c., bilj.br.8., str.106.

[88] ovdje treba napomenuti da navedeno ujedno ne zanči i da ne postoji mogućnost izvođenja ovih prava za drugoga, ali i ovo uvijek u okviru ovlasti iz prava osobnosti (npr. pravo na vlastiti lik, kao pravo ne može se prenijeti na drugoga jer je samo jedan "vlastiti lik", ali se zato može izvesti pravo "korištenja" tog "prava na vlastiti lik", npr. za neki modni časopis ili za potrebe neke publicitarne akcije i sl.

[89] npr. čovjek se ne može odreći vlastitog izgleda, jer je on "tu", htio to netko ili ne

[90] A.Findžar, o.c., str. 48.

[91] detaljnije o (problematici) nezastarivosti prava osobnosti, vidjeti A.Radolović, o.c., bilj.br.8, str.143. – 146.

[92] Sav. Vrh. Sud FNRJ, Gz-37/56: "Prouzrokovani bol je povreda ličnosti čovjeka, a odšteta za bol izražava hmanitarni princip zaštite ličnosti"

[93] M.Vedriš-P.Klarić, "GRAĐANSKO PRAVO", NN, Zagreb, 1995., str.432.

[94] Ž. ĐORĐEVIĆ – V. STANKOVIĆ, "OBLIGACIONO PRAVO", Opći dio, Naučna knjiga, Beograd, 1987., str.351.

Neimovinska šteta[95] **je šteta koja se nekome nanosi povredom pravno priznatih odnosno opravdanih osobnih interesa.[96] Radi se dakle o štetnoj radnji na osobi[97], gdje tek zaštitom ove sfere, zaštita čovjeka postaje potpuna[98]. Ta se zaštita postiže u građanskom pravu** jedino na hipotetičan način[99] **jer se radi o situacijama gdje** pravo "manevrira" između dvije različite kategorije, one pravne i konkretne i one duhovne i apstraktne[100].

Prava osobnosti u vrlo su uskoj vezi sa neimovinskom štetom. Štoviše, rezultat našeg studiranja ove relacije doveo nas je do zaključka da se izvan učenja o pravu ličnosti neimovinska šteta uopće ne može razmatrati[101]. **Posebna je zasluga učenju o pravu osobnosti (ličnosti) upravo ta,** da jedino pravilno projicira pojam nematerijalne štete[102]**.**

Iz tog razloga ZOO, ovaj puta pravilno[103]**, navodi** "Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina poveŗanja (izmakla korist) i povreda **prava osobnosti** (neimovinska šteta)."[104]

Dakle, prema ZOO, **neimovinska šteta je povreda prava osobnosti**[105]**. Ali, svaka povreda prava osobnosti ne znači i bezuvjetno pravo na isplatu pravične novčane naknade.**[106]

Na ovom mjestu postavlja se pitanje, što se to u praksi mijenja u odnosu na ZOO/91? Možemo reći da promjena ima više, ali isto tako, i da se otvaraju neka pitanja za koja još nemamo konkretnih odgovora.

Značajna promjena je da **dosadašnji taksativno nabrojeni oblici nematerijalne štete, ne predstavljaju više konstitutivne elemente neimovinske štete, već jedino mjerila težine povrede prava osobnosti**.[107]

Kao daljnja posljedica definicije neimovinske štete kao povrede prava osobnosti jest da **se oblici i podoblici neimovinske štete ne mogu određivati prema vrstama i uzrocima koji su ih izazvali, već prema povrijeđenom pravu osobnosti**.[108]

---

[95] naziva se još i **nematerijalnom, imaterijalnom, nenovčanom, neekonomskom, idealnom ili moralnom**

[96] M. KALOĐERA, op. cit., str. 366.

[97] M.Vuković, "OBVEZNO PRAVO", ŠK, Zagreb, 1956., str.101.

[98] M.Vuković, o.c., bilj.br. 65., str.62.

[99] Mvuković, o.c., bilj.br.97., str.102

[100] B.Matijević, "INSTITUT NAKNADE NEMATERIJALNE ŠTETE", Hrvatska pravna revija br. 6/2003, Zagreb, 2003., str. .....

[101] A.Radolović, o.c., bilj.br.8, str.161.

[102] Grupa autora, "NAKNADA ŠTETE U PRIMJENI NOVOG ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA", autor A.Radolović, "Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora", NN, Zagreb, listopad 2005., str.85.

[103] za razliku od ZOO/91 koji nije dosljedno napravio "poveznicu" između čl. 157. i 200.

[104] ZOO čl.1046.

[105] P.Klarić, "ODGOVORNOST ZA NEIMOVINSKU ŠTETU", Pravo u gospodarstvu br.4/2005, Zagreb, 2005., str.177.

[106] Grupa autora, o.c., bilj.br.102., autor I.Crnić, "Pravo fizičke osobe na popravljanje neimovinske štete", NN, Zagreb, listopad 2005., str.6.

[107] ibid, str.177.

[108] ibid, str.178.

Promjena se sastoji i **"otvorenom" broju prava osobnosti**[109] **što znači da je utvrđivanje povrijeđenog prava osobnosti "prešlo" iz ruku zakona na ruke sudskog prosuđivanja.**

Novina je i to da ZOO izričito[110] priznaje **prava osobnosti i pravnoj osobi**, osim onih prava osobnosti koja su vezana biološku bit naravne osobe[111].Posebno značajna novina koji uvodi ZOO je i **ugovorna odgovornost za neimovinsku štetu**[112,113]**.**

Obzirom na "oslanjanje" zakonodavca na neka rješenja germanskog zakonodavstva[114], u kojemu je pravo osobnosti tretirano kao singularno pravo, **upada u oči "romansko francuska solucija", ona o pluralitetu prava osobnosti**[115]**.**

Između ostalih, od otvorenih pitanja, na koja još nemamo konkretnih odgovora, ovom prigodom navešćemo neke:

- pitanje **sastavljana tužbe i postavljanja tužbenog zahtjeva**,
- pitanje **obrazloženja sudske odluke**,
- pitanje **vještačenja**,
- pitanje **ujednačavanja sudske prakse**,
- pitanje **zastare**.[116]

Obzirom na "nepripremljenost" onih koji će se ovom problematikom baviti, izgledno je, da je i "otvorenost" broja ovih pitanja izvjesna.[117]

KLASIFIKACIJA PRAVA OSOBNOSTI

Obzirom na "pluralistički" stav ZOO o pravima osobnosti i njihovo **primjerično**[118] **nabrajanje**: za fizičke osobe - prava na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu **i dr**., te za pravne osobe: a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja **i dr.**, svaka **klasifikacija**

---

[109] detaljnije o ovom u narednoj točki rada

[110] obzirom da ZOO/91 nije po tom pitanju bio decidiran

[111] ZOO čl.19. st. 3.

[112] ZOO čl.346. st.1.: "Vjerovnik ima pravo na nknadu obične štete i izmakle koristi te **pravičnu naknadu neimovinske štete,... .**"

[113] detaljnije o ovoj tematici vidjeti P.Klarić, "ODŠTETNO PRAVO", NN, Zagreb, 1996., str.207. – 231.; Grupa autora, o.c., bilj.br.102., autor A.Radolović, "Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora", NN, Zagreb, listopad 2005., str.75. – 117.

[114] za detaljnije o ovoj tematici upućujemo na N.Gavella i dr., "TEORIJSKE OSNOVE GRAĐANSKOG PRAVA – GRAĐANSKO PRAVO I PRIPADNOST HRVATSKOG PRAVNOG PORETKA KONTINENTALNO - EUROPSKOM PRAVNOM KRUGU", Pf u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 29. na dalje

[115] vjerojatno opreza radi odnosno radi (eventualnog) spriječavanja "izlaza" prava osobnosti izvan zakonodavnog "apstraktno - fiktivnog" poimanja tih prava

[116] detaljnije o ovim pitanjiam vidjeti I.Crnić, "NEIMOVINSKA ŠTETA PO ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA IZ 2005", Godišnjak br.12, Organizator, Zagreb, 2005., str. 68. – 74.

[117] Po ovome vidjeti i rad A.Abramović, "NOVI ZOO (NE)ISKORIŠTENA JE PRILIKA", Godišnjak br.12, Organizator, Zagreb, 2005., str. 390. – 401.

[118] Za razliku od ZOO/91 koji je to činio taksativno

prava osobnosti može biti samo nekonačna, jer će se od slučaja do slučaja prosuđivati koje je (i da li je) pravo osobnosti povrijeđeno.

ZOO, zauzimanjem stava o "otvorenom" broju prava osobnosti, prema mišljenju autora, poprimio je jednu vrlo suvremenu impostaciju, jer će **broj prava osobnosti moći slijediti standarde društvenog razvoja poštivanja (i zaštite) dostojanstva ljudske ličnosti**. No, i u ovom slučaju, radi se o novini gdje je **utvrđivanje pojedinog prava osobnosti "prešlo" iz ruku zakona na ruke sudskog prosuđivanja.**

Teorija (ili teoretičari) koja/i su/se bavila/i proučavanjem prava osobnosti, novisno o zauzetom stavu, da li se radi o jednom općem pravu osobnosti[119] ili se radi o "otvorenom" pluralitetu prava osobnosti, vjerojatno iz praktičnih razloga, vršili su razne klasifikacije ovog/ovih prava. Ovom prigodnom navešćemo neke od njih:

A.Findžgar smatra, da postoje: **pravo na život**, **zdravlje i tjelesni integritet**, **pravo na slobodu**, **pravo na čast i ugled**, **pravo na ime**, pravo **na osobni identitet**, **pravo na vlastitu sliku**, **pravo na tajnost pisma**, **pravo na glas**, **pravo na osobni (privatni) život**, **pravo na psihički integritet**.[120]

S. Krneta dijeli prava osobnosti na: **prava koja štite fizički integritet ličnosti**, **prava koja štite moralni integritet ličnosti** i **pravo na ime**.[121]

M.Vuković, govoreći o "štetnim radnjama s obzirom na objekt", navodi: **štetne radnje na fizičkoj osobi, štetne radnje na ličnosti** i **štetne ranje na kolektivu i ostalim osobama koje nemaju karakter pravne osobe**.[122]

V.Vodinelić, uz opasku da navodi samo ona prava ličnosti čije su povrede najučestalije, govori o: **pravu na život i tjelesni integritet**, **pravu na psihički integritet**,**pravu na čast i ugled**, **pravu na privatni život**, **pravu na identitet** i **pravu na ime**.[123]

A.Radolović, uz opasku da nije zgodno vršiti klasifikaciju subjektivnih prava ličnosti "u uvjetima kad čitavo učenje zapravo trebamo tek isinski definirati", govori o: **pravu na život**, **pravu na tjelesni integritet**, **pravu na duševni integritet**, **pravu na slobodu**, **pravu na čast**, **pravu na privatni život**, **pravu na vlastitu sliku i glas**, **pravu na pisma** i **osobne zapise**, **pravu na osobnost** (u užem smislu), **moralnom pravu** i **pravu stvaralaštva**.[124]

A.Gavella, navodi: **pravo na tjelesni integritet**, **pravo na slobodu**, **pravo na čast i ugled**, **pravo na privatnost**, **pravo na osobni identitet**, **pravo na duševni integritet**, te **pravo na zaštitu ostalih neimovinskih dobara**.[125]

P.Klarić, citira švicarkog autora Terciera koji dijeli prava osobnosti u tri skupine: **prava osobnosti u fizičkom smislu** – pravo na život, pravo na tjelesni integritet, sloboda kretanja, seksualna sloboda, zaštita tijela nakon smrti; **prava**

[119] kojemu su pak priznali neke podoblike
[120] A.Findžgar, o.c., str.173. – 162.
[121] S.Krneta, "PITANJE MJESTA LIČNIH PRAVA U SISTEMU GRAĐANSKIH PRAVA", Godišnjak Pf u Sarajevu, Sarajevo, 1957., str.120.
[122] M.Vuković, o.c., bilj.br. 65., str. 56. – 66.
[123] V.Vodinelić, o.c., bilj.br.69., str. 913. i 914.
[124] A.Radolović, o.c., bilj.br. 7., str.82.
[125] N.Gavella, o.c., bilj.br. 9., str. 30.

osobnosti u afektivnom smislu – pravo na odnose s bližnjima, pravo na poštivanje bližnjih, pravo naosjećaj za bračnom vezom, pravo na afektivnu vrijednost (objekata u vlasništvu**); prava osobnosti u društvenom smislu** – pravo na ime i druge oznake idrentiteta, pravo na sliku i glas, pravo na privatni život, pravo na čast, ostala prava (na odlučivanje, na informaciju, na ekonomsku slobodu, na umjetničko stvaranje i na zaborav.[126]

P.Cendon, klasifikaciju vrši u skladu s "onim osobinama ličnosti za koje pravni poredak iskazuje volju da ih primarno zaštiti", te navodi: **pravo na život**, **pravo na tjelesni i duševni integritet**, **pravo na čast i ugled, pravo na ime**, **pravo na lik, pravo na privatnost**, **pravo na osobni identitet**, **moralno autorsko pravo i pravo na seksualnu slobodu.**[127]

ZAKLJUČAK

ZOO iz 2005. oplemenjuje hrvatsko zakonodavstvo jednom novom (ali ne i nama nepoznatom[128]) koncepcijom zaštite subjektivnih prava. Riječ je o pravima osobnosti, kao jednom "pravnom sklopu" koji koji na pravo mjesto stavlja zaštitu neimovinskih prava. Kao jednu od karakteristika prava osobnosti, na ovom mjestu može se navesti činjenica, da ista nisu toliko plod zakonodavne (normativne) aktivnosti, koliko su plod razvoja, etičke, moralne, filosofske, pravne prakse i druge aktivnosti koja se bavila čovjekom i pravom - ljudskim pravima, kao najvišim vrednotama današnjice.

Baš zbog tog svog razvojnog puta, ista su često bila negirana (da ne kažemo zloupotrebljavana), ali je upornost onih koji su u njima vidjeli napredak čovječanstva ipak predavala.

Da se radi o jednom doista "neopipljivom" segmetnu prava, može se isčitati iz brojnih definicija ovog instituta, može se iz isčitati iz brojnih klasifikacija, za koje se može reći da su više ili manje uspješne, ali su sigurno unaprijedile ovaj institut.

Da se radi o jednom "otvorenom" pravnom institutu, može se isčitati iz činjenice što još uvijek u praksi, postoje određena nesuglasja oko nekih "pojedinosti", kao što je npr. pitanje monizma ili pluralizma ov/ih/og prava, ali to su ipak samo "sitnice" u odnosu na stupanj njihove evolucije.

O koliko se važnoj materiji radi, možda najbolje svjedoče i "pokroviteljske" organizacije, počevši od Ujedinjenih naroda pa sve do Europskog suda za ljudska prava - ECHR. Da ovo "pokroviteljstvo" nije samo deklaratorne prirode može se dobro vidjeti i iz jedne odluke ECHRa, kojom Sud jednoglasno smatra da je **došlo do povrede čl.8. Konvencije - pravo na poštivanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja**:

" Podnositeljica zahtjeva je nadalje prigovarala da je **povrijeđeno njeno pravo na poštivanje njenog privatnog i obiteljskog života jer su domaći sudovi bili neučinkoviti u odlučivanju o njenom tužbenom zahtjevu za utvrđenje očinstva**,

[126] P.Klarić, o.c., bilj.br. 105., str.178.
[127] P.Cendon, o.c., str. 655. – 884.
[128] Ako se uzme u obzir ZOO/91

te su je ostavili u neizvjesnosti u pogledu njenog osobnog identiteta. Ona se pozivala na članak **8. Konvencije** koji glasi: 1) **Svatko ima pravo na poštivanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja**; 2) Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Sud mora odrediti spada li pravo koje traži podnositeljica zahtjeva **u domašaj pojma "poštivanje privatnog i obiteljskog života" utvrđenog u članku 8. Konvencije**. Što se tiče **postupka za utvrđenje očinstva, Sud je u brojnim prigodama smatrao da takvi postupci spadaju u domašaj članka 8.** (vidi, na primjer presudu u predmetu Rasmussen v. Denmark od 28. studenoga 1984., Serija A br. 87, str. 13, stavak 33. i presudu u predmetu Keegan v. Ireland od 26. svibnja 1994., Serija A br. 290, str. 18, stavak 45.).

U vezi s time, **Sud smatra kako pojam "obiteljskog života" iz članku 8. nije isključivo ograničen na odnose koji se temelje na braku, već može obuhvatiti i druge de facto "obiteljske veze" kad je u dovoljnoj mjeri prisutna stalnost** (vidi, na primjer, presudu u predmetu Kroon and Others v. the Netherlands od 27. listopada 1994., Serija A br. 297-C, str. 55-56, stavak 30.).

Ovaj se predmet razlikuje od naprijed spomenutih predmeta za utvrđenje očinstva u tome što nije uspostavljena nikakva obiteljska veza između podnositeljice zahtjeva i njenog navodnog oca. Sud, međutim, ponavlja **da članak 8. sa svoje strane ne štiti samo "obiteljski", već i "privatni" život**.

Prema mišljenju Suda, **privatni život podrazumijeva tjelesni i psihički integritet osobe, te ponekad može obuhvatiti vidove tjelesnog i društvenog identiteta pojedinca. Poštivanje "privatnog života" mora također u određenoj mjeri obuhvatiti pravo na uspostavljanje odnosa s drugim ljudskim bićima** (vidi, mutatis mutandis, presudu u predmetu Niemietz v. Germany od 16. prosinca 1992., Serija A br. 251-B, str. 33, stavak 29.). Osim toga, čini se da **nema načelnog razloga zbog kojeg bi pojam "privatni život" trebalo tumačiti kao da isključuje odlučivanje o pravnom odnosu između izvanbračnog djeteta i njenog biološkog oca**.

Sud smatra da **poštivanje privatnog života zahtijeva da svatko bude u mogućnosti utvrditi pojedinosti o svom identitetu kao pojedinačnom ljudskom biću, te da je pravo pojedinca na takve informacije važno zbog svojih formativnih implikacija za njegovu ili njenu osobnost** (vidi presudu u predmetu Gaskin v. the United Kingdom od 7. srpnja 1989., Serija A br. 159, str. 16., stavak 39). U ovom predmetu podnositeljica zahtjeva je izvanbračno dijete koje u sudskom postupku nastoji utvrditi tko je njezin biološki otac. Postupak za utvrđenje očinstva kojeg je ona pokrenula ima za cilj odrediti njen pravni odnos s H.P.-om kroz utvrđivanje biološke istine. Dakle, **postoji izravna veza između utvrđivanja očinstva i privatnog života podnositeljice zahtjeva. Činjenično stanje predmeta, stoga, spada u domašaj članka 8.Konvencije.**

Podnositeljica zahtjeva zapravo nije tvrdila da bi se država trebala suzdržati od djelovanja, već da bi trebala poduzeti korake radi osiguravanja odgovarajućih mjera, u kontekstu spora za utvrđenje očinstva, kako bi se učinkovito riješila njena neizvjesnost u pogledu njenog osobnog identiteta. Dakle, podnositeljica zahtjeva je, u

biti, prigovarala ne zbog djelovanja, već zbog nedjelovanja države.Sud ponavlja **da članak 8**., iako je njegova bitna namjera pojedinca zaštititi od arbitrarnog uplitanja od strane javnih vlasti, **nije tu samo kako bi prisilio državu da se suzdrži od takvog uplitanja: osim ove negativne obveze, mogu postojati i pozitivne obveze inherentne djelotvornom poštivanju prava na privatni i obiteljski život**. Te obveze **mogu podrazumijevati usvajanje mjera namijenjenih osiguravanju poštivanja privatnog života čak i u sferi odnosa između pojedinaca** (vidi presudu u predmetu X. and Y. v. the Netherlands od 26. ožujka 1985., Serija A br. 91, str. 11, stavak 23. i presudu u predmetu Botta v. Italy od 24. veljače 1998., Reports 1998-I, str. 422, stavak 33.). Međutim, granice između pozitivnih i negativnih obveza države na temelju članka 8. nije lako precizno definirati. No, primjenjiva načela ipak su slična. Pri utvrđivanju postoji li takva obveza ili ne postoji, potrebno je uzeti u obzir pravičnu ravnotežu koju treba uspostaviti između općih interesa i interesa pojedinca, a u oba konteksta država uživa određenu slobodu procjene (vidi, na primjer, presudu u predmetu Keegan v. Ireland od 26. svibnja 1994., Serija A. br. 290, str. 19, stavak 49., te predmet M.B. v. the United Kingdom, zahtjev br. 22920/93, Odluka Komisije od 6. travnja 1994., Decisions and Reports [DC], 77-A, str. 116)."[129]

Iz navedenog vidimo da su prava osobnosti **već u hrvatskom zakonodavstvu**, ali ista, čini nam se da, "kroz" ZOO ulaze u hrvatsko zakonodavstvo, možda ipak malo previše "na mala vrata", što će sigurno izazvati u praksi dosta rasprava, ali je bolji i takav početak, nego nikakav početak.

Za sve one "nadobudne", ipak, treba navesti da sve dok se ne utvrdi da li je određeni štetni događaj takav da ga se može ocijeniti povredom prava osobnosti, ista je samo teoretskog karaktera.

Ovaj skromni i sažeti doprinos autora "oživljavanju" prava osobnosti u hrvatskom zakonodavstvu završili bi sa jednim citatom iz područja suvremene filozofije, na temu **prava na privatnost**[130]:

"Zahtjev da individualna privatnost bude poštovana postaje u naše vrijeme sve više uobičajen i ustrajan. To vjerojatno reflektira ubrzanorastuću potrebu za privatnosti koja proizlazi iz konvergirajućih, ekoloških, tehnoloških i društvenih promjena. Eksplozija je stanovništva, zajedno s modernom urbanizacijom, otežala pojedincu da pobjegne, fizički i psihološki, od gomila koje ga okružuju. Sve veća odanost političkom individualizmu i moralnoj autonomiji uzrokovala je da pojedinac sve intenzivnije pravnu regulaciju i društveno uplitanje uzima kao zlo i odbija ih Sustav je odgovorio na te promjene stavljajući sve veći naglasak na pravo na privatnost koje je zakonski i moralno utemeljeno u ljudskim pravima."[131]

[129] ECHR, M.L.Mikulić Vs. Republika Hrvatska, br.53176/99, od 7. veljače 2002.
[130] koja ujedno predstavlja i radni naslov budućeg autorovog rada
[131] C.Wellman, "NOVA KONCEPCIJA LJUDSKIH PRAVA", u knjizi M.Matulović, "LJUDSKA PRAVA", biblioteka Dometi, Rijeka, 1992., str.57.

Berislav Matijević, LLB
Insurance company „CROATIA OSIGURANJE“
Branch office RIJEKA

THE RIGHTS OF PERSONALITIES IN CROATIAN LAW

Summary

The Law on obligatory relations of the Republic of Croatia from 2005 refines a Croatian legislation with a new (but not unknown to us) concept of protection of subjective rights. It is about the rights of personality, as a "legal part" that in the right place put the non property rights protection. As one of the characteristics of personality, in this place can be stated facts, that it is not so much the result of legislative (normative) activities, as are the part of development, ethical, moral, philosophical, legal practices and other activities dealing with man and law - human rights, as a highest values today. Just because the times of their development, it often was denied (not to say abused), but the persistence of those who saw in them the progress of mankind still taught.

Key words: the right of personality, personality, subjective rights, the Law on obligatory relations, non property rights.

Dr Monika Milošević,
naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd

JAVNI BELEŽNIK – ZAKONSKA REŠENJA HRVATSKE, CRNE GORE I REPUBLIKE SRPSKE

Apstrakt

Institut javnog beležnika-notara ima dugu pravnu tradiciju. U Kraljevini Jugoslaviji, ovaj institut uveden je 1930. godine Zakonom o javnim beležnicima i ukinut 1944. godine. Krajem XX i početkom XXI veka sve bivše jugoslovenske republike i Republika Srpska, uvele su institute javnog beležnika-notara u svoj pravni sistem.

Budući da Republika Srbija do juna 2010. treba da dobije Zakon o notarima, autor ovog članka predstavio je zakonska rešenja nekih bivših jugoslovenskih republika (Hrvatske i Crne Gore), kao i Republike Srpske, polazeći od toga da imaju istu pravnu tradiciju i pravno nasleđe.

Ključne reči: Javni beležnik, Notar, Zakon o javnim bilježnicima Republike Hrvatske, Zakon o notarima Republike Crne Gore, Zakon o notarima Republike Srpske.

Uvod

Javni beležnik-notar je lice kome je država priznala posebno ovlašćenje za overu građansko-pravnih dokumenata. Nekada je služba javnog beležništva bila organ uprave, osnovan od strane države. Danas, to je nezavisna i slobodna profesija koju obavljaju privatna lica koja ispunjavaju određene uslove propisane od strane države za obavljanje te delatnosti, i to prijavom na konkurs nadležnog organa i polaganjem predviđenog stručnog ispita.

Delatnost javnih beležnika se sastoji u službenoj overi (notarizaciji):

(1) privatno-pravnih isprava, tj. građansko-pravnih akata poput ugovora, poklona, testamenta, podele imovine, usvajanja, izjava i potvrda,

(2) javno-pravnih isprava, tj. pravnih činjenica od značaja za građansko-pravne odnose, poput rođenja, smrti, venčanja, razvoda, nasleđivanja, identiteta, stručne spreme i radnog iskustva,

(3) činjenica od značaja za građansko-pravni promet kao što je overa verodostojnosti potpisa i pečata, istovetnost kopije, izvoda, prevoda i sl. sa originalom,

(4) izvršnih dokumenata iz poverilačko-dužničkog odnosa, kao što su ugovori o vraćanju i naplati dugovanja i

(5) obavljanju i drugih pratećih poslova kao što je primanje na čuvanje isprava, novca i predmeta od vrednosti, dokumenata (npr. testamenta) radi predaje drugim licima ili nadležnim organima, sastavljanje dokumenata za overu u ime i za račun klijenta, obavljanje drugih poslova po nalogu suda ili državnih organa u postupcima određenim zakonom, itd.[1]

Iskustvo u svetu pokazuje da javni beležnici doprinose rasterećenju i efikasnosti sudova i organa uprave, bržem odvijanju pravnog prometa i time brzom i sigurnom ostvarivanju i zaštiti prava i interesa fizičkih i pravnih lica.

Na našim prostorima, ova profesija je prvi put uvedena Zakonom o javnim beležnicima (notarima) 1930. godine i ukinuta 1944. godine. Uspostavljanjem novih pravnih sistema krajem XX i početkom XXI veka javni beležnici su uvedeni u Sloveniji, Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Madjarskoj. Javni beležnici rasterećuju sudove od nekih postupaka ili evidencija na koje se nepotrebno troše resursi. Od 1. juna 2010. godine trebalo bi da se i u Republici Srbiji uvede ustanova notara Zakonom o notarima. Notari će overavati spise, sastavljati određena sudska pismena, a biće im poveren i niz vanaparničnih postupaka koje sada obavljaju sudovi.

Ovaj zakon je već uveden u svim bivšim jugoslovenskim republikama i u Republici Srpskoj. Pogledajmo stoga zakonska rešenja Republike Hrvatske, Republike Crne Gore i Republike Srpske.

Republika Hrvatska

U Hrvatskoj, javno beležnička služba sastoji se u službenom sastavljanju i izdavanju javnih isprava o pravnim poslovima, izjavama i činjenicama na kojima se utemeljuju prava, u službenom overavanju privatnih isprava, u primanju na čuvanje isprava, novca i predmeta od vrednosti u cilju njihove predaje drugim licima ili nadležnim telima i u obavljanju, po nalogu sudova ili drugih javnih tela, postupaka određenih zakonom. U javnobeležničku službu spada i obavljanje drugih poslova predviđenih Zakonom o javnim bilježnicima. Ovu službu obavljaju javni beležnici kao samostalni i nezavisni nosioci te službe, koji imaju svojstvo lica javnog poverenja. Javni beležnici obavljaju svoju službu kao isključivo zanimanje tokom vremena za koje su postavljeni.[2]

Same javnobeležničke isprave i njihovi otpravci izdati po Zakonu o javnim bilježnicima imaju snagu javnih isprava, ako su pri njihovom sastavljanju i izdavanju ispunjene bitne formalnosti propisane Zakonom o javnim bilježnicima. Javnobeležnički akt može da bude izvršna isprava u slučajevima predviđenim Zakonom o javnim bilježnicima[3]. Javni beležnik je ovlašćen da zastupa stranke u nespornim stvarima pred sudovima i drugim javnim telima, ukoliko su te stvari u

[1] Mr Dragana Radojević, Ko je i šta radi javni beležnik, Lex forum, januar-februar 2005, str. 19-20.
[2] Član 2. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, „Narodne novine“ br. 78/1993, 29/1994, 16/2007.
[3] Član 3., stav 2. i stav 3. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.

neposrednoj vezi s kojom njegovom ispravom i tada ima prava i dužnosti advokata.[4] Javni beležnik ima svoj službeni pečat i žig kojima overava isprave koje sastavlja ili pregleda povodom radnji koje preduzima u obavljanju svoje službe. On može imati štambilje koje će koristiti radi jednostavnijeg pisanja teksta overe. Javni beležnik može imati i grb, koji se može koristiti i na ispravama javnog beležnika. Pečat, žig i grb javnog beležnika odobrava i overava predsednik zakonom određenog suda na području koga se nalazi sedište javnog beležnika.[5] Javni beležnici se udružuju u Hrvatsku javnobeležničku komoru, koja se brine o čuvanju ugleda i časti javnih beležnika i štiti njihova prava i interese, a odlučuje i o njihovim pravima, obavezama i odgovornostima. Nadzor nad radom javnobeležničke službe obavlja ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa i javnobeležnička komora. Javnobeležničke isprave izdate u inostranstvu imaju, uz uslov uzajamnosti, ista pravna dejstva kao i javnobeležničke isprave izdate po Zakonu o javnom beležništvu Republike Hrvatske.[6]

Uslovi koje Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske propisuje za imenovanje javnog beležnika su: posedovanje hrvatskog državljanstva; poslovna sposobnost i opšti zdravstveni uslovi za obavljanje službe u sudu; diploma Pravnog fakulteta završenog u Republici Hrvatskoj, odnosno nostrifikovana diploma ako je Pravni fakultet završen izvan Republike Hrvatske; položen pravosudni i javnobeležnički ispit; najmanje pet godina radnog staža na pravnim poslovima nakon položenog pravosudnog ispita, kao i dostojnost za obavljanje poziva javnog beležnika. Pored ovih uslova, Zakon predviđa i obavezu lica, da, ako bude imenovano za javnog beležnika napusti drugu plaćenu službu odnosno zaposlenje, kao i članstvo u telu pravnog lica koje obavlja neku privrednu delatnost. Poslednji uslov tiče se aktivnog znanja hrvatskog jezika i drugog jezika koji je službeni na području na kome treba obavljati javnobeležničku službu kao i izjave lica da će, ukoliko bude imenovano za javnog beležnika obezbediti opremu i prostorije koji su, prema kriterijumima koje je utvrdilo ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, potrebni i primereni za obavljanje javnobeležničke službe.[7] Javnog beležnika imenuje rešenjem ministar nadležan za poslove pravosuđa, na osnovu sprovedenog konkursa za imenovanje javnih beležnika koje sprovodi javnobeležnička komora na osnovu naloga ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Rešenje ministra nadležnog za poslove pravosuđa je konačno i protiv njega se može pokrenuti upravni spor.[8]

Javnobeležnička mesta određuje ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, na osnovu pribavljenog mišljenja javnobeležničke komore, sudova u Republici Hrvatskoj i nadležnog županijskog tela. Pri tome, vodi se računa o tome da na području svakog zakonom određenog suda bude najmanje jedan javni beležnik. Javni beležnik je dužan da se pre početka rada osigura od odgovornosti za štetu koju bi

[4] Član 4. Stav 1. i stav 2. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[5] Član 6. stav 1., stav 2., stav 3. i stav 4. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[6] Član 9., član 10. i član 11. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[7] Član 13. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[8] Član 14. stav 1. i stav 2. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.

mogao pričiniti trećim licima obavljanjem svoje službene dužnosti. Uslovima osiguranja može se predvideti da štetu od određenog iznosa nadoknađuje direktno javni beležnik, a moguće je i da javnobeležnička komora preuzme osiguranje od odgovornosti svih javnih beležnika u Republici Hrvatskoj, u kom slučaju su javni beležnici dužni da javnobeležničkoj komori plaćaju naknadu za osiguranje od odgovornosti. Ako je javni beležnik namerno ili iz grube nepažnje pričinio trećem licu štetu, osiguravač koji je nadoknadio štetu trećem ima pravo regresa prema javnom beležniku.[9]

Kada je reč o prestanku službe javnog beležnika, prema samom Zakonu, ona prestaje: smrću, navršenjem 70 godina života, pismenom ostavkom, osudom za krivično delo iz koristoljublja i/ili teško i naročito nečasno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, osudom na bezuslovnu kaznu zatvora preko šest meseci, izricanjem zabrane obavljanja javnobeležničke službe, ukoliko bez opravdanog razloga ne započne sa radom dana koji je javnobeležnička komora odredila kao dan početka njegovog rada, odlukom disciplinskog tela o gubitku prava na obavljanje službe i razrešenjem. Javni beležnik može u svako doba zahtevati da bude otpušten iz službe uz uslov da zahtev bude podnesen ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa u pismenom obliku.[10]

Službeno sedište na području za koje je imenovan javnom beležniku određuje ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa na osnovu prethodno pribavljenog mišljenja javnobeležničke komore. U mestu koje mu je određeno kao službeno sedište, javni beležnik mora da ima svoju kancelariju. U većim gradovima javnom beležniku može kao službeno sedište biti dodeljen određeni deo grada. Službeno područje javnog beležnika je područje zakonom određenog suda na kojem on ima svoje sedište osim ako Ministarstvo za pojedini slučaj drugačije ne odredi.

U vezi sa službenim područjem javnog beležnika, treba napomenuti da on sme da sastavlja i overava isprave samo na svom službenom području, osim ako naročito opravdani interesi stranke ne opravdavaju preduzimanje neke radnje izvan tog područja, o čemu je javni beležnik dužan da obavesti javnobeležničku komoru. (izuzetak su radnje preduzete van područja Republike Hrvatske koje nemaju snagu javnobeležničkih radnji).[11]

U skladu sa Zakonom o javnim bilježnicima Republike Hrvatske, javni beležnik nije zastupnik stranke, već njen nepristrani poverenik. Javni beležnik ne sme da bez opravdanih razloga uskrati preduzimanje službenih radnji, ali može da uskrati neke radnje zbog prezauzetosti. On je dužan da uskrati službenu radnju ako je ona nespojiva s njegovom službenom dužnošću, a naročito ako se njegovo učešće zahteva radi postizanja očigledno nedopuštenog ili nepoštenog cilja.[12]

[9] Član 16. stav 1. i član 17. stav 1., stav 5. i stav 11. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[10] Član 19. stav 1. i član 20. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[11] Član 29. i član 30. stav 1., stav2., stav 3. i stav 5. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[12] Član 33. stav 2., stav 3. i član 34. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.

Kada je reč o izuzeću javnog beležnika, Zakon predviđa da se na izuzeće javnog beležnika na odgovarajući način primenjuju pravila o izuzeću sudija u vanparničnom postupku.[13]

Zakon predviđa i pravilo prema kome u slučaju u kome stranka ima pravo na oslobođenje od snošenja troškova postupka po pravilima Zakona o parničnom postupku, ona može zatražiti od suda na području kojega se nalazi sedište javnog beležnika od koga se traži preduzimanje službene radnje, da je oslobodi od dužnosti plaćanja taksi za obavljanje te radnje. Takođe, zakonom određeni sud može osloboditi stranku od plaćanja i nagrade i naknade troškova javnom beležniku, u skladu sa pravilima javnovnobeležničke tarife. U takvom slučaju javni beležnik, ima pravo da traži od države plaćanje nagrade i naknade troškova. O zahtevu za isplatu nagrade i naknade odlučuje zakonom određeni sud, a određena naknada i nagrada isplaćuju se iz sredstava suda.[14]

U pogledu delokruga pravnih poslova za koje je potreban javnobeležnički akt, Zakon o javnim bilježnicima Republike Hrvatske, u članu 53. izričito navodi da je javnobeležnički akt potreban naročito za pravnu valjanost sledećih pravnih poslova:[15] ugovora o raspolaganju imovinom maloletnih lica i lica lišenih poslovne sposobnosti; ugovora o poklonu bez predaje stvari u neposredan posed poklonoprimca; svih pravnih poslova među živima koje lično preduzimaju lica koja su gluva, a koja ne znaju da čitaju ili lica koja su nema, a koja ne znaju da pišu (čime se ne dira u odgovarajuće propise meničnog i čekovnog prava). Izuzetak od ovog pravila su pravni poslovi čija vrednost ne prelazi 50.000,00 kuna.

Hrvatski zakon predviđa da je javnobeležnički akt izvršna isprava i to ako je u njemu utvrđena određena obaveza na činidbu o kojoj se stranke mogu dogovoriti i ako sadrži izjavu dužnika o tome da se na osnovu tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obaveze, neposredno sprovesti prinudno izvršenje (isto dejstvo ima i privatna isprava koju je javni beležnik potvrdio-solemnizirao). Takođe, na osnovu javnobeležničkog akta koji sadrži obavezu da se osnuje, prenese, ograniči ili ukine neko zemljišno-knjižno pravo može se neposredno sprovesti upis u zemljišne knjige ako je dužnik izričito na to pristao u tom aktu. Na osnovu javnobeležničkog akta, na osnovu koga je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka na određenoj nepokretnosti, može se neposredno tražiti izvršenje na toj nepokretnosti radi naplate osiguranog potraživanja, nakon njegove dospelosti, ako je dužnik na to u tom aktu izričito pristao. Ako obaveza zavisi od uslova ili roka koji nije određen kalendarski, za izvršnost javnobeležničkog akta (ukoliko se stranke u tom javnobeležničkom aktu nisu drugačije dogovorile), potrebno je da se javnom ispravom ili ispravom na kojoj je overen potpis poverioca, odnosno, ako to nije moguće, pravnosnažnom presudom donesenom u parničnom postupku utvrdi da je nastupio uslov ili da je protekao rok. U

[13] Član 36. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[14] Član 41. stav 1. i stav 2. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[15] Ovime se dira u odredbe Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske ili odredbe drugog zakona po kojima je za valjanost pravnog posla potrebno da ispravu o njima sastavi sud ili javni beležnik.

slučaju da je neki od navedenih javnobeležničkih akata sastavljen na osnovu punomoćja ili ovlašćenja koji nisu javne isprave, onda takvo punomoćje odnosno ovlašćenje mora biti sudski ili javnobeležnički overeno i priloženo u izvorniku ili overenom prepisu.[16] Zakon u članu 56. stav 1. izričito navodi da se osim zakonom određenih i svi drugi ugovori mogu pred javnim beležnikom sastaviti u obliku javnobeležničkog akta.

Kada je reč o postupku sastavljanja javnobeležničkih akata, Zakon navodi da pri sastavljanju javnobeležničkog akta javni beležnik mora, ako je to moguće, da ispita da li su stranke sposobne i ovlašćene za preduzimanje i sklapanje posla, da objasni strankama smisao i posledice posla i da se uveri se o njihovoj pravoj i ozbiljnoj volji. Javni beležnik će zatim, izjave učesnika potpuno jasno i određeno sastaviti pismeno i onda sam pročitati strankama i uveriti se neposrednim pitanjima da li sadržaj javnobeležničkog akta odgovara volji stranaka.Prilozi će se pročitati samo na zahtev stranaka, što se utvrđuje i u samom javnobeležničkom aktu.

Treba napomenuti da i u slučaju da i pravni poslovi koji nisu navedeni u članu 53. Zakona o javnim bilježnicima Republike Hrvatske, kao pravni poslovi za koje je potreban javnobeležnički akt, svi ili pojedini učesnici u pravnom poslu, mogu da isprave o pravnom poslu potvrde kod javnog beležnika. Za zasnivanje obezbeđenja potraživanja utvrđenog zakonom, dovoljno je da privatnu ispravu potvrdi dužnik. Potvrđena isprava ima snagu javnobeležničkog akta, a pod uslovima predviđenim Zakonom o javnim bilježnicima i snagu izvršnog javnobeležničkog akta.[17]

U pogledu sadržaja javnobeležničkog akta, Zakon u članu 69. propisuje da javnobeležnički akt mora da sadrži: podatke o javnim beležnicima koji učestvuju u sastavljanju akta (prezime i ime, njihovo javnobeležničko svojstvo i sedište); podatke o učesnicima (o fizičkim licima-lično i rođeno ime, adresu prebivališta, datum rođenja, a o pravnim licima-matični broj subjekta iz sudskog registra ili broj drugog registra i sedište); oznaku načina na koji je utvrđena istovetnost učesnika[18]; tekst pravnog posla s oznakom eventualnih punomoćja i priloga; napomenu da je javnobeležnički akt učesnicima pročitan ili da su održane one formalnosti koje po Zakonu zamenjuju čitanje akta[19]; dan, mesec, godinu i mesto, a kada to zakon ili učesnici zahtevaju, i čas kada je isprava sastavljena; potpis javnog beležnika i učesnika i službeni pečat javnog beležnika koji je sastavio javnobeležnički akt. Ako je javnobeležnički akt kasnije dopunjen, ispravljen ili preinačen drugim javnobeležničkim aktom, to će se zabeležiti na izvorniku javnobeležničkog akta, a ako je izvornik izdat, na njegovom overenom prepisu koji čuva javni beležnik.[20]

Delokrug poslova javnog beležnika obuhvata i overu prepisa (potvrdu da se prepis bilo koje isprave slaže sa njenim izvornikom); overu izvoda iz trgovačkih i poslovnih knjiga; overu prevoda; overu potpisa (legalizaciju); izdavanje potvrde o

[16] Član 54. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[17] Član 59. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[18] Vid. član 60. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[19] Vid. član 66. stav 2., član 67. stav 1. i član 68. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[20] Član 69. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.

vremenu kada je isprava prikazana; izdavanje potvrde da je neko živ; izdavanje potvrde o ovlašćenu za zastupanje; izdavanje potvrde o drugim činjenicama iz registara (o postojanju ili sedištu nekog pravnog lica, o promeni firme, o statusnim promenama ili drugim pravno relevantnim činjenicama ako one proizlaze iz nekog javnog registra).[21]

Javni beležnik može, na zahtev jedne stranke koja time želi postići neko dejstvo, drugoj stranci na označenoj adresi saopštiti usmenu ili pismenu opomenu, otkaz, ponudu i drugu izjavu. Sa saopštenjem se može spojiti i preduzimanje pravne radnje koju javni beležnik po nalogu jedne stranke treba da izvrši prema drugoj, npr. ponudu plaćanja, predaje ili preuzimanja neke isprave ili drugih stvari. O ovom zahtevu stranke, javni beležnik će sastaviti zapisnik.[22]

Javni beležnik takođe može da potvrđuje zaključke skupštine i sednice drugih tela, kao i da potvrdi i druge činjenice pored onih navedenih u Zakonu, koje su se pred njim dogodile, kao na primer, rasprave o ponudama, javna prodaja, itd.[23]

Zakon propisuje i da je javni beležnik dužan da preuzme na čuvanje isprave svih vrsta. On je ovlašćen da odbije da preuzme na čuvanje neku ispravu ako za to postoje opravdani razlozi. O preuzimanju isprava sastavlja se zapisnik. Javni beležnik može da preuzme na čuvanje gotov novac, menice, čekove, javne obveznice i druge hartije od vrednosti i dragocenosti, a dužan je da ih preuzme samo kad su mu povodom sastavljanja javnobeležničkog akta predati zato da bi ih predao određenom licu ili da bi ih položio kod određene vlasti. Ako javni beležnik ne može da izvrši naloženu predaju u određenom roku, dužan je da, po proteku tog roka, a ako rok nije određen, najkasnije u roku od petnaest dana od dana preuzimanja, bez odlaganja vrati stranci preuzete vrednosti ili, ako to nije moguće, da ih preda sudu na čuvanje i o tome obavesti predavaoca preporučenim pismom.[24] Prema članu 113. stav 1. Zakona o javnim bilježnicima Republike Hrvatske depozit kod javnog beležnika ima dejstvo sudskog depozita.

Sud ili druga vlast mogu javnom beležniku poveriti i obavljanje: popisa i pečaćenja ostavinske imovine i stečajne mase; procene i javne prodaje pokretnih stvari i nepokretnosti u vanparničnom postupku, posebno dobrovoljnih prodaja; sprovođenje rasprave o deobi prodajne cene u izvršnom postupku; sastavljanje i proveru računa koje su položili staratelji ili upravnici većih imovina i sve poslove koji im se po posebnim zakonskim propisima mogu poveriti.[25]

Najzad, treba napomenuti da javni beležnici imaju pravo na nagradu za rad i na naknadu troškova u obavljanju službenih radnji iz svoga delokruga u skladu s javnobeležničkom tarifom koju donosi javnobeležnička komora u saglasnosti sa ministarstvom nadležnim za poslove pravosuđa.[26].

---

[21] Vid. članovi 74-81. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[22] Član 83. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[23] Član 89. i član 90. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske
[24] Član 109., član 110. i član 112. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[25] Član 157. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.
[26] Član 161. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske.

Republika Crna Gora

Zakon o notarima Republike Crne Gore propisuje da notar vrši notarsku službu kao javnu službu, profesionalno i kao isključivo zanimanje, i da predstavlja lice koje uživa javno poverenje.[27]

U Crnoj Gori, notar je ovlašćen da: sastavlja notarske akte, prima u depozit isprave, novac, hartije od vrednosti i druge predmete, po nalogu suda vrši poslove poverene Zakonom o notarima, kao i da obavlja druge poslove poverene posebnim zakonom. U pogledu samih akata notara, Zakon propisuje da su to akti o pravnim poslovima, izjavama volje i činjenicama koje u okviru svoje nadležnosti sastavlja notar (notarski zapis), zapisnici o pravnim radnjama i činjenicama kojima prisustvuje notar (notarski zapisnik), potvrde o činjenicama koje potvrđuje notar (notarska potvrda) kao i overe prepisa, potpisa i drugih podataka (notarska overa). Notarski akt predstavlja javnu ispravu, ako su prilikom njegovog sastavljanja ispoštovani bitni elementi forme propisane Zakonom. Notarski akt predstavlja verodostojnu, odnosno izvršnu ispravu u slučajevima predviđenim Zakonom.[28]

U Crnoj Gori sud može notaru poveriti popis i procenu zaostavštine; čuvanje ostavinskih isprava, novca, hartija od vrednosti ili dragocenosti kao i druge poslove određene posebnim zakonima. Notar je takođe ovlašćen, u slučajevima propisanim Zakonom, da na zahtev stranke sastavlja i druge akte. Ti akti imaju svojstvo javne isprave ako su prilikom njihovog sastavljanja ispoštovani bitni elementi forme propisane Zakonom o notarima. I strani notarski akt ima, pod uslovom uzajamnosti, isto pravno dejstvo kao i domaći notarski akt.[29] Notar vrši poslove na svom službenom području, koje obuhvata područje osnovnog suda u kome se nalazi sedište notara. Notarske zapise o pravnim poslovima na osnovu kojih se vrši prenos prava svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnostima, kao i zasnivanje i realizacija založnog prava na nepokretnostima, sastavlja notar na čijem se službenom području nepokretnost nalazi. Moguće je i da sud poveri vršenje notarskih poslova samo notaru koji ima sedište na teritoriji za koju je osnovan taj sud, a u slučaju da ima više notara poslovi se poveravaju prema vremenu davanja naloga suda, poštujući abecedni red ličnog imena notara.[30] Za imenovanje notara ministrastvo raspisuje i sprovodi konkurs, a notara imenuje ministar nadležan za poslove pravosuđa, po pribavljenom mišljenju Komore.[31] Odluka ministra je konačna i protiv nje se može pokrenuti

[27] Član 2. Zakona o notarima Republike Crne Gore, „Službeni list RCG“, br. 68/05 i „Službeni list CG“, br. 49/08.
[28] Član 4. i član 5. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[29] Član 6., član 7. i član 8. stav 1. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[30] Član 9. stav 1., stav 2. i stav 3. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[31] U skladu sa članom 105. stav 1. i stav 2. Zakona o notarima Republike Crne Gore, komora je obavezna i profesionalna organizacija notara koji imaju sedište na teritoriji Republike Crne Gore i ima svojstvo pravnog lica.

upravni spor[32] Zakon propisuje da je nespojivo vršenje poslova notara sa advokaturom, kao i sa profesionalnim vršenjem druge delatnosti.[33]

U pogledu uslova koje lice koje želi da bude imenovano za notara treba da ispuni, Zakon u članu 12. propisuje: državljanstvo Republike Crne Gore, opštu zdravstvenu i poslovnu sposobnost, diplomu Pravnog fakulteta, položen pravosudni i notarski ispit; najmanje pet godina radnog iskustva u pravnoj struci, a od toga najmanje tri godine radnog iskustva od položenog pravosudnog ispita, neosuđivanost za delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje poslova notara i posedovanje odgovarajuće kancelarije.

Notar ima pečat i štambilj. On je dužan da naknadi štetu koju je prouzrokovao vršenjem notarskih poslova. Za ovu štetu notar odgovara prema opštim pravilima o odgovornosti preduzetnika za naknadu štete. Pre početka vršenja poslova, notar je dužan da sa osiguravajućim društvom zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti za štetu pričinjenu pri vršenjunotarskih poslova, kao i o osiguranju prostorija i predmeta primljenih u depozit za slučaj oštećenja, uništenja ili nestanka. Postoji mogućnost da Komora sa osiguravajućim društvom za svoje članove zaključi kolektivni ugovor o osiguranju u kom slučaju su notari dužni da plaćaju Komori naknadu za osiguranje od odgovornosti. Republika Crna Gora ne odgovara za štetu koju je pričinio notar.[34] Zakon u članu 19. propisuje obavezu notara da se upiše u imenik notara koji vodi Komora.

Za prestanak vršenja notarskih poslova, crnogorski Zakon propisuje da notar prestaje sa vršenjem notarskih poslova: ispunjavanjem uslova za starosnu penziju, pisanom ostavkom, pravnosnažnom osudom na bezuslovnu kaznu zatvora u trajanju dužem od šest meseci, ako bez opravdanog razloga ne započne sa vršenjem poslova u roku od 15 dana od dana koji je Komora odredila za početak njegovog poslovanja, izricanjem disciplinske mere oduzimanja prava na vršenje poslova notara, razrešenjem, a moguće je i da notar u pismenoj formi obavesti ministra da želi da prestane da vrši notarske poslove.[35]

Crnogorski zakon u članovima 27., 28. i 29. propisuje u kojim slučajevima notar može da odbije da preduzme službenu radnju, koji su uslovi za izuzeće notara i obavezu notara da upozori stranku na manjkavost pravnog posla. Tako, notar je ovlašćen da odbije preduzimanje radnje: koja je prema zakonu nedopuštena; za koju smatra da je stranka preduzima prividno, da bi izbegla zakonske obaveze ili protivpravno oštetila treće lice; ako stranka ne može punovažno da zaključuje pravne poslove zbog maloletstva ili nekog drugog zakonskog razloga. U slučaju da notar odbije da sačini akt ili preduzme radnju, stranka ima pravo da podnese pritužbu Komori.

Notar ima pravo da odbije da preduzme službenu radnju: ako je sam stranka, zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke, ako je sa strankom u odnosu

[32] Član 14. stav 1. i član 15. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[33] Član 13. stav 1. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[34] Član 17. stav 1. i član 18. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[35] Član 21. i član 22. stav 1. Zakona o notarima Republike Crne Gore.

saovlašćenika, saobveznika ili regresnog obveznika ili ako je u istom predmetu saslušan kao svedok ili veštak, ako mu je stranka ili zakonski zastupnik stranke ili punomoćnik stranke srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena ili mu je bračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stepena bez obzira na to da li je brak prestao i ako je staratelj, usvojilac ili usvojenik stranke, njenog zakonskog zastupnika ili punomoćnika. Ako postoji neki od navedenih razloga za izuzeće ili druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost, notar je dužan da o tome obavesti Komoru koja će odlučiti o njegovom izuzeću. Ako je postojao razlog za izuzeće notara notarski akt nema svojstvo javne isprave.

U pogledu pravnih poslova koji moraju da budu sačinjeni u formi notarskog zapisa, Zakon navodi sledeće akte: bračne ugovore i ugovore o imovinskim odnosima između bračnih drugova i lica koja žive u vanbračnoj zajednici, ugovore o raspolaganju imovinom maloletnih lica i lica koja nemaju poslovnu sposobnost čiji su predmet nepokretnosti ili vrednije pokretne stvari i prava, ugovore o raspodeli i ustupanju imovine za života, ugovore o doživotnom izdržavanju i nasledničke izjave, obećanja poklona i ugovore o poklonima u slučaju smrti, ugovore o kupovini sa zadržavanjem prava svojine, pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima. Ako neki od navedenih pravnih poslova nije sačinjen u formi notarskog zapisa, on ne proizvodi pravno dejstvo.[36] Zakon predviđa i mogućnost da učesnici pravnog posla potvrde privatnu ispravu o tom poslu kod notara, ako je ta isprava u saglasnosti sa odredbama Zakona o formi notarskog akta i sadržini notarskog zapisa.[37] Notar takođe može, prema kazivanju zaveštaoca, da sastavi zapis o testamentu po pravilima koja važe za sudski testament i tako sačinjeni akt ima svojstvo sudskog testamenta. Notarski zapis predstavlja izvršnu ispravu ako je sačinjen u propisanoj formi i ako je sastavljen o nekom pravnom poslu koji za predmet ima plaćanje određene sume novca ili davanje određene količine zamenljivih stvari ili hartija od vrednosti i ukoliko je dužnik u notarskom zapisu pristao na izvršenje bez odlaganja. Pored toga, na osnovu notarskog zapisa na osnovu koga je u katastru nepokretnosti upisana hipoteka na određenoj nepokretnosti, može se, radi plaćanja obezbeđenog potraživanja, neposredno nakon dospelosti, zahtevati izvršenje na toj nepokretnosti, uz uslov da je dužnik u izvorniku na to izričito pristao. Izvršenje notarskog zapisa može da se pobija po odredbama zakona koji uređuje izvršni postupak.[38]

Notar je ovlašćen da u formi notarskog zapisnika potvrdi nastupanje činjenica od kojih zavisi punovažnost pravnog posla i ispunjenje obaveza koje iz njega proističu, i to: da sastavi zapisnik o popisu i proceni zaostavštine, uz obavezno učešće veštaka, da zaključi poravnanje pre pokretanja parničnog, vanparničnog i upravnog postupka, u skladu sa zakonom, sa dejstvom sudskog poravnanja, odnosno poravnanja zaključenog pred upravnim organom, da zasnuje založno pravo na nepokretnim ili pokretnim stvarima, u skladu sa zakonom, da primi na zapisnik izjavu

[36] Član 52. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[37] Član 51a Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[38] Član 53. i član 54. stav 1. Zakona o notarima Republike Crne Gore.

poverioca o produženju roka za izvršenje obaveze dužnika utvrđene u izvršnoj ispravi, da primi na zapisnik izjave svedoka o tome da je nastupio uslov određen poravnanjem od koga zavisi nastupanje izvršnosti tog poravnanja, da primi na zapisnik izjavu o podizanju protesta, menice i čeka, u skladu sa zakonom, da sastavi zapisnik o poveravanju na čuvanje svojeručnog testamenta, pisanog testamenta pred svedocima i sudskog testamenta sa dejstvom poveravanja testamenta na čuvanje sudu, da sastavi zapisnik o održavanju sednice skupštine ili drugog organa upravljanja, privrednog društva ili drugog pravnog lica sa overom odluka sa sednice, kao i da primi na zapisnik druge izjave ili utvrdi druge činjenice određene zakonom.[39]

U delokrug poslova notara u Crnoj Gori, spada i izdavanje potvrde o tome da je notarski akt sastavljen, odnosno da je predat na čuvanje, kao i potvrde o naplaćenim troškovima, izdavanje potvrde o tome da je notaru ili, u njegovom prisustvu,trećem licu podnesena na uvid isprava koja se po zakonu mora podneti na uvid, izdavanje potvrde da je određeno lice u životu, izdavanje potvrde o ovlašćenju za zastupanje i drugim činjenicama iz registra, overa prepisa, overa potpisa stranke, overa potpisa zastupnika pravnog lica, overa izvoda iz poslovnih knjiga, kao i overa prevoda.[40]

Pored navedenog, notar je dužan da preuzme na čuvanje sve vrste isprava, kao i novac, hartije od vrednosti i druge isprave koje se mogu unovčiti, plemenite metale i druge dragocenosti. Novac, hartije od vrednosti i druge dragocenosti, međutim, notar je dužan da preuzme na čuvanje samo na osnovu odluke suda ili drugog organa ili samo ako su mu predate povodom sastavljanja notarskog akta da bi ih preneo na drugo lice ili da bi ih dao na čuvanje kod određenog državnog organa. U slučaju u kome je zakonom određeno da dužnik kod suda može položiti stvar koju duguje, notar je dužan da preuzme na čuvanje i druge predmete. Preuzete stvari notar, bez odlaganja, treba da uruči licu kome su namenjene. Depozit kod notara ima isto pravno dejstvo kao sudski depozit.[41]

Notar disciplinski odgovora za povrede službene dužnosti koje učini svojom krivicom, ali samo za radnje utvrđene ovim zakonom i statutom Komore.Odgovornost za krivično delo i prekršaje ne isključuje disciplinsku odgvornost notara. Nadzor nad zakonitošću obavljanja poslova notara vrši ministarstvo, a neposredni nadzor nad poslovanjem notara vrši Komora.[42]

Crnogorski zakon u članu 127. stav 1. propisuje pravo notara na nagradu za svoj rad i naknadu troškova u vezi sa obavljanjem poslova.

Republika Srpska

Zakon o notarima Republike Srpske uređuje službu notara kao javnu služba koju obavljaju notari, koji su samostalni i nezavisni nosioci te službe. Njihov zadatak

[39] Član 56. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[40] Vid. članove 60-66. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[41] Vid. članove 67-71. Zakona o notarima Republike Crne Gore.
[42] Član 112. stav 1. i stav 2., član 124. stav 1. i član 126. stav 1. Zakona o notarima Republike Crne Gore.

je da vrše obradu, overavanje i potvrđivanje javnih isprava, kao i vršenje drugih poslova u skladu sa Zakonom.[43]

U pogledu dokazne snage notarskih isprava (a tu spadaju notarski obrađene isprave, notarske overe i notarske potvrde), Zakon propisuje da notarske isprave imaju snagu javnih isprava i važe na teritoriji cele Republike Srpske, kod svih organa vlasti, pravnih lica i drugih institucija nezavisno od toga od kojeg su notara na teritoriji Bosne i Hercegovine izdate. Notarski obrađene isprave, koje je notar sačinio u granicama svojih službenih ovlašćenja u propisanoj formi, imaju punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom.[44]

Zakon o notarima Republike Srpske posebno obrađuje pitanje notarskog ispita: uslove za pristupanje notarskom ispitu, pohađanje pripremnog seminara, komisiju za polaganje notarskog ispita, pismeni ispit, ocenjivanje pismenih radnji, usmeni ispit, postupak na usmenom delu ispita, ocenjivanje uspeha na usmenom delu ispita i zaključna ocena, uslove za polaganje notarskog ispita članova komisije, izostanak sa ispita, prekid ispita, ponavljanje ispita, uverenje o položenom ispitu, kao i evidenciju o ispitima.[45] U pogledu uslova za obavljanje službe notara Zakon u članu 20. propisuje sledeće uslove: državljanstvo Bosne i Hercegovine, poslovna sposobnost i opšti zdravstveni uslovi, diploma Pravnog fakulteta stečena u Bosni i Hercegovini ili pre 06.04.1992. godine na Pravnom fakultetu u bivšoj Jugoslaviji, odnosno nostrifikovana diploma Pravnog fakulteta stečena u nekoj drugoj državi, položen pravosudni ispit u Bosni i Hercegovini ili pre 06.04.1992. godine na Pravnom fakultetu u bivšoj Jugoslaviji, odnosno priznavanjem pravosudnog ispita položenog u drugoj državi od strane ministarstva, neosuđivanost na kaznu zatvora za krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava, protiv službene ili druge dužnosti ili za drugo krivično delo izvršeno sa umišljajem koje u vreme imenovanja još nije brisano iz kaznene evidencije koju vodi nadležni organ, položen notarski ispit, kao i uslov da nije smenjen sa dužnosti od strane nadležnih organa zbog zloupotrebe službenog položaja i ovlašćenja ili nesavesnog rada u službi.

Kada je reč o službenom sedištu notara u Republici Srpskoj, Vlada na predlog ministra, određuje broj potrebnih notara za područje Republike Srpske, kao i njihovo službeno sedište, a na osnovu prethodno pribavljenog mišljenja Notarske komore.[46] Konkurs za izbor notara organizuje i sprovodi ministarstvo.[47]

Zakon u članu 25. propisuje razloge za prestanak službe notara. Ona prestaje: smrću, navršenjem 65 godina života, pismenim otkazom notara (danom donošenja konačnog rešenja o prestanku službe), osudom za krivično delo protiv čovečnosti i međunarodnog prava, protiv službene ili druge dužnosti ili za drugo krivično delo izvršeno s umišljajem, izricanjem zabrane daljeg obavljanja službe notara (danom

[43] Član 2. stav 1. i stav 2. Zakona o notarima Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/04, 2/05, 74/05, 91/06 i 37/07.
[44] Član 4. stav 2., stav 3. i stav 4. Zakona o notarima Republike Srpske.
[45] Vid. članove 5-19. Zakona o notarima Republike Srpske.
[46] U skladu sa članom 57. stav 1. i stav 2. Zakona o notarima Republike Srpske, svi notari sa teritorije Republike Srpske obavezno se organizuju u Notarsku komoru, koja ima svojstvo pravnog lica.
[47] Član 21. stav 1. i stav 3. i član 22. stav 2. Zakona o notarima Republike Srpske.

pravosnažnosti sudske odluke), ako bez opravdanog razloga ne započne s radom u roku od 60 dana nakon prijema povelje o imenovanju (u tom roku treba i da ministarstvu podnese dokaze da ima opremljenu notarsku kancelariju u svome službenom sedištu, da je pribavio službeni pečat i da je zaključio osiguranje od odgovornosti), odlukom disciplinskog organa o gubitku prava na obavljanje službe notara (danom donošenja konačne odluke disciplinskog organa) i razrešenjem (danom donošenja konačnog rešenja o razrešenju).

Notar je dužan da nadoknadi štetu, koju je drugom prouzrokovao povredom svoje službene dužnosti, kao i da se osigura od odgovornosti za štetu koju bi mogao pričiniti trećim licima obavljanjem svoje službene dužnosti. Moguće je da se u uslovima osiguranja predvidi da štetu do određenog iznosa nadoknađuje notar direktno. Isto tako, Notarska komora može preuzeti osiguranje od odgovornosti svih notara u Republici Srpskoj, s tim što su u tom slučaju notari dužni da Notarskoj komori plaćaju naknadu za utvrđenu visinu osiguranja od odgovornosti.[48]

U delokrug poslova notara spada notarska obrada isprava, izdavanje potvrda, kao i overavanje potpisa, rukoznaka i prepisa.[49] On je takođe ovlašćen i da overava izvode iz trgovačkih i poslovnih knjiga, da potvrđuje vreme kada je neko pismeno pokazano njemu ili trećem licu u prisustvu notara, da izdaje potvrdu o životu nekog lica, da izdaje potvrde o ovlašćenju za zastupanje, da izdaje potvrde o postojanju ili sedištu nekog pravnog lica, o statusnim promenama ili drugim pravno relevantnim činjenicama, ako one proizilaze iz javnog registra, da potvrđuje zaključke skupštine ili sednice nekog drugog organa pravnog lica kao i da potvrđuje činjenice koje su se dogodile u njegovom prisustvu, kao na primer, rasprava o ponudama, licitacije, ili izjave lica o činjenicama i stanjima za koje je notar sam ili uz učešće stručnih lica saznao.[50] Pored toga, sud ili drugi organi vlasti mogu notaru, uz njegovu saglasnost, da povere i vršenje drugih poslova, koji su u saglasnosti sa njegovom delatnošću, a naročito: popis i pečaćenje ostavinske imovine i stečajne mase, procene i javne prodaje (licitacije) pokretnih stvari i nepokretnosti u vanparničnom postupku (posebno dobrovoljne prodaje) i deobu prodajne cene u izvršnom postupku.[51] Zakon takođe predviđa da notaru nije potrebno posebno punomoćje, ako su stranke ugovorom ili u drugoj notarskoj ispravi ovlastile notara da može u ime njih izvršiti određene radnje, npr. zahtev za upis prava svojine i drugih stvarnih prava. Takve radnje će notar izvršiti u granicama ovlašćenja iz notarske isprave.[52] U pogledu pravnih poslova za koje je obavezna notarska obrada isprava Zakon u članu 68. navodi sledeće pravne poslove: pravne poslove o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici, pravne poslove raspolaganja imovinom maloletnih i poslovno nesposobnih lica, pravne poslove kojima se obećava neka činidba kao poklon uz napomenu da se

[48] Član 53. stav 1. i član 54. stav 1., stav 2. i stav 6. Zakona o notarima Republike Srpske.
[49] Član 64. Zakona o notarima Republike Srpske.
[50] Vid. članove 87-96. Zakona o notarima Republike Srpske.
[51] Član 67. Zakona o notarima Republike Srpske.
[52] Član 68a. Zakona o notarima Republike Srpske.

nedostatak notarske forme u ovom slučaju može biti zamenjen izvršenjem obećane činidbe, pravne poslove, čiji je predmet prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima i osnivački akti privrednih društava. Stranke mogu da traže notarsku obradu isprava i za druge pravne poslove, koji nisu navedeni u Zakonu o notarima. Statut kao i sve izmene statuta privrednih društava moraju da budu potvrđeni od stane notara. Utvrđivanje statuta kao i izmena statuta, koji nisu notarski potvrđeni, su ništavi.[53]

Kada je reč o tome da li notarski obrađene isprave imaju snagu izvršnih isprava, Zakon u članu 85. stav 1. i stav 2. propisuje da notarski obrađene isprave jesu izvršne isprave ukoliko su sačinjene u propisanoj formi i ako su sastavljene o nekom pravu potraživanja, koje ima za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamenljivih stvari ili vrednosnih papira, ako je dužnik u ispravi pristao na izvršenje bez odlaganja. Osim toga, na osnovu notarski obrađene isprave kojom je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka ili zemljišni dug na određenoj nepokretnosti, moguće je da se u cilju plaćanja obezbeđenog potraživanja neposredno nakon dospelosti zahteva izvršenje na toj nepokretnosti, ako je dužnik u izvorniku na ovo izričito pristao.

Notar je dužan preuzeti na čuvanje isprave svih vrsta, s tim što je ovlašćen da odbije da preuzme na čuvanje onu ispravu, za koju oceni da postoje opravdani razlozi za takvu odluku. On može da preuzme na čuvanje gotov novac, menice, čekove, javne obveznice i druge hartije od vrednosti, a dužan je da ih preuzme samo onda kad su mu, povodom sastavljanja notarskog izvornika, predati zato da bi ih uručio određenom licu ili da bi ih položio kod određenog organa vlasti. Preuzeti novac i hartije notar je dužan da bez odlaganja preda organu vlasti ili licu kome treba da budu predati.[54] Depozit učinjen kod notara ima dejstvo sudskog depozita.[55]

Zakon predviđa disciplinsku odgovornost notara za povrede službene dužnosti koje učini svojom krivicom.[56]

Zakon o notarima Republike Srpske, prihvata zakonska rešenja Republike Hrvatske i Republike Crne Gore u pogledu nagrade za rad naknade troškova notaru, pa u članu 123. propisuje da notari imaju pravo na nagradu za svoj rad i naknadu troškova u vezi sa obavljenim radom u skladu sa tarifom o naknadama i nagradama, koja se utvrđuje se posebnim zakonom.

Zaključak

Imajući u vidu da bivše jugoslovenske republike i Republika Srpska imaju istu pravnu tradiciju i nasleđe, predstavljena su rešenja dvaju bivših jugoslovenskih republika kao i Republike Srpske, koje kao ni Srbija, još nisu postale članice Evropske Unije. U zemljama članicama Evropske Unije, pa, kao što smo videli, i u

[53] Član 69. stav 1. i stav 2. Zakona o notarima Republike Srpske.
[54] Član 107. stav 1., član 108. stav 1. i član 109. stav 3. Zakona o notarima Republike Srpske.
[55] Član 110. stav 2. Zakona o notarima Republike Srpske.
[56] Član 116. stav 1. Zakona o notarima Republike Srpske.

onima koje to nisu potreba za uvođenjem institucije notara je izražena da bi se izbeglo preveliko opterećenje sudova, koje neminovno dovodi do neažurnosti u radu, a time do sporog ostvarivanja ili neostvarivanja zaštite prava i interesa pravnih subjekata.

Nezavisno od uređenja, nadležnosti i načina rada notara u pojedinim zemljama, pravna priroda ovog instituta je ista-notar je fizičko lice od javnog poverenja čiji rad, u većoj ili manjoj meri, podleže kontroli države i čije isprave imaju karakter javnih isprava. Iskustva u primeni ovog instituta, u uslovima kada je dobro uređen zakonom, ako su stvoreni mehanizmi kontrole njegovog rada, pokazala su da je njegovo uvođenje doprinelo znatnom rasterećivanju sudova i organa uprave, bržem odvijanju pravnog prometa i time brzom i sigurnom ostvarivanju i zaštiti prava i interesa fizičkih i pravnih lica.

Osim toga, značaj overe od strane javnog beležnika je izuzetno veliki. Overeni dokument je javna isprava od značaja kao dokaz, u tom smislu što overeni dokumenti uživaju pretpostavku tačnosti, zatim izvršni naslov (u sistemima u kojima poverioč ev dokument o dugu postaje izvršan automatski overom od strane notara), dalje, punovažan akt (npr. kada je overa javnog beležnika uslov za punovažnost nekog pravnog akta), i univerzalni akt, s obzirom da dokument overen u jednoj zemlji shodno propisima o javnom beležništva uživa pravnu snagu overenog dokumenta i u drugim zemljama.[57] Ovo poslednje, uz dodatnu formalnost u vidu "apostila" prema Haškoj konvenciji o legalizaciji stranih javnih isprava[58] čime se medju zemljama potpisnicama konvencije olakšava legalizacija i priznavanje stranih javnih isprava.

[57]Mr Dragana Radojević, Ko je i šta radi javni beležnik, Lex forum, januar-februar 2005, str. 19-20.
[58] Ovu konvenciju je ratifikovala vecina evropskih zemalja.

Monika Milošević Ph.D,
research associate, Institute of Comparative Law Beograd

NOTARY – LEGISLATIONS IN CROATIA, MONTENEGRO AND REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Notary is the institute that has a long legal tradition. The first Law on notaries in the Kingdom of Yugoslavia, was enacted in 1930., and abolished in 1944. At the end of 20th, and beginning of the 21st century all former Yugoslav republics and Serbian Republic, have introduced the institute of notary in their legal system. Bearing in mind that the Law on notaries should be enacted in the Republic of Serbia by June 2010., the author of this article has presented legal solutions of some former Yugoslav republics (Croatia and Montenegro), as well as Serbian Republic, considering the fact that they have the same legal tradition and legal heritage.

Key words: Notary, Law on notaries of the Republic of Croatia, Law on notaries of the Republic of Montenegro, Law on notaries of the Serbian Republic.

Dr Jelena Ćeranić
Istraživač saradnik
Institut za uporedno pravo, Beograd

STRATEGIJA REGULATORNE REFORME: HRVATSKA, FEDERACIJA BIH I CRNA GORA

Apstrakt

Rad je posvećen regulatorojj reformi, kao tehnici pojednostavljenja i poboljšanja regulatorne sredine. Nakon uvodnih napomena o značaju regulatornog okruženja za privredni razvoj, u prvom delu rada predstavljen je izveštaj Mandelkernove grupe. Imajući u vidu da efikasnost i transparentnost regulatornog sistema doprinose ostvarenju ekonomskih ciljeva Evropske unije, na Samitu u Lisabonu 2000. godine formirana je Visoka konsultativna grupa za bolju regulativu, poznatija kao Mandelkernova grupa. Ova grupa pripremila je Izveštaj kojim su određeni principi vezano za zajednički metod evaluacije kvaliteta regulative. U drugom delu rada predstavljena su tri konkretna primera implementacije strategije regulatorne reforme u regionu, a to su: Hrvatska, Federacija Bosne i Hercegovine i Crna Gora. Ove tri države trenutno se nalaze u različitim stadijumima sprovođenja strategije regulatorne reforme.

***Ključne reči**: regulatorna reforma, Evropska unija, regulatorno okruženje, dobra regulativa.*

I UVODNA RAZMATRANJA

Efikasna regulativa je jedan od preduslova privrednog razvoja i socijalnog prosperiteta, uopšte. Da bi se obezbedio privredni razvoj jedne države, njen pravni sistem mora biti transparentan, efikasan i garantovati pravnu sigurnost. Dakle, pravni sistem zasnovan na načelima dobre regulatorne prakse predstavlja preduslov privrednog razvoja.

Međunarodne organizacije su, u poslednjih desetak godina, sprovele niz studija čiji rezultati ukazuju da regulatorno okruženje predstavlja jednu od glavnih prepreka za dugoročni i održivi privredni razvoj jedne zemlje. Kao ključni faktori koji negativno utiču na privredno okruženje pojavljuju se visok stepen nekonzistentnosti u primeni propisa i velika diskreciona prava državne uprave prilikom donošenja odluka.[1]

[1] Vid. World Bank „Serbia - Investment Climate Assessment", Washington, D.C.: World Bank (2004), European Commission Directorate General for Enterprise and Industry and the OECD Investment

Sa problemima vezano za regulatorno okruženje susreću se mnoge države u svetu, a naročito tzv. zemlje u tranziciji. Posmatrano kroz prizmu Evropske unije, radi se prevashodno o novijim državama članicama koje su joj pristupile 2004. i 2007. godine, kao i o onima koje još nisu članice Unije, ali su orjentisane put evropskih integracija. Budući da su to uglavnom bivše socijalističke zemlje, pravni i politički sistemi ovih država decenijama su počivali na potpuno drugačijim principima u odnosu na tzv. zemlje zapadne demokratije. Stoga se ove države suočavaju sa dvostrukim izazovom. S jedne strane, one, u cilju sveobuhvatne reforme sistema, moraju da sprovode veoma intenzivnu zakonodavnu aktivnost, a s druge strane, obavezne su da izvrše harmonizaciju njihovog unutrašnjeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Evropske unije *(acquis communautaire)*.

U idealnim uslovima donošenje odluka o opravdanosti usvajanja novih propisa bi trebalo da se zasniva na kvalitetnim podacima i temeljnoj analizi posledica regulatornih promena. Međutim, usled brojnih faktora (npr. pritisak da se pravni sistem jedne zemlje osavremeni za relativno kratko vreme, odsustvo neophodne regulative ili pak prisustvo preterane regulative u određenim oblastima, kao i nesagledavanje alternativnih rešenja i nedostataka administrativnih kapaciteta), postoji rizik da se donošenjem zakona ne ostvare željeni i planirani ciljevi. Dakle, usvajanje novih propisa može imati čitav niz negativnih posledica. U praksi novi propisi ponekad samo stvaraju pravnu nesigurnost, dajući državnim organima prevelika diskreciona prava. Takođe se dešava da ovi propisi ne mogu da se primenjuju usled nedostatka institucija koje bi trebalo da ih sprovode. Događa se i da propisi nisu sprovodivi u smislu da su nekonzistentni sa drugim, postojećim propisima ili da su nejasni i previše kompleksni. U nekim slučajevima, novi propisi stvaraju nepotrebne troškove u privatnom sektoru i na taj način smanjuju konkurentnost privrede. Među negativnim posledicama donošenja novih propisa, trebalo bi pomenuti i to da je moguće da se donošenjem propisa na netransparentan način zapravo obezbeđuju povoljniji uslovi pojedinim interesnim grupama.

Da bi se izbegle pomenute posledice prilikom sprovođenja regulatorne reforme, potrebno je, osim donošenja novih propisa, primenjivati i druge regulatorne instrumente, kao što su: unapređenje analize efekata propisa kao sistema kontrole kvaliteta prilikom njihovog usvajanja i primene, kao i jednokratno i sveobuhvatno stavljanje van snage ili izmena propisa koji su prevaziđeni ili nanose štetu privredi.

Mnoge države u svetu sprovele su sveobuhvatnu regulatornu reformu, koja je rezultirala pojednostavljenjem ili slavljenjem van snage velikog broja propisa.

Compact for South East Europe „Report on the Implementation of the European Charter for Small Enterprises in the Western Balkans" (2007), World Bank „Attracting Investment to South East Europe" Washington, D.C.: World Bank, (2007).

Upravo zahvaljujući sveobuhvatnoj reformi propisa, u pojedinim zemljama, privreda je znatno ojačana, povećana je stopa zaposlenosti, kao i DBP.[2]

Evropska unija, kao specifična organizacija suverenih država članica, postavila je sebi strateški cilj da postane najkonkurentnija i najdinamičnija ekonomija na svetu. Ostvarivanje ovog cilja zavisi, dobrim delom, od poboljšanja sveukupnog evropskog regulatornog okruženja, drugim rečima od unapređenja regulatornog okruženja u okviru samih država članica. Stoga je u okviru Evropske unije formirana jedna grupa, Mandelkernova grupa, čiji je zadatak bio da predloži principe vezano za zajednički metod evaluacije kvaliteta regulative koji će važiti za sve države članice. Imajući u vidu značaj ovih zajedničkih principa, u radu najpre biti predstavljen izveštaj Mandelkernove grupe. Nakon toga biće razmotrena implementacija strategije regulatorne reforme u pojedinim državama u regionu. Reč je o Hrvatskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine i Crnoj Gori.

II IZVEŠTAJ MANDELKERNOVE GRUPE

Budući da ostvarenje ekonomskih ciljeva Evropske unije zavisi dobrim delom i od efikasnog regulatornog okruženja država članica, na Samitu u Lisabonu 2000. godine usvojena je strategija pojednostavljenja i poboljšanja regulatorne sredine. U cilju poboljšanja kvaliteta regulative u državama članicama Unije, formirana je Visoka konsultativna grupa za bolju regulativu, poznatija kao Mandelkernova grupa. Njen zadatak se sastojao u tome da pripremi predlog vezano za zajednički metod evaluacije kvaliteta regulative. U **izveštaju Mandelkernove grupe**[3] od 13. novembra 2001. godine nalaze se preporuke, kako za vlade država članica, tako i za Evropsku komisiju. Posebna pažnja posvećena je principima ili metodama koje se tiču unapređenja regulatornog okvira EU:

1) **Razmatranje relevantnih opcija**- podrazumeva da bi trebalo razmotriti sve relevantne opcije, pre nego što se izabere ona koja najviše odgovara specifičnim okolnostima konkretnog slučaja; predviđeno je da, čak i u slučaju kada se donošenje nove regulative nameće kao najcelishodnije rešenje, ipak moraju biti razmotrene i druge opcije;

2) **Analiza efekata propisa (AEP)**- je metod koji obezbeđuje adekvatan okvir za razmatranje i rešavanje problema; ovu analizu bi trebalo posmatrati isključivo kao sastavni deo vođenja politike, a nikako kao dodatnu birokratiju; inače,

[2] Npr. u Meksiku je, sprovođenjem projekta sveobuhvatne reforme propisa, stavljeno je van snage više od 45% propisa i pojednostavljeno dodatnih 97 propisa, nakon čega su se strana ulaganja povećala, a stopa zaposlenosti porasla. Mađarska je, takođe, sprovela regulatornu reformu, u okviru koje je izmenjeno čak 150 zakona. Rezultati reforme su bili značajno povećanje investicija, DBP-a i zaposlenosti u toj zemlji. Isto tako, Koreja je, služeći se metodologijom tzv. čišćenja propisa, stvorila više od milion novih radnih mesta, itd.

[3] Detaljnije na Internet stranici:
http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf, 20.04.2010.

analiza efekata propisa omogućava da se političke odluke donose na osnovu prethodno prikupljenih dokaza;

3) **Konsultacije**- na osnovu ovog instrumenta obezbeđuje se javnost u procesu donošenja propisa; zahvaljujući konsultacijama sa zainteresovanim stranama poboljšava se kvalitet donošenja odluka i smanjuje mogućnost produžetka procesa, tj. mogućnost da se pri kraju procesa pojave protivurečnosti;

4) **Simplifikacija**- u svim sistemima postoji potreba za pojednostavljenjem pravnog sistema; veoma je važno naglasiti da simplifikacija, ni u kom slučaju, ne znači deregulativa, već predstavlja sistematsku, jasno usmerenu i dugotrajnu aktivnost koja omogućava poboljšanje kvaliteta propisa i njihovo lakše razumevanje;

5) **Pristupačnost regulative**- podrazumeva da, licima na koja se regulativa odnosi, treba omogućiti, s jedne strane, jednostavan pristup datoj regulativi, a s druge strane, mogućnost da je razumeju; jasnoća regulative postiže se putem konsolidacije, što podrazumeva kodifikaciju i izmene postojeće regulative; što se tiče jednostavnijeg pristupa, on se obezbeđuje, pre svega, upotrebom novih tehnologija;

6) **Organizaciona struktura-** da bi se pristupilo poboljšanju regulative, neophodno je formirati odgovarajuće strukture zadužene za sprovođenje strategije za poboljšanje regulatornog okvira; način na koji će se strategija sprovoditi zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, drugim rečima varira od zemlje do zemlje; ipak, preporučljivo je, kada god je to moguće, da se, blizu samog vrha vlade, formira jedinica za regulatornu reformu.

Veliki broj država članica Evropske unije preduzeo je potrebne mere kako bi se pojednostavilo regulatorno okruženje i unapredio rad državne uprave.[4] Inače, u cilju unapređenja kvaliteta regulative uopšte, države članice su se, umesto identifikacije specifičnih problema i predlaganja konkretnih reformskih rešenja za prevazilaženje tih problema, opredelile za tzv. širu viziju reforme, koja podrazumeva usvajanje strategije regulatorne reforme sa nizom instrumenata.

Evropska komisija je, sa svoje strane, pozvala države članice da sprovedu regulatornu reformu, sa ciljem da se administrativni troškovi smanje za 25% do 2012. godine. U saopštenju Evropske komisije od 14. novembra 2006. godine predviđeno je

[4] Slične strategije usvojene su u određenom broju novih država članica Evropske unije. U Poljskoj je Vlada donela trogodišnji Plan regulatorne reforme 19. avgusta 2006. godine, koji je okarakterisan kao prvi strateški program regulatorne reforme u Poljskoj koji sadrži sveobuhvatan pristup vođenju regulatorne politike. U Češkoj je Vlada 2007. godine usvojila Strategiju regulatorne reforme koja se u velikoj meri oslanja na strategiju Bolje regulative Evropske unije. Takođe je, 2005. godine, donela i odluku o smanjenju administrativnih barijera za privredu, koja sadrži akcioni plan i metodologiju merenja administrativnih troškova primenom metoda administrativnih troškova, čiju je primenu razvila Holandija.

da bi uspostavljanje efikasnog i integrisanog sistema bolje regulative trebalo da bude srednjoročni i dugoročni cilj svih zemalja.[5]

Takođe, preporuke OECD-a[6] su da svaka država treba da usvoji na nivou vlade strategiju regulatorne reforme koja postavlja jasne ciljeve i okvire za primenu.[7] OECD smatra da je usvajanje jasne strategije od ključnog značaja u smislu da one države koje imaju eksplicitnu regulatornu strategiju ostvaruju brži održivi razvoj od onih koje je nemaju. Što su potpuniji i konkretniji principi i akcioni plan, i sama reforma je potpunija i efikasnija.[8] OECD u svom Izveštaju iz 1997. godine[9] preporučuje da reforma mora da bude usmerena ka uspostavljanju načela dobre regulative (*better regulation*). [10]

III ISKUSTVA ZEMALJA U REGIONU U OBLASTI REGULATORNE REFORME

Kada je reč o zemljama u regionu, nesporno je da je u svakoj od njih regulatorna reforma bila neophodna. Budući da se uglavnom radi o bivšim zemljama SFRJ, problem prenormiranosti unutrašnjeg zakonodavstva je delom posledica zaostatka propisa iz socijalističkog režima.

U pogledu regulatorne reforme, situacija se razlikuje od države do države, tj. svaka od država u regionu se nalazi u drugačijem stadijumu reforme. Ilustrativno, biće predstavljene tri zemlje, koje su u potpuno različitim fazama vezano za implementaciju strategije regulatorne reforme. To su Hrvatska, Federacija BiH i Crna Gora. I dok je Hrvatska veoma uspešno okončala projekat regulatorne reforme poznatiji kao Hitrorez, u Federaciji Bosne i Hercegovine reforma je u toku, a u Crnoj Gori je tek u početnoj fazi.

[5] European Commission (14.11.2006) COMMUNICATION FROM THE COMMISSION. Economic reforms and competitiveness: key messages from the European Competitiveness Report 2006 COM(2006) 697 final. Brussels.

[6] Međunarodna organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj sa sedištem u Parizu (Francuska).

[7] OECD (1997) OECD Report on Regulatory Reform, Paris.

[8] OECD (2002) Regulatory Policies in OECD Countries: From interventionism to regulatory governance, OECD, Paris

[9] OECD Ministarski izveštaj o regulatornoj reformi, 1997.

[10] Dobra regulativa treba da: bude usmerena ka jasno identifikovanim ciljevima i da bude efikasna u ostvarivanju tih ciljeva; ima zdravu pravnu osnovu; obezbeđuje da koristi opravdavaju troškove, uzimajući u obzir i redistributivne efekte, minimizira troškove i tržišne distorzije; promoviše inovacije putem tržišnih olakšica i ciljno zasnovanih pristupa; bude jasna jednostavna i praktična za korisnike; bude konzistentna sa drugim propisima i politikama; bude što više kompatibilna sa politikama konkurencije i investicionom politikom na domaćem i međunarodnom nivou.

1. Hrvatska

Sveobuhvatnu regulatornu reformu, pod nazivom Hitrorez[11], sprovela je Republika Hrvatska.[12] Značajno je istaći da je, na konferenciji *Capacity is Development* održanoj u martu 2010. godine u Maroku, među stotinama projekata, hrvatska regulatorna reforma izabrana kao jedan od pet najuspešnijih projekata u svetu. Projekat Hitrorez je dobio nagradu Programa Ujedinjenih naroda za razvoj (*UNDP*) kao najbolji svetski primer uspešne prakse na području regulatorne reforme i jačanja institucionalnih kapaciteta.[13] Metodologija Hitroreza ocenjena je kao najmodernija i najprilagodljivija.

Projekat Hitrorez, koji je trajao od kraja septembra 2006. godine do jula 2007. godine, odigrao se u tri faze. U prvoj, tzv. Inventurnoj fazi, sva ministarstva imala su zadatak da sastave opsežni popis propisa iz svoje nadležnosti. Ova prva faza završena je 1. decembra 2006. godine. Druga faza sastojala se iz analize i preispitivanja propisa i dostavljanja preporuka i okončana je 15. januara 2007. godine. Nakon toga, u okviru treće faze, Posebna jedinica za Hitrorez je sastavila popis svih propisa za koje se smatra da su neefikasni ili ih treba menjati i predstavila rezultate svog rada Vladi Republike Hrvatske. Treća faza je završena 26. juna 2007. godine.

U okviru Projekta Hitrorez, a u skladu sa preporukama Mandelkernove grupe, osnovana su dva posebna tela, a to su: Posebna jedinica za Hitrorez i Poslovno savetodavno veće (PSV).

Posebna jedinica za Hitrorez kao radno telo Vlade osnovana je Odlukom Vlade od 28. septembra 2006. godine. Njen zadatak sastojao se u tome da preispita i analizira postojeće propise, predloži pojednostavljenje ili stavljanje van snage nepotrebnih i neefikasnih propisa, i time poboljša regulatorno okruženje, što je jedan od preduslova za razvoj privrede.

Poslovno savetodavno veće osnovano je kao dobrovoljno predstavničko telo poslovnog sektora u Hrvatskoj u cilju pružanja relevantnih i pravovremenih informacija i saveta u postupku sprovođenja reforme.[14] Ovo veće učestvovalo je u fazi analize propisa i razvoja odgovarajućih preporuka i samim tim odigralo ključnu ulogu u okviru regulatorne reforme. PSV delovalo je kao integrisano telo Posebne jedinice za Hitrorez. Činili su ga predstavnici poslovnog sektora aktivni, kroz razne uloge na nacionalnoj, regionalnoj i međunarodnoj sceni, u ključnim granama

---

[11] Detaljnije na internet adresi:
http://www.hitrorez.hr/, 18.04.2010.

[12] Inače, hitrorez je inovativni instrument reforme, koji je korišćen u mnogim državama, među kojima bi svakako trebalo izdvojiti tzv. brzorastuća tržišta OECD-a, kao što su Mađarska, Južna Koreja i Meksiko

[13] Detaljnije na Internet adresi:
http://www.bankamagazine.hr/Naslovnica/Vijesti/Hrvatska/tabid/102/View/Details/ItemID/58425/Default.aspx,
18.04.2010.

[14] Detaljnije o Poslovnom savetodavnom veću na internet stranici:
http://www.hitrorez.hr/posebna_jedinica_za_hitrorez/poslovno_savjetodavno_vijece, 19.04.2010.

privrede. Primarna svrha Poslovnog savetodavnog veća bila je pružanje podrške, promocija i izveštavanje o regulatornoj reformi. Širenjem informacija do svojih članova, PSV je prikupilo valjanu ocenu o primeni propisa vezanih za poslovanje. Rad Hitroreza s Poslovnim savetodavnim većem doprineo je poboljšanju informacija o merama potrebnim za povećanje produktivnosti i konkurentnosti hrvatske privrede.[15]

Što se tiče toka regulatorne reforme u Hrvatskoj, na samom početku sva ministarstva imala su zadatak da sastave opsežni popis propisa iz svoje nadležnosti. Nakon dostavljenih lista, svih 67 tela državne uprave i pravna lica sa javnim ovlašćenjima u Republici Hrvatskoj, koja su bila uključena u projekat, su do 15. januara 2007. godine preispitali propise iz svoje nadležnosti i dostavili preporuke. Proces preispitivanja sastojao se u tome što je svaki propis bio podvrgnut seriji pitanja kao što su: Da li je potreban? Da li je u skladu sa zakonom? Da li je povoljan za poslovanje? Da li je u skladu sa propisima Međunarodne trgovinske organizacije? Da li je u skladu sa standardima EU? Za svaki važeći propis koji se odnosio na privredne aktivnosti, tela državne uprave i pravna lica sa javnim ovlašćenjima dala su jednu od preporuka: *zadržati*, *pojednostaviti* ili *ukinuti*. U ovom procesu preispitiavnja propisa učestvovali su, pored tela državne uprave i pravna lica sa javnim ovlašćenjima, i građani i privredni subjekti. Podršku u oceni propisa oni su dali putem Poslovnog savetodavnog veća.

Nakon završetka procesa analize i preispitivanja važećih propisa u Republici Hrvstakoj, Posebna jedinica za Hitrorez je sastavila popis svih propisa za koje se smatra da su neefikasni ili ih treba menjati i predstavila rezultate svog rada Vladi Republike Hrvatske. Odlukom Vlade i u saradnji s telima državne uprave te preporuke se sprovode i uključuju se u elektronski registar kako bi se poboljšala njihova dostupnost i transparentnost.

Dakle, treća faza završena je u junu 2007. godine. Rezultat projekta predstavljaju preporuke za stavljanje van snage 420 i pojednostavljenje 371 propisa,

[15] Kada je reč o konkretnim zadacima Poslovnog savetodavnog veća, oni se mogu grupisati u četiri grupe. Prva je komuniciranje ciljeva reforme poslovnoj zajednici. PSV i Posebna jedinica za Hitrorez su izradili akcioni plan za komunikaciju sa poslovnom zajednicom. Takav plan sadržao je preporuke za svrsishodan način komunikacije sa članovima PSV putem komunikacijskih kanala i prezentacije Hitroreza predstavnicima PSV i/ili vodećim privrednicima. Drugi zadatak sastojao je u strateškom savetovanju i usmeravanju. Posebna jedinica za Hitrorez organizovala je periodične sastanke PSV sa ciljem izveštavanja o napretku projekta, problematici sprovođenja i daljim planovima, a u svrhu dobijanja sugestija i preporuka od PSV radi daljeg sprovođenja projekta. Treći zadatak predstavljalo je preispitivanje propisa i predlaganje preporuka. PSV je uz podršku Jedinice identifikovalo ključna područja poslovanja čiji su propisi imali prednost pri preispitivanju. Članovi PSV su pružanjem stvarnih dokaza o uticaju na poslovne postupke preispitali svaki važeći propis po zadatim kriterijumima. I na kraju, četvrti zadatak PSV sastojao se u pružanju operativne pomoći. Kako bi se propisi što kvalitetnije preispitali, PSV je organizovalo radne grupe za prioritetna područja poslovanja, te preispitalo propise u tim područjima i pružilo preporuke Jedinici. Radne grupe bile su sastavljene od stručnjaka iz redova članica PSV, stručnjaka iz privatnog sektora, stručnjaka iz određenih područja (po potrebi) i članova Jedinice.

odnosno ukidanje ili pojednostavljenje 55% propisa. Najveći broj propisa je međusektorske prirode, što znači da su vezani za više oblasti privrede. Među propisima koje bi trebalo staviti van snage ili pojednostaviti, najviše je onih iz oblasti saobraćaja, poljoprivrede, trgovine i financija.

Procene nezavisnih analitičara su da Republika Hrvatska stavljanjem van snage 30-50% i pojednostavljenjem dodatnih 30-40% postupaka, utvrđenih raznim propisima, štedi godišnje oko milijardu kuna, značajno smanjujući korupciju i povećavajući domaće i strane investicije. Naime, jasniji i jednostavniji propisi su dodatni alat u borbi protiv korupcije jer mogućnost korupcije postoji svuda gde pravila igre nisu jasna.

2. Federacija Bosne i Hercegovine

U Federaciji Bosne i Hercegovine je, takođe, za dalji privredni napredak, bilo neophodno sprovesti sveobuhvatnu regulatornu reformu.[16]

Najpre je, u drugoj polovini 2008. godine prezentovan je regionalni projekat reforme propisa, poznatiji kao Giljotina propisa. Cilj ovog projekta je povećanje konkurentnosti privrede Federacije BiH, što bi dovelo, između ostalog, i do privlačenja stranih investitora. Nakon toga je, 13. maja 2009. godine[17], potpisan Sporazum o saradnji između Vlade Federacije Bosne i Hercegovine i Međunarodne finansijske korporacije (IFC).[18] Prema odredbama Sporazuma o saradnji na implementaciji Projekta regulatorne reforme u Federaciji BiH, regulatorna reforma u Federaciji BiH trebalo bi da se odigra u dve faze. Cilj prve faze Projekta je poboljšanje i pojednostavljenje propisa u Federaciji BiH, utvrđivanje normativnih i administrativnih prepreka za uspešnije preduzetništvo i ukidanje nepotrebnih propisa i postupaka radi poboljšanja preduzetničke klime. U okviru ove prve faze predviđeno je da se izvrši sveobuhvatna analiza zakona koji se odnose na smanjenje nelojalne konkurencije i rad inspekcija u Federaciji BiH. Nakon toga, u okviru druge faze, predviđeno je pojednostavljenje i unapređenje administrativnih postupaka na nivou Federacije BiH. Cilj ove, druge faze je unapređenje poslovanja kroz smanjenje troškova i rizika poslovanja preduzeća u Federaciji.

[16] Zanimljivo je da su do otpočinjan reforme, u Federaciji BiH na snazi i dalje bili propisi iz 1947. godine, kao i oni gde su novčane sankcije inspekcijskih organa izražene u dinarima.

[17] Detaljnije na Internet stranici: http://www.fuzip.gov.ba/doc/odnosi_s_javnoscu/FIAS-BA-FY09-CA-Government%20of%20Federation%20of%20BiH%20-%20giljotina.pdf, 20.04. 2010.

[18] Što se tiče finansiranja Projekta regulatorne reforme na nivou Federacije Bosne i Hercegovine, donatori koji su obezbedili neophodna sredstva za njegovu realizaciju su: Vlada Federacije Bosne i Hercegovine, SIDA (Švedska agencija za međunarodni razvoj i saradnju) i International Finance Corporation (IFC), the World Bank Group.

Dana 16. jula 2009. godine Vlada Federacije BiH donela je Odluku o sprovođenju prve faze regulatorne reforme na nivou Federacije BiH[19]. Ovom odlukom Federalna uprava za inspekcijske poslove, kao nosilac projekta, zadužena je za sprovođenje aktivnosti ovoj fazi implementacije projekta. Predviđeno je da prva faza traje od 15. jula do 15. oktobra 2009. godine kada bi konačni paket preporuka trebalo da bude dostavljen Vladi Bosne i Hercegovine na razmatranje i usvajanje. Inače, ova prva faza uključuje harmonizaciju ključnih propisa koji regulišu rad inspektorata, kao i ukidanje i promenu zastarelih i prevaziđenih odredbi. Na osnovu ove odluke, federalna ministarstva (izuzev Ministarstva unutrašnjih poslova) imenuju sekretare ministarstava kao koordinatore za ovaj projekat ispred svojih ministarstava. Sekretari su dužni da osiguraju neophodnu tehničku podršku nadležnih ministarstava pri izradi preporuka, kao i saradnju tokom implementacije Projekta. Pored angažmana tehničkog osoblja ispred Federalne uprave za inspekcijske poslove i nadležnih Federalnih ministarstava, za implementaciju projekta se angažuju i spoljni tehnički saradnici prema odredbama sadržanim u potpisanom Sporazumu o saradnji.

Federalna uprava za inspekcijske poslove, u saradnji sa nadležnim ministarstvima i tehničkim saradnicima, dužna je da u okviru 1. faze Projekta, a na osnovu sprovedenog pregleda inspekcijskim mera na nivou Federacije BiH, sprovodi analizu i predlaže preporuke za pojednostavljenje, unapređenje i eliminisanje inspekcijskih mera kojima se reguliše rad Federalnih inspektorata. Na osnovu usvojenih preporuka priprema se popis sa konačnom listom svih zakona koji se odnose na inspekcijske poslove u Federaciji BiH i objavljuje se lista zakonskih i proceduralnih preporuka.

Upravni odbor za sprovođenje regulatorne reforme na nivou Federacije BiH nadgleda implementaciju Projekta u ovoj fazi, a u skladu sa potpisanim sporazumom o saradnji. Federalna uprava za inspekcijske poslove, u saradnji sa Upravnim odborom, predlaže paket preporuka Centralnom koordinacionom telu radi prosleđivanja na usvajanje Vladi BiH.

Dana 30. oktobra 2009. godine, u Sarajevu je održan sastanak predstavnika federalne uprave za inspekcijske poslove i konsultanta Svetske banke sa predstavnicima Uprava za inspekcijske poslove kantona u Federaciji BiH. Cilj ovog sastanka bio je razmatranje predloga preporuka koji upućuju na prevazilaženje određenih zakonskih smetnji koje ometaju sprovođenje inspekcijskog nadzora iz resornih oblasti inspektorata ove uprave koje obuhvata prva faza regulatorne reforme Giljotina propisa. Na sastanku je istaknuto da je potrebna sistemska i sistematska reforma kako bi se doneli održivi propisi. Takođe je neophodno da propisi budu harmonizovani sa onima u EU. Dakle, cilj ovog projekta nije da se dođe do propisa koji kažnjavaju, nego da svi privredni subjekti budu ravnopravni i da se svi svojim

[19] Detaljnije na Internet stranici: http://www.fuzip.gov.ba/doc/odnosi_s_javnoscu/FBIH%20Odluka%20o%20provodjenju%20prve%20faze%20usvojena%20Juli%2009%20-%20giljotina.pdf, 21.04.2010.

delovanjem bore protiv sive ekonomije i crnog tržišta. Istaknuto je da najveći problem koji sada imaju i poslodavci i inspekcije, jesu zastareli propisi. [20]

U Parlamentu Federacije BiH u Sarajevu je 4. decembra 2009. godine održana prezentacija dosadašnje implementacije Projekta regulatorne reforme u Federaciji BiH, odnosno njegove prve faze i najavljene su aktivnosti iz druge faze. Prva faza Projekta, čiji je osnovni cilj poboljšanje i pojednostavljenje propisa u Federaciji BiH, utvrđivanje normativnih i administrativnih prepreka za uspešnije preduzetništvo, kao i ukidanje nepotrebnih propisa i postupaka radi poboljšanja preduzetničke klime, započela je u julu 2009. godine. U okviru ove faze, uz pomoć Federalne uprave za inspekcijske poslove, izvršena je sveobuhvatna analiza zakona koji se odnose na smanjenje nelojalne konkurencije i rad inspekcija u Federaciji BiH.

Prema odredbama Sporazuma o saradnji na implementaciji Projekta regulatorne reforme u Federaciji BiH, implementacija druge faze predviđa pojednostavljenje i unapređenje administrativnih postupaka[21] na nivou Federacije BiH i njen je cilj unapređenje poslovanja kroz smanjenje troškova i rizika poslovanja preduzeća u Federaciji. Dakle, trebalo bi uspostaviti efikasnu organizaciju i pojednostaviti privredne propise koji se odnose na dozvole, rešenja, licence i saglasnosti na nivou Federacije BiH, kako bi se povećala transparetnost njihove implementacije i smanjili troškovi poslovanja u Federaciji BiH.[22]

Na početku druge faze ovoga projekta cilj je olakšavanje registracije kompanija, ukidanje dvostrukog oporezivanja kada su u pitanju privredni subjekti, ali isto tako i čišćenje propisa. Prečišćenim propisima ne sme, ni na koji način, da se zagušuje privatni sektor. Budući da bi ovim propisima trebalo da se ukine dupliranje propisa, doćiće i do povećanja transparentnosti uopšte.

Kao deo procesa koji se već duže vreme primjenjuje u zemljama EU, izvršene su konsultacije sa privrednim sektorom radi dobijanja informacija na koji način mogu da se pojednostave određeni postupci i na najefikasniji način prilagode poslovnom okruženju i poslovnim subjektima. U tom smislu, svi poslovni subjekti su bili pozvani da pošalju svoje komentare, primedbe ili sugestije na federalne administrativne postupke koji se nalaze u priloženoj listi administrativnih postupaka do 31. marta

---

[20] Detaljnije na Internet adresi: http://www.fuzip.gov.ba/doc/odnosi_s_javnoscu/giljotina%20WEB%20novembar04.2009..pdf, 21.04.2010.

[21] Administrativni postupak u kontekstu Projekta regulatorne reforme predstavlja postupak rešavanja predmeta od momenta podnošenja zahteva trećeg lica do momenta odlučivanja, tj. odgovora organizacione jedinice (sekretarijat, odeljenje, odsek i sl.), a u cilju sprovođenja propisa (zakona, podzakonskog akta). Administrativni postupak takođe može biti postupak prijavljivanja za izdavanje licence, dozvole, saglasnosti, odobrenja, rešenja, autorizacije, ovlašćenja, certifikacije, obaveštenja, statističko istraživanje i sl. U širem smislu, reč je o procesu koji podrazumeva sledeće korake: podnošenje zahteva od strane fizičkog/pravnog lica nadležnoj organizacionoj jedinici; sprovođenje postupka po podnesenom zahtevu; dobijanje odgovora organizacione jedinice po predatom zahtevu.

[22] Detaljnije na internet adresi: http://www.fuzip.gov.ba/doc/odnosi_s_javnoscu/Projekat%20regulatorne%20reforme%20Faza%201%20Nov%2009%20Finalni.pdf, 22.04.2010.

2010. godine. Na taj način oni doprinese uspešnoj implementaciji ovog Projekta na nivou Federacije Bosne i Hercegovine. Inače, očekuje se da će ovaj Projekat biti završen u planiranih osamnaest meseci.

3. Crna Gora

Republika Crna Gora je krajem 2009. godine otpočela sveobuhvatnu reformu regulatornog okruženja. Cilj reforme je stvaranje povoljnijeg privrednog ambijenta, smanjenje korupcije, učvršćivanje pravne sigurnosti i povećanje konkurentnosti domaće privrede na svetskom i evropskom tržištu. Kao i u drugim bivšim državama SFRJ, problem prenormiranosti unutrašnjeg zakonodavstva je delom posledica zaostatka propisa iz socijalističkog sistema. Stoga je potrebna tehnika koja bi doprinela povećanju kvaliteta donošenja odluka sa aspekta uvođenja nove i analize opravdanosti postojeće regulative.

Realizaciju Projekta regulatorne reforme i unapređenja poslovnog ambijenta, Savet, odnosno Vlada Crne Gore realizuju u saradnji sa Svetskom bankom, odnosno Međunarodnom finansijskom korporacijom.[23] Ovaj projekat podrazumeva implementaciju aktivnosti predviđenih Akcionim planom[24], koji se sastoji od tri komponente: tzv. giljotine propisa, indikatora Izvještaja o lakoći poslovanja i uvođenja Analize efekata propisa (tzv. RIA, odnosno *Regulatory Impact Assessment*). Prva komponenta podrazumeva jačanje biznis okruženja kroz reviziju propisa. U tom smislu Savet je formirao operativno telo čiji je zadatak predlaganje mera za sprovođenje ove komponente. Druga komponenta se realizuje kroz aktivnosti predviđene Akcionim planom za reformu lakoće poslovanja, dok treća komponenta podrazumeva implementaciju tehnika, koje se baziraju na standardima OECD-a, kojima se detaljno analiziraju efekti donošenja novih i izmene postojećih propisa na sistem.[25]

Projekt regulatorne reforme, poznatiji kao Giljotina propisa, predstavljen je 28. decembra 2009. godine. Cilj ovog projekta je da se iz pravnog i ekonomskog sistema, revizijom, isključe komplikovani, dugotrajni i skupi administrativni postupci. Projekat Giljotine propisa realizuje se kao prva komponenta Akcionog plana za regulatornu reformu i unapređenje poslovnog ambijenta. Projekat obuhvata analizu oko 1.400 zakona, 1.000 uredbi i još toliko pravilnika i odluka ministarstava.

Savet za regulatornu reformu i unapređenje poslovnog ambijenta, na sednici od 4. decembra 2009. godine, usvojio je Akcioni plan regulatorne reforme i doneo odluku o formiranju operativnog tima. Zadatak operativnog tima je da obavlja poslove pripreme, inventure propisa i stručne analize i dijagnoze stanja, što uključuje

[23] Za sprovođenje reforme u narednih 18 meseci planiran je budžet od 500.000 eura, koji će uglavnom finansirati Svetska banka, odnosno Međunarodna finansijska korporacija.
[24] Detaljnije na Internet adresi: http://www.predsjpol.gov.me/potpredsjednik/projekti/95495/STRATEGIJA-REGULATORNE-REFORME.html, 24. 04. 2010.
[25] Detaljnije na internet adresi: http://www.gov.me/pretraga/38845/179011.html, 25. 04. 2010.

i popis i preispitivanje važećih propisa sa ciljem identifikovanja normativnih i administrativnih barijera za poslovanje i ostvarivanje prava građana. Ovaj tim takođe daje preporuke Savetu za regulatornu reformu i unapređenje poslovnog ambijenta za ukidanje i izmenu propisa i postupaka koje sprovode organi državne uprave (ministarstva, uprave, inspekcije, prekršajna odeljenja i dr.) i predlaže Savetu konkretne mere i aktivnosti u cilju regulatorne reforme u određenim oblastima. Osim toga, Savet promoviše regulatornu reformu i ciljeve reforme prema poslovnom sektoru i građanstvu i prikuplja od njih predloge za stavljanje van snage ili izmenu neefikasnih propisa, zatim stvara osnovu za formiranje elektronskog registra propisa Crne Gore, podnosi mesečno Savetu izveštaj o realizaciji preduzetih aktivnosti i obavlja sve ostale poslove koje mu poveri Savet.

U cilju efikasnosti i što bržeg odvijanja pripremnih aktivnosti za implementaciju projekta regulatorne reforme, a u skladu sa svojim obavezama i ovlašćenjima, Operativni tim je pripremio, a Savet usvojio Politiku sprovođenja giljotine[26]. Na osnovu Politike sprovođenja giljotine, ova reforma sastoji se od šest etapa. To su: priprema, prikupljanje, analiza, izrada Programa realizacije Strategije u delu koji se donosi na stavljanje van snage ili izmenu propisa, sprovođenje Akcionog plana Strategije u delu koji se donosi na stavljanje van snage ili izmenu propisa i formiranje elektronskog registra propisa.

U fazi pripreme, Operativni tim za sprovođenje Giljotine započinje pripremne aktivnosti za sprovođenje Giljotine pripremanjem smernica, formulara i sprovođenjem obuke lica angažovanih u Operativnom timu za sprovođenje Giljotine i lica koja će u regulatornim telima biti zadužena za sprovođenje Giljotine. Osim toga, u svakom regulatornom telu se određuje kontakt osoba za komunikaciju sa Operativnim timom i lica koja su u regulatornim telima zadužena za sprovođenje Giljotine.

U toku faze prikupljanja, regulatorna tela Operativnom timu dostavljaju u elektronskoj i pismenoj formi spisak svih važećih propisa i postupaka iz njihove nadležnosti i popunjeni formular za popis propisa dostupan na internet stanici Giljotine, za svaki propis sa spiska. Operativni tim, na osnovu dostavljenih spiskova, pravi konačan spisak svih popisanih propisa i postupaka i taj spisak unosi u elektronsku bazu podataka. Nakon toga, Operativni tim vrši selekciju svih popisanih propisa i postupaka i evidentira propise koji će u narednim fazama reforme biti obuhvaćeni Giljotinom, tj. označava sve propise koji su relevantni za poslovanje u Crnoj Gori, a koji će biti analizirani u sledećoj fazi Giljotine.

U fazi analize, regulatorna tela su obavezna da za svaki propis koji je u njihovoj nadležnosti ili ga primenjuju, sa konačnog spiska popisanih propisa, sprovedu analizu sa stanovišta efekta tog propisa, prava građana i poslovanja i popune i Operativnom timu, u elektronskoj i pisanoj formi, dostave formular za analizu propisa dostupan na

[26] Detaljnije na Internet adresi: http://www.predsjpol.gov.me/potpredsjednik/projekti/95492/POLITIKA-SPROVODJENJA.html, 25. 04. 2010.

internet stranici Giljotine, sa predlogom da se taj propis stavi van snage, izmeni ili ostavi kakav jeste, uz obrazloženje tog predloga, a ako se predlaže izmena propisa, u formular se unosi i specifikacija tih izmena, uz preciziranje novih rešenja koje bi trebalo uneti u propis. Savet, odnosno njegov Operativni tim, u toku ove faze reforme, pozivaju javnost na aktivno učešće u reformi i omogućavaju nesmetano učešće Poslovnog saveta u procesu reforme.

U sledećoj fazi, Operativni tim izređuje Predlog programa realizacije Strategije u delu koji se odnosi na stavljanje van snage ili izmenu propisa koji sadrži spisak propisa čije se stavljanje van snage predlaže i spisak propisa čija se izmena ili dopuna predlaže, sa specifikacijom izmena i/ili dopuna, uz navođenje novih rešenja koja bi trebalo uneti u propis. Operativni tim Predlog programa dostavlja Savetu radi sprovođenja postupka pribavljanja mišljenja od nadležnih organa i organizacija i podnošenja Vladi na usvajanje.

U fazi sprovođenja Akcionog plana Strategije u delu koji se odnosi na stavljanje van snage ili izmenu propisa, u skladu sa akcionim planom za sprovođenje Strategije, regulatorna tela sačinjavaju šestomesečni plan njihovog sprovođenja i dostavljaju ga Operativnom timu, koji će na osnovu toga pripremiti objedinjeni plan sprovođenja Programa realizacije Strategije u delu koji se odnosi na stavljanje van snage ili izmenu propisa i objaviti ga internet stranici Giljotine. Operativni tim prati sprovođenje programa realizacije Strategije, tj. stavljanje van snage ili izmenu propisa i o tome obaveštava potpredsednika Vlade i Savet. Savet nadzire sprovođenje i kontinuirano prati tok ove faze Giljotine sa aspekta koordinacije postupanja regulatornih tela, obezbeđuje konsultacije na nivou regulatornih tela u cilju sprovođenja istih i kontroliše transparentnost izrade propisa kojim se sprovodi Akcioni plan Strategije u delu koji se odnosi na stavljanje van snage ili izmenu propisa.

Dugoročni cilj strategije jeste formiranje elektronskog registra propisa i njegova integracija u proces objavljivanja novih propisa. U periodu sprovođenja Giljotine, Operativni tim preduzima mere za otpočinjanje formiranja elektronskog registra propisa koje obuhvataju: objavljivanje konačnog spiska svih popisanih propisa, koji će biti baza za formiranje elektronskog registra propisa na internet stranici Giljotine i neposrednu saradnju sa subjektom nadležnim za objavljivanje propisa Crne Gore radi obezbeđivanja tehničke podrške za formiranje elektronskog registra propisa.

Važno je istaći da je predviđeno da se Giljotina sprovodi tako da svim zainteresovanim licima omogući da budu upoznata sa dinamikom i sprovođenjem reforme i predlozima i informacijama dobijenim od regulatornih tela i privatnog sektora, kao i aktivno učešće svih zainteresovanih lica u reformi, kroz dostavljanje predloga izmena propisa i komentara na predloge regulatornih tela i drugih zainteresovanih lica.

IV ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Da bi se obezbedio dugoročni i održivi privredni razvoj jedne zemlje, njeno regulatorno okruženje mora počivati na načelima dobre regulatorne prakse, drugim rečima njen pravni sistem mora biti transparentan, efikasan i garantovati pravnu sigurnost. Međunarodna iskustva upućuju na to da prekomerno regulisanje ima negativne posledice na tržišnu konkurenciju, investicije i inovacije i da dovodi do povećanja korupcije, što utiče na efiksnost i produktivnost privrednih subjekata. Stoga je unapređenje kvaliteta regulative jedan od prioritetnih ciljeva, kako u razvijenim, tako i u zemljama u tranziciji.

Regulatorna reforma, tj. poboljšanje kvaliteta regulative u Evropskoj uniji postaje naročite aktuelno nakon usvajanja izveštaja Mandelkernove grupe iz 2001. godine, koji predviđa zajednički metod evaluacije kvaliteta regulative. Ovaj izveštaj daje preporuke, kako na nivou vlada država članica, tako i na nivou Evropske komisije, posebno naglašavajući šest oblasti (principa) unapređenja regulatornog okvira EU. U skladu sa preporukama iz Mandelkernovog izveštaja, veliki broj država, pre svega novijih članica EU, sproveo je staretegiju regulatorne reforme.

Kada je reč o regulatornim okvirima zemalja u regionu, zajedničko im je to da se one susreću sa problemom prenomriranosti. Budući da su gotovo sve ove države nekada bile u sastavu SFRJ, njihovi pravni i politički sistemi decenijama su počivali na potpuno drugačijim principima u odnosu na tzv. zemlje zapadne demokratije. Stoga su ove zemlje suočene sa dvostrukiom izazovom. S jedne strane, one moraju da sprovedu reformu unutrašnjeg zakonodavstva, a s druge strane, dužne su da harmonizuju propise sa pravnim tekovinama Evropske unije. U tom smislu, strategije regulatorne reforme zemalja u regionu, zasnovane na principima iz Madelkernovog izveštaja, imaju niz zajedničkih karakteristika. Ovim strategijama definisani slični ciljevi, počivaju na sličnim postulatima, koriste slične metode itd. Međutim, kada je reč o samoj implementaciji ovih strategija, situacije se razlikuje od države do države, u smislu da se svaka nalazi u različitom stadijumu sprovođenja reforme. Međutim, reč je samo o faktoru vremena, dok su suštinski elementi ovih strategija veoma slični. Hrvatska je veoma uspešno okončala ovaj projekat, poznatiji kao Hitrorez, koji je izabran za jedan od pet najuspešnijih projekata u svetu. U Federaciji BiH sprovođenje reforme je u toku, dok je u Crnoj Gori reforma tek počela.

Ono što je veoma važno naglasiti, da se samom regulatornom reformom automatski ne obezbeđuje privredni razvoj, povećanje DBP, otvaranje novih radnih mesta, strane investicije itd. Naime, poboljšanje kvaliteta regulative predstavlja samo preduslov, stepenik ka ostvarenju pomenutih ciljeva. U tom smislu, sprovođenje strategije regulatorne reforme od ključnog je značaja za privredni i sveukupni napredak jedne zemlje. Transparentan i efikasan regulatorni okvir predstavlja važan korak na putu ka evropskim integracijama i postepenom uključivanju ovih država u savremene evropske tokove na različitim poljima.

Jelena Ćeranić, Ph.D
Research Associate
Institute of Comparative Law

REGULATORY REFORM STRATEGY: CROATIA, FEDERATION BIH AND MONTENEGRO

Summary

The paper deals with the concept of improving regulatory environment and the implementation of the regulatory reform strategies. The EU has set itself the strategic goal of becoming the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world. Achievement of this goal depend in part on improving Europe's regulatory environment to avoid unnecessary burdens on businesses, citizens and public administrations. Therefore, high quality regulation must be seen as a public good and action must be taken at both EU and national levels within a comprehensive strategic approach to realize it.

After introductory notes with regard to the importance of the regulatory reform, the author analyses the Mandelkern report. The high-level Advisory Group was formed in December 2000 when 16 experts were appointed to it, representing each of 15 countries of the Union and the Commission. From the time it was formed, it was known by the name of its Chairman, M. Mandelkern. Better regulation is a drive to improve the policymaking process through the integrated use of effective tools, not an attempt to impose further bureaucratic burdens on it. Many Member States have elaborated ambitious regulatory reform and/or simplification programs and have developed a wide range of tools, based on EU and OECD guidelines or on successful experiences from other countries. It recommends practices in topics applicable to both national governments and the European Commission. The second part of the article is dedicated to the presentation of implementation of the regulatory reform strategies in the following countries: Croatia, Bosnia and Herzegovina and Montenegro.

Within the concluding observations, the author sums up presented observations and especially emphasizes the importance of improving regulatory environment.

Key words: regulatory reform, European Union, regulatory environment, better regulation.

mr Dejan Šuput, istraživač-saradnik
Institut za uporedno pravo Beograd

SPORTSKO PRAVO U REPUBLICI HRVATSKOJ

Apstrakt

U ovom članku prikazani su struktura i sadržina propisa koji čine sportsko pravo u Republici Hrvatskoj. Posebna pažnja u tekstu je posvećena analizi odredaba Zakona o sportu Republike Hrvatske i Zakona o spriječavanju nereda na sportskim natjecanjima.

Autor se opredelio za pisanje prikaza hrvatskih propisa koji uređuju sport i sa sportom povezanih aktivnosti i delatnosti, zbog toga što uporednopravna analiza propisa Republike Srbije i Republike Hrvatske ima posebnu važnost usled činjenice da su te dve države u XX veku delile zajedničku pravnu tradiciju i praksu, pogotovo kada je reč o zakonskom uređivanju materije sporta. Osim pravnog nasleđa iz doba SFRJ, te dve države imaju nespornih sličnosti, ne samo usled geografske bliskosti i zajedništva govornog područja koje obuhvataju, već i po nekadašnjem ustrojstvu sportskog sistema i problemima koji i dalje opterećuju njihove sportske sisteme. Razlog više za pisanje teksta o propisima koji uređuju sport u Hrvatskoj bila je činjenica da je ta država nov Zakon o sportu donela pre četiri godine i da bi neke od odredbi tog zakona mogle da budu preuzete prilikom pisanja novog Zakona o sportu Republike Srbije.

Ključne reči: sport, sportsko pravo, reforma pravnog okvira, država, sportske organizacije.

I Uvod

Sportsko pravo predstavlja zanimljivu oblast za proučavanje zbog činjenice da se Republika Srbija poslednjih godina nalazi u procesu reforme zakonodavnog okvira koji uređuje materiju sporta.[27] Iako su potreba za modernim zakonskim uređivanjem

[27] Reformu pravnog okvira koji uređuje sport u Srbiji pratili su brojni neuspesi. Još u decembru 2003. godine Vlada Republike Srbije utvrdila je Predlog zakona o izmenama i dopunama zakona o sportu. Međutim, taj predlog nikada nije izglasan u Narodnoj Skupštini kao zakon pošto su raspisani republički parlamentarni izbori posle kojih je nova Vlada Republike Srbije povukla iz skupštinske procedure sve predloge zakona koje je uputila prethodna Vlada. Zatim je Uprava za sport Ministarstva prosvete i sporta 2004. godine otpočela sa izradom novog Nacrta zakona o sportu, čiji je tekst početkom februara 2005. godine upućen Vladi Republike Srbije da ga po propisanom postupku utvrdi kao predlog. Međutim, usled niza okolnosti to se nije dogodilo. Sledeći Predlog zakona o sportu upućen je od strane Vlade Republike Srbije Narodnoj skupštini 8. novembra 2007. godine. Međutim, ni taj predlog novog Zakona nikada nije izglasan u Narodnoj Skupštini, a do neuspeha zakonodavnog postupka je ponovo došlo usled raspisivanja parlamentarnih izbora. Verzija Predloga zakona o sportu iz 2007. godine ostala je upamćena po obimnosti i nepreglednosti zakonskog teksta i pokušaju da se kroz odredbe o

sporta i neophodnost reforme celokupnog pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji teme o kojima se neprestano polemiše u stručnoj javnosti i medijima još od vremena raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) 1991. godine, do proleća 2010. godine nije mnogo postignuto na planu uvođenja i primenjivanja pravnih standarda koji već dugi niz godina postoje u pravnim sistemima država članica Saveta Evrope i Evropske unije (EU), a za koje se veruje da bi trebali da budu uneti i u propise Republike Srbije koji uređuju tu oblast društvenog života.[28] Višegodišnji neuspeli pokušaji da se u Srbiji donese nov Zakon o sportu, ne samo što su učinili temu pravnog, a time i zakonskog uređivanja materije sporta zanimljivom, već su nametnuli i potrebu da se sagleda i analizira uporednopravna praksa drugih evropskih država u toj zakonodavnoj oblasti.

Analiza propisa Republike Hrvatske koji čine sportsko pravo te države ima posebnu važnost usled činjenice da su Republika Srbija i Republika Hrvatska u XX veku delile zajedničku pravnu tradiciju i praksu, pogotovo kada je reč o zakonskom uređivanju materije sporta.[29] Osim pravnog nasleđa iz doba SFRJ, te dve države imaju nespornih sličnosti, ne samo usled geografske bliskosti i zajedništva govornog područja koje obuhvataju, već i po nekadašnjem ustrojstvu sportskog sistema i problemima koji i dalje opterećuju njihove sportske sisteme. Takođe, obe države teže stupanju u članstvo Evropske unije. Hrvatska je ostvarila veći, a Srbija nešto manji napredak u procesu približavanja i pridruživanja Evropskoj uniji, a za obe države se kao jedan od neophodnih preduslova za stupanje u članstvo Evropske unije postavilo uspostavljanje pravnog mehanizma i adekvatnog istitucionalnog kapaciteta za finansiranje, funcionisanje i kontrolu sportskog sistema, kao i posedovanje pravnog i institucionalnog okvira za borbu protiv dopinga u sportu.

II Pojam sportskog prava

Kako bio se sagledala sadržina i struktura sportskog prava Republike Hrvatske, prethodno je potrebno odrediti šta predstavlja sportsko pravo. Pri tom, treba poći od činjenice da do danas nije određena jedinstvena i opšteprihavćena definicija sportskog prava.[30] Jedan od razloga za nepostojanje jedinstvene i opšteprihvaćene definicije sportskog prava je i okolnost da se ta grana prava dosta kasno izdvojila kao posebna

konvertovanju dugova sportskih klubova u akcije, sprovede transformacija sportskih klubova iz forme udruženja građana u formu akcionarskih društava. Poslednja javnosti predstavljena verzija Nacrta zakona o sportu bila je predmet javne rasprave koju je u maju 2009. godine organizovalo Ministarstvo omladine i sporta. Sadržini tog nacrta upućene su mnoge zamerke, a do februara 2010. godine tekst Nacrta nije poslat Vladi da ga utvrdi kao predlog zakona i uputi na usvajanje Narodnoj skuštini. Nacrt zakona o sportu iz aprila 2009. godine, nalazi se na veb-stranici: http://www.mos.gov.rs/upload/dl/SPORT/Zakoni/NZOS_2009.pdf.

[28] D. Šuput, Reforma pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji i privatizacija, u: Sport i privatizacija, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Zepter, Beograd, 2009, str. 48.

[29] D. Šuput, Zakon o sportu Republike Hrvatske – primer uspešne regulatorne reforme, u: Fizička kultura vol. 61 N1-2, Fakultet sporta i fizičkog vaspitanja Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, str. 136.

[30] D. Šuput, Značaj normiranja sporta, u: Pravo i društvo, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 160.

grana prava, a paralelno sa time veoma brzo ravila i tokom poslednjih decenija značajno proširila i usredsredila na regulisanje sve većeg broja sportskih odnosa i drugih pravnih i društvenih odnosa koji nastaju u vezi sa sportom. Najšire posmatrano, sportsko pravo kao posebna grana prava predstavlja sistematičan skup propisa o sportskom sistemu i sportskim delatnostima, dok nauka sportskog prava predstavlja sistem pravnih pojmova o sportu, sportskim organizacijama, sportskim delatnostima, sportistima, sportskoj infrastrukturi i pravnim postupcima povezanim sa ostvarivanjem prava u sportu i obavljanjem sportskih aktivnosti.

Zbog raznolikosti društvenih odnosa koji nastaju u sportu i povodom sporta, kao i zbog različite mere u kojoj pojedine države intervenišu u sportskim odnosima, prethodna definicija sportskog prava, iako tačna, suviše je uopštena da bi se na osnovu nje mogli izvesti zaključci o koceptu i strukturi sportskog prava određene države. Takva definicija ima za cilj da na univerzalan način odredi pojam sportskog prava preko elemenata koji su zajednički svim pravnim sistemima sveta, bez raščlanjivanja razlika koje postoje u pojmu sportskog prava pojedinih država ili kontinenata. Sam koncept i struktura sportskog prava značajno se razlikuje od države do države, a u zavisnosti od ustavnopravnog sistema države, njene pravne tradicije, ekonomskog sistema i tradicije sportskog sistema.

U Sjedinjenim Američkim Državama (SAD), kao zemlji koja se može smatrati kolevkom sportskog prava, sportsko pravo nije toliko jasno profilisano kao posebna grana prava u odnosu na one evropske države koje su se opredelile za intervencionistički model zakonskog uređivanja materije sporta.[31] Zbog toga se može reći da je sportsko pravo u SAD zapravo jedan krovni pojam – krovni termin koji obuhvata pravne odnose i pravne norme koje se primenjuju u vezi sa sportom, a pripadaju drugim granama prava kao što su: trgovinsko pravo, obligaciono pravo, autorsko pravo, poresko pravo, upravno pravo, radno pravo, medicinsko pravo, krivično pravo, prekršajno pravo i medijsko pravo. Postoje čak autori koji tvrde da sportsko pravo u SAD predstavlja prostu primenu propisa raznovrsnih grana prava na oblast funkcionisanja specifične industrije – sportske industrije.[32] Ipak, realnost oličena u zakonodavnoj i sudskoj praksi koja postoji u SAD-u, demantuje autore koji smatraju da sportskog prava kao posebne grane prava u toj državi nema. Ako bi se prihvatio stav da sportsko pravo ne postoji kao posebna grana prava, već da predstavlja primenu propisa raznovrsnih grana prava, pa i primenu odredbi radnog, obligacionog, privrednog, upravnog, krivičnog i prekršajnog prava na oblast sporta, utvrđivanje odnosa sportskog prava i prethodno nabrojanih grana prava[33] bilo bi

[31] D.Šuput, Sportsko pravo u Sjedinjenim Američkim Državama, u: Uvod u pravo SAD, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2008, str. 348.

[32] What is Sports Law, nalazi se na veb-stranici: http://www2.msstate.edu/~jag/intro.htm.

[33] Određivanje prirode odnosa sportskog prava prema drugim granama prava je prevashodno akademsko pitanje koje ima važnu ulogu na teorijskom planu proučavanja sportskog prava, dok u praktičnom smislu, nema većeg uticaja na primenu normi drugih grana prava na sportske odnose. Očigledno je da su norme sportskog prava kada je reč o uređivanju sportskih odnosa lex generalis u odnosu na sve druge grane prava i to se načelno ne spori, ali je isto tako tačno da u odnosu na poreski tretman prihoda sportista, ili u odnosu na krivičnu odgovornost sportista, norme poreskog i krivičnog

nemoguće i bespredmetno, baš kao što bi bilo besmisleno i samo izučavanje sportskog prava.

Za razliku od SAD-a, u evropskim državama, pogotovo onim koje su prihvatile i primenile intervencionistički model zakonskog uređivanja sporta[34], sportsko pravo kao grana prava obuhvata veći broj konvencija Saveta Evrope koje se odnose na oblast sporta i delatnosti povezanih sa sportom, zakone o sportu nacionalnih država, mnogobrojne podzakonske opšte pravne akte donete na osnovu zakona o sportu pojedinih evropskih država i raznovrsne propise međunarodnih i nacionalnih sportskih organizacija.[35] Takva situacija prisutna je i u Hrvatskoj, kao državi koja ima dugogodišnju tradiciju zakonskog uređivanja materije sporta. Uprkos toj činjenici, nauka sportskog prava u Hrvatskoj predstavlja mladu naučnu disciplinu koja se nalazi

---

prava imaju ulogu lex specialis-a u odnosu na sportsko pravo. Jasno je da se na sport i prihode sportskih radnika primenjuju opšte norme poreskog prava, osim ako postoji neka posebna poreska pravna norma u nekom „sportskom propisu", što predstavlja retkost čak i u državama sa izuzetno razvijenim sportskim pravom. Slično je i sa krivičnim i prekršajnim pravom. Neke norme krivičnog prava mogu se naći u sportskim propisima (npr. krivično delo upotrebe doping sredstava propisano je Zakonom o sprečavanju dopinga u sportu), ali samim tim, te norme ne poprimaju prirodu normi sportskog prava već ostaju krivičnopravne norme koje se samo nalaze van teksta opšteg propisa koji uređuje materiju krivičnog prava. Stoga takvi „sportski propisi" predstavljaju, ne samo izvore sportskog prava, već i izvore sporednog krivičnog zakonodavstva pojedine države. Problem se može sagledati i iz drugog ugla, u slučaju autora koji tvrde da se zavisno od dela sportskog prava o kome je reč (krivično, prekršajno, građansko, upravno...), sportsko pravo prema osnovnim normama tih grana prava odnosi kao lex specialis u odnosu na legi generali, što znači da se primenjuju sva pravila iz opštih propisa drugih grana prava, osim ako posebnom „sportskom" odredbom nije propisano drugačije. Vidi detaljnije u: H.Kačer, Uvod u sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 3-4.

[34] Obim u kome će država regulisati odnose koji nastaju u sportu i povodom sporta i mera pravne zaštite koju pojedina država pruža sportu i sportskim aktivnostima, zavisi od toga da li se država opredelila za tzv. intervencionistički, ili neintervencionistički model pravnog, najčešće zakonskog, uređivanja sporta. Intervencionistički model zakonskog uređivanja sporta znači da su u konkretnoj državi najznačajniji i najveći deo sportskog sistema i osnovni elementi koji čine taj sistem, u pogledu strukture i nadležnosti uređeni pravnim normama koje propisuje država u okviru posebnog Zakona o sportu. Za razliku od toga, u slučaju neintervencionističkog modela, regulisanje strukture sportskog sistema, pravna zaštita sportskih odnosa i sportskih aktivnosti je samo parcijalna, a pravne norme koje se tiču sporta ne nalaze se u okviru posebnog zakonskog teksta, već su raspoređene u većem broju sektorskih propisa koji uređuju obavljanje nekih drugih ljudskih delatnosti (propisi o sistemu obrazovanja, kulturi, zdravstvenoj zaštiti, socijalnoj zaštiti, udruženjima građana...). Izbor države da primeni intervencionistički ili neintervencionistički model, nije samo pitanje vođenja javne politike u oblasti sporta, već i pitanje pravne tehnike. Opredeljenje pojedinih država za neintervencionistički model, ne znači da su takve države nezainteresovane za sport i sportske aktivnosti, a takođe ne podrazumeva da je u takvim državama odvijanje sportskih delatnosti prepušteno stihijskom postupanju, bezakonju i potpunoj pravnoj nesigurnosti. I u okviru neintervencionističkog modela, prava i obaveze sportskih subjekata, kao i obavljanje sportskih delatnosti i sa njima povezanih aktivnosti, zasnivaju se na sistemu pravila koje propisuju pravne norme raznovrsnih propisa koje je donela država za različite oblasti društvenog života. Kako intervencionistički, tako i neintervencionistički model, imaju određenih prednosti i mana, a stav o tome da li je jedan od tih modela bolji ili lošiji, ne može se zauzeti na apstraktnom – teorijskom nivou, bez prethodnog sagledavanja potreba konkretne države, uticaja raznovrsnih društvenih okolnosti i pravne tradicije na osnovu koje pojedina država funkcioniše.

[35] A.N.Chaker, Study on national sports legislation in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999, str. 13.

u početnoj fazi razvoja. O tome svedoči i podatak da se od pre par godina na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu predmet „Sportsko pravo'' predaje kao izborni. Osim toga, krajem 2009. godine na tom pravnom fakultetu predložen je program specijalističkih poslediplomskih studija „Sportsko pravo''.[36]

Bez obzira na brojna teorijska sporenja o postojanju i pravnoj prirodi sportskog prava, vremenom su se izgradile dve definicije sportskog prava, jedna koja određuje sportsko pravo u objektivnom smislu, i druga koja to čini u subjektivnom smislu. Takvom pristupu u definisanju sportskog prava pridružili su se i hrvatski teoretičari među kojima se posebno izdvaja profesor Hrvoje Kačer. On navodi da: „*U objektivnom smislu, sportsko pravo predstavlja skup pravnih normi ili pravnih pravila kojima se uređuju sportskopravni odnosi, dok sportskopravni odnosi predstavljaju pravne odnose u koje stupaju pravni subjekti na osnovu normi objektivnog sportskog prava. Posmatrano u subjektivnom smislu, sportsko pravo je ovlašćenje koje za pojedinog pravnog subjekta proizlazi iz normi objektivnog sportskog prava.*''.[37]

Pojam sportskog prava neophodno je razlikovati od pojma *lex sportiva* koji je po svojoj sadržini znatno uži od sportskog prava. *Lex sportiva* predstavlja prilično neprecizan termin koji obuhvata pojedine segmente sportskog prava i primenu pojedinih pravnih principa koji izviru iz sportskih propisa (propisa sportskih organizacija).[38] *Lex sportiva* kao posebna kategorija nastala je praksom Arbitražnog sportskog suda iz Lozane koji je tumačenjem i primenom raznovrsnih sportskih propisa donetih od međunarodnih i nacionalnih nevladinih sportskih organizacija formulisao univerzalna pravna načela koja primenjuje prilikom rešavanja sporova nastalih u oblasti sporta. Osim termina sportsko pravo i termina *lex sportiva*, u literaturi se može naići i na pojam *lex ludica*, a koji je baš kao i *lex sportiva* uži od pojma sportsko pravo. *Lex ludica* predstavljaju sve pravne norme kojima se propisuju pravila pojedine sportske igre, ili još uže sportske discipline. U stvari, kada se govori o *lex ludica* reč je o sportskim propisima koji se prevashodno odnose na organizovanje i sprovođenje sportskih takmičenja, a donose se sa ciljem da obezbede: određene kriterijume za upoređivanje takmičara; uslove koje treba ispuniti za učešće na takmičenjima; pravila po kojima se sportska takmičenja sprovode (odvijaju); sigurnost i validnost rezultata takmičenja; mogućnost provere regularnosti uslova pod kojima se odvija takmičenje; pouzdanost utvrđivanja rezultata takmičenja; izricanje sankcija u slučajevima nepoštovanja pravila o uslovima za odvijanje i načinima sprovođenja takmičenja.[39]

III Izvori sportskog prava u Republici Hrvatskoj

[36] Predlog programa poslediplomskog specijalističkog studija „Sportsko pravo'', nalazi se na veb-stranici: http://www.pravst.hr/dokumenti/novosti/nwdodlink_prijedlog_programa_rad_ver.pdf.
[37] H.Kačer, Uvod u sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 3.
[38] K.Foster, Lex Sportiva and Lex Ludica –the Court of Arbitration for Sports Jurisprudence, nalazi se na veb-stranici:
http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume3/number2/foster/foster.pdf.
[39] D. Panagiotopoulos, Sports Law in the World, Sakkoulas Publishers, Athens-Komotini, 2004, str. 52.

Izvori sportskog prava su mnogobojni. Internacionalizacija sporta dovela je do toga da je uticaj međunarodnog prava u toj oblasti izrazito naglašen.[40] Osim izvora sportskog prava koji su plod rada međunarodnih - međudržavnih organizacija i zakonodavnih organa pojedinih država, postoje i mnogobrojni dokumenti transnacionalnih - međunarodnih nevladinih sportskih organizacija i nacionalnih sportskih organizacija koji propisuju sportska pravila (pravila sportske igre i pravila o organizovanju i sprovođenju sportskih takmičenja u pojedinoj disciplini), kao i sankcije za njihovo nepoštovanje. Međutim, u ovom radu biće analizirani samo oni izvori sportskog prava koji predstavljaju propise Republike Hrvatske, dok će propisi hrvatskih sportskih organizacija, koji su većinom doneti na osnovu propisa međunarodnih sportskih organizacija, biti isključeni iz analize. To je učinjeno zbog toga što su propisi nacionalnih sportskih organizacija izuzetno brojni, obimni i raznovrsni, pa bi analiza njihove sadržine znatno prevazišla obim primeren ovakvom tekstu.

O značaju sporta kao društvene vrednosti i potrebi za njegovim pravnim regulisanjem i pravnom zaštitom, govori i odnos države prema sportu, tj. pozicioniranje sporta u najvišem pravnom aktu države – Ustavu. U Hrvatskoj sport predstavlja ustavnu kategoriju, što je potkrepljeno činjenicom da Republika Hrvatska svojim najvišim pravnim aktom, Ustavom Republike Hrvatske[41], prepoznaje i uvažava sport kao društvenu vrednost. Članom 68. stavom 5. hrvatskog Ustava propisano je da: ,,*Država podstiče i pomaže staranje o fizičkoj kulturi i sportu*''. Time je stvoren pravni osnov za donošenje posebnih zakona i podzakonskih propisa koji uređuju materiju sporta i vršenje pojedinih delatnosti i aktivnosti povezanih sa sportom.

Osim Zakona o sportu[42], izvorima sportskog prava u Republici Hrvatskoj smatraju se još sledeći državni propisi:

- Zakon o spriječavanju nereda na sportskim natjecanjima[43],
- Uredba o dopuni Zakona o sportu,
- Pravilnik o Registru sportskih djelatnosti,
- Pravilnik o načinu osnivanja, zadaćama, djelokrugu i načinu rada školskih sportskih saveza,
- Pravilnik o načinu i rokovima podnošenja akata Povjerenstvu za profesionalne sportske klubove,
- Pravilnik o djelokrugu i načinu rada Povjerenstva za profesionalne sportske klubove,
- Pravilnik o registru profesionalnih sportskih klubova,
- Uredba o osnivanju Hrvatske agencije za borbu protiv dopinga u sportu,

[40] D. Šuput, Dokumenti međunarodnih organizacija koji propisuju zabranu upotrebe dopinga u sportu, u: Strani pravni život br. 2/2009, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 292.
[41] ,,Narodne novine'' br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 - pročišćeni tekst.
[42] ,,Narodne novine'' br. 71/06.
[43] ,,Narodne novine'' br. 117/03, 71/06 i 43/09.

• Uredba o kriterijima za dodjeljivanje državnih nagrada za vrhunska sportska postignuća.[44]

A. Zakon o sportu Republike Hrvatske

Zakoni koji uređuju materiju sporta u pojedinim državama smatraju se najvažnijim izvorom sportskog prava, pre svega zbog činjenice što je reč o propisima koje donosi država, tj. njen najviši zakonodavni organ, ali i zbog toga što se takvim zakonima pravno uređuje struktura sportskog sistema pojedine države i propisuju osnovna prava i obaveze činilaca tog sistema.[45] Osim toga, zakoni koji uređuju sport u okvirima nacionalnih država jesu centralni izvor sportskog prava u njima i usled okolnosti što svojim odredbama definišu javni interes u oblasti sporta, propisuju odnos vladinog i nevladinog sportskog sektora u okviru sveukupnog sportskog sistema i određuju načine za finansiranje ostvarivanja javnog interesa u oblasti sporta. Iz zakona koji uređuju sport u određenoj državi proizlaze i drugi, hijerarhijski niži propisi kao što su uredbe i pravilnici koji uređuju, ili detaljnije razrađuju, pojedina pravna pitanja iz oblasti sporta, a na osnovu onoga što je propisano zakonom kojim je uređena oblast sporta. Zbog toga se i Zakon o sportu Republike Hrvatske smatra najvažnijim izvorom sportskog prava u toj državi.

Sportski sistem i propisi o sportu u Republici Hrvatskoj nisu bili usklađeni sa sistemom sporta i propisima u Evropskoj uniji sve do 28. juna 2006. godine kada je donet novi Zakon o sportu Republike Hrvatske. Pojedina rešenja Zakona o sportu Hrvatske od 29. decembra 1990. godine bila su suviše zastarela i ta činjenica je predstavljala više nego opravdan razlog za donošenje novog zakona koji uređuje materiju sporta. Predlagač novog Zakona o sportu bilo je Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske.

Poslu izrade novog Zakona o sportu u Republici Hrvatskoj se pristupilo sa izuzetno velikom pažnjom. Na tekstu Predloga zakona o sportu radilo se šest godina, a u njegovu izradu i pripremu bili su uključeni najistaknutiji hrvatski stručnjaci i sportske i naučne ustanove, pri čemu se posebno istakao konstruktivan pristup i doprinos Hrvatskog olimpijskog odbora.

Tokom šest godina rada na tekstu Predloga zakona o sportu održano je više od sto javnih rasprava na kojima je pružena podrška izradi i donošenju novog Zakona. Otvorenost, potpuna javnost i učestalost javnih rasprava doprinela je podizanju kvaliteta rešenja za koje se zakonodavac na kraju opredelio, a omogućeno je da potrebe i interesi sportskih organizacija i sportista Hrvatske budu uzeti u obzir tokom celokupnog procesa izrade teksta, tada još uvek budućeg Zakona o sportu. Visok nivo transparentnosti i dostupnosti najširoj javnosti radnih verzija Zakona o sportu doprineo je povećanju demokratičnosti postupka donošenja novog Zakona o sportu u Republici Hrvatskoj. Osim toga, radi postizanja što primerenijih zakonskih rešenja i

[44] Nalazi se na veb-stranici: http://public.mzos.hr/Default.aspx?sec=2379#.
[45] D.Šuput, Zakonsko uređivanje sporta u evropskim državama, u: Strani pravni život br. 3/2009, Beograd, Institutu za uporedno pravo, 2009, str. 252.

ostvarenja strategije razvoja sporta, pri izradi hrvatskog Zakona o sportu korišćena su iskustva iz velikog broja država Evropske unije i drugih država sveta.

Kada je reč o vrednosti Zakona o sportu Republike Hrvatske iz 2006. godine, načelno posmatrano, treba poći od činjenice da Zakon predviđa donošenje nekoliko ključnih strateških i pravnih dokumenata, osnivanje važnih tela te preimenovanje, preoblikovanje i reorganizaciju pojedinih ustanova u sportu. Donošenjem takvog zakona hrvatski zakonodavac je iskazao nameru da uvede red u područje društvenog života koje se naziva sport.[46]

Kao vema dobro zakonsko rešenje, na prvom mestu se ističe propisivanje obaveze izrade Nacionalnog programa sporta, strateškog dokumenta kojim se utvrđuje dugoročna politika razvoja sporta u Republici Hrvatskoj, a koji uključuje stvaranje uslova za sve oblike bavljenja sportom, od programa stvaranja uslova u obrazovno-vaspitnom sistemu, preko stvaranja uslova za postizanje vrhunskih rezultata hrvatskih sportista na međunarodnim takmičenjima, pa do rekreativnog bavljenja sportom svih građana radi zaštite i poboljšanja nivoa javnog i ličnog zdravlja.

Posebno dobro rešenje je što se Nacionalni program sporta donosi za period od osam godina, što potvrđuje u praksi strateško opredeljenje i činjenicu da je reč o dugoročnoj i stranački nezavisnoj strategiji. Garanciju političke neutralnosti Nacionalnog programa sporta treba tražiti u činjenici da se njegovo važenje ne ograničava samo na mandat jedne vlade i jedne skupštinske većine koji traje maksimalno četiri godine, već da obaveznost sprovođenja Nacionalnog programa sporta koji je prethodno donet, obuhvata najmanje dva mandata Vlade Republike Hrvatske. Period od osam godina u praksi može značiti i mogućnost da vreme primene jednog Nacionalnog programa sporta zađe čak i u period mandata neke treće po redu Vlade u odnosu na vreme donošenja Nacionalnog programa sporta.

Novi hrvatski Zakon predviđa i osnivanje Nacionalnog veća za sport, stručnog tela koje brine o razvoju i kvalitetu sporta u Republici Hrvatskoj. Članove Nacionalnog veća imenuje i razrešava Hrvatski sabor. To stručno telo utvrđuje primarne projekte u sportu, raspravlja o pitanjima od najveće važnosti za sport, te − u skladu sa iskustvima iz Evropske unije − predlaže i podstiče donošenje mera za razvoj sporta. Prema pravilima člana 4. hrvatskog Zakona o sportu, Nacionalno veće za sport ima predsednika i dvanaest članova, koje imenuje i razrešava Hrvatski sabor. Da bi se obezbedila stručnost i nepristrasnost članova tog tela u odnosu na izvršnu vlast, Zakon je propisao da predsednika i šest članova na predlog Vlade Republike Hrvatske imenuje Hrvatski sabor. Sa druge strane, a radi zaštite interesa struke i sportskih organizacija, propisano je da tri člana Nacionalnog veća za sport imenuje Hrvatski sabor na predlog Hrvatskog olimpijskog odbora, zatim jednog člana Sabor imenuje na predlog Hrvatskog paraolimpijskog odbora, još jednog člana Sabor imenuje na predlog Hrvatskog sportskog saveza gluvih, a poslednjeg, dvanaestog člana, imenuje na predlog Kineziološkog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

[46] H. Kačer, Prikaz hrvatskog sportskog prava de lege lata i de lege ferenda, u: Pravni život T2, 10/2009, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 223.

Novost Zakona je što se po prvi put u Republici Hrvatskoj predviđa osnivanje Hrvatskog školskog sportskog saveza, kao krovnog tela koje će brinuti o deci u sportu. Predviđena je i posebna zdravstvena zaštita za decu koja se bave sportom u školi, kao i njihovo sistematsko praćenje i usmeravanje u sistemu sporta. Osim toga, davanjem zakonskog prvenstva u korišćenju prostora škola školskim sportskim društvima u odnosu na spoljne korisnike, deci se osigurava prostor za bavljenje sportom, a propisana je i potrebna stručna sprema za osobe koje rade sa decom u školskim sportskim klubovima. Propisivanje takvih rešenja u okviru odredbi Zakona o sportu jasno i nedvosmisleno svedoči o državnoj brizi za decu i njihovu budućnost.

Posebna novina Zakona o sportu Republike Hrvatske je propisivanje obaveze osnivanja Hrvatske agencije za borbu protiv dopinga u sportu, kao specijalizovane ustanove zadužene za praćenje i sprovođenje međunarodnih ugovora o borbi protiv dopinga u sportu u toj državi. U Glavi IX Zakona o sportu koja se odnosi na zdravstvenu zaštitu u oblasti sporta, članom 73. predviđeno je osnivanje Hrvatske agencije za borbu protiv dopinga u sportu. Propisano je da Vlada Republike Hrvatske uredbom osniva Agenciju i utvrđuje njenu organizaciju i način rada u skladu sa Konvencijom protiv dopinga Saveta Evrope (Zakon o sportu tu Konvenciju u svom tekstu označava kao: „Konvencija o antidopingu u sportu"), a da je za svoj stručni rad Agencija odgovorna resornom ministarstvu. Stavom trećim istog člana Zakona predviđeno je da delokrug Agencije čine sledeći stručni poslovi:

- sistematsko praćenje i koordiniranje akcija vladinih i nevladinih organizacija u borbi protiv dopinga u sportu,
- predlaganje i sprovođenje mera u borbi protiv dopinga u sportu,
- primena konvencija, kodeksa WADA-e (Antidoping pravilnik Svetske antidoping agencije) i pravila međunarodnih sportskih saveza i Međunarodnog olimpijskog komiteta.

Osnivanje Hrvatske agencije za borbu protiv dopinga u sportu (HADA), iako je kao obavezno propisano Zakonom, u praksi je išlo prilično sporo. Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske je još u 2006. godini pripremilo Prijedlog uredbe o osnivanju HADA-e. Međutim, iz organizacionih i finansijskih razloga čekalo se više od pola godine da Vlada Republike Hrvatske donese tu Uredbu. Na sednici Vlade Republike Hrvatske održanoj 7. februara 2007. godine, na osnovu člana 73. stava 2. Zakona o sportu, doneta je Uredba o osnivanju Hrvatske agencije za borbu protiv dopinga u sportu. Donošenjem Uredbe ispunjen je i poslednji formalni preduslov za otpočinjanje rada HADA-e. Ubrzo po donošenju Uredbe o osnivanju HADA-e, Vlada Republike Hrvatske je na predlog Ministra znanosti, obrazovanja i sporta imenovala privremenog direktora HADA-e čiji je posao bio da donese privremeni Statut HADA-e, da obavi poslove u vezi sa upisom HADA-e u sudski registar i da organizuje početak rada HADA-e. Po okončanju tog posla Hrvatskom agencijom za borbu protiv dopinga u sportu počeo je da upravlja Upravni odbor koji je nadležan i za donošenje Statuta HADA-e. S obzirom na obim i ozbiljnost stručnih, administrativnih i tehničkih poslova koje je bilo neophodno

obaviti prilikom započinjanja rada HADA-e, ona je postala potpuno funkcionalna i operativna tek od poslednjeg tromesečja 2007. godine.

Što se zabrane upotrebe dopinga u sportu tiče, članom 72. Zakona o sportu propisano je da: ,,sportisti ne smeju uzimati nedopuštena sredstva (doping) niti smeju primenjivati postupke koji su nedopušteni prema pravilima Svetske antidoping agencije''. Zabrana upotrebe dopinga nije novost u hrvatskom pravnom sistemu, pošto je još član 56. Zakona o sportu Republike Hrvatske iz decembra 1990. godine predviđao da je učesnicima sportskih takmičenja zabranjeno davati stimulativna sredstva za koja je nekim drugim propisom određeno da su nedozvoljena, a i da je samim sportistima zabranjeno da takva sredstva uzimaju tj. koriste. Zabrana upotrebe dopinga u sportu novim Zakonom o sportu iz 2006. godine je proširena na taj način što je predviđeno da: ,,trener, ovlašćeni lekar, i druge osobe u sportu (osobe osposobljene za rad u sportu, osobe koje učestvuju u organizovanju i vođenju sportskog takmičenja - sportski sudija, sportski delegat i sportski poverenik - i menadžeri u sportu) ne smeju sportisti davati nedopuštena sredstva ili od sportiste tražiti ili podsticati ga da uzima nedopuštena sredstva ili primenjuje postupke koji su nedopušteni pravilima Svetske antidoping agencije''.

U Glavi XIV Zakon sadrži kaznene odredbe koje propisuju sankcije za pravna i fizička lica koja prekrše raznovrsna pravila predviđena Zakonom o sportu. Sam Zakon, svojim odredbama kvalifikuje nedozvoljena ponašanja fizičkih i pravnih lica kao prekršaje, a eventualnu krivičnu odgovornost za delikte iz oblasti dopinga u sportu nigde ne predviđa. Za pravna lica članom 86. Zakona propisana je novčana kazna od 30.000,00 do 100.000,00 kuna, ako ta lica traže ili dopuste da sportista uzima nedopuštena sredstva ili primenjuje postupke koji su nedopušteni prema pravilima Svetske antidoping agencije. Za fizička lica članom 87. Zakona propisana je novčana kazna od 10.000,00 do 15.000,00 kuna za sledeća dva slučaja:

- ako sportista uzme nedopuštena sredstva ili ne dopusti obavljanje doping kotrole,
- ako trener, ovlašćeni lekar, i druge osobe u sportu, sportisti daju ili od sportiste traže da uzima nedopuštena sredstva ili ga podstrekavaju na uzimanje nedopuštenih sredstava.

Članom 89. Zakona propisane su dve zaštitne mere koje se mogu izreći učiniocima prethodno navedenih prekršaja. Jedna zaštitna mera odnosi se na fizička lica i ogleda se u zabrani obavljanja sportske delatnosti u trajanju od jednog meseca do jedne godine, a druga zaštitna mera izriče se pravnim licima, takođe kao zabrana obavljanja sportske delatnosti, ali u trajanju od tri meseca do jedne godine. Nije jasno po kom kriterijumu i iz kojih razloga je hrvatski zakonodavac odlučio da postavi veći poseban minimum za izricanje istovetne zaštitne mere pravnim licima u odnosu na fizička lica.[47] Ako se pošlo od stanovišta da za otklanjanje stanja ili uslova koji su pogodovali izvršenju prekršaja pravnog lica iz oblasti dopinga, treba više vremena nego u slučaju kada je izvršilac prekršaja fizičko lice, logično je bilo da se i poseban

[47] D. Šuput, Sankcionisanje dopinga u sportu, Orion art, Beograd, 2007, str. 88.

maksimum ove prekršajne sankcije, u slučaju prekršaja koje učini pravno lice, odredi u dužem trajanu nego što je to kod fizičkih lica.

Zakon o sportu Hrvatske predviđa i ustrojavanje informacionog sistema u sportu radi uspostavljanja elektronske baze podataka koja će služiti boljem praćenju sportskog sistema u čitavoj državi.

Takođe, Zakonom je propisano i predviđeno uspostavljanje plana izgradnje i održavanja mreže sportskih građevina (sportskih objekata). Reč je o strateškom dokumentu kojim će se odrediti planska izgradnja i obnova sportskih objekata. Uz to, propisana je i zabrana uklanjanja ili menjanja namene površina predviđenih za javne sportske objekte i javne sportske građevine. Promena namene sportskih objekata i površina planiranih za njihovi izgradnju, prema novom hrvatskom Zakonu moguća je isključivo uz saglasnost Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta, a uz pretpostavku da su prethodno ispunjeni Zakonom propisani uslovi.

Kao veoma bitan deo, Zakon poseduje odredbe o tome koje se delatnosti smatraju sportskim delatnostima i uz to propisuje uslove za obavljanje tih delatnosti. Precizno i jasno određeni su stručni poslovi u sportu, a propisani su i uslovi koje treba ispuniti za njihovo obavljanje.

Odredbama Zakona se na primeren način rešavaju položaj, prava i obveze kategorisanih sportista, a predviđa se i stipendiranje studenata na univerzitetskim ustanovama za vrhunske sportiste i posebni uslovi u školovanju sportista.

Posebno važna novina je što Zakon o sportu iz 2006. godine u sistem takmičenja uvodi i sportska deoničarska društva kao privredna društva koja po uzoru na zemlje Evropske unije uvažavaju posebnosti sporta. Sportsko deoničarsko društvo Zakonom je definisano kao pravno lice koje je posebno registrovano za obavljanje sportske delatnosti učestvovanja u sportskim takmičenjima.[48] Na taj način se omogućava otvartanje sportskih društava i klubova prema tržištu kapitala, a istovremeno se započinje sa uvođenjem racionalnijeg i transparentnijeg načina poslovanja, što je bio zahtev međunarodnih sportskih organizacija i tela. Zakonom je uvedena obveza preoblikovanja profesionalnih sportskih klubova u formu sportskih deoničarskih društava i to kao neminovnost za sportske klubove u fudbalu, košarci i rukometu, ukoliko oni ispunjavaju i ostale Zakonom propisane uslove. Osim toga, dobrovoljno se mogu preoblikovati i svi ostali sportski klubovi, nezavisno od toga da li se radi o profesionalnim ili amaterskim sportskim klubovima i bez obzira u kom se sportu takmiče, ako se njihovo članstvo, rukovodstvo i vlasnici opredele za tu opciju.

Prilikom pisanja teksta Zakona uvažena je i ideja da pojedine odredbe Zakona moraju imati socijalnu funkciju, pogotovo kada je reč o amaterskom sportu i amaterskim sportskim klubovima. Tako je radi pružanja pomoći u radu i opstanku amaterskih sportskih klubova, Zakon predvideo i odredbe o odlaganju naplate potraživanja Republike Hrvatske i pravnih lica u kojima Republika Hrvatska ima većinski vlasnički udeo, ili većinsko pravo glasa. Takvim odredbama osiguravaju se

[48] S. Petrović, Trgovačka društva u sportu, u: Uvod u sportsko pravo, Inžinjerski biro, Zagred, 2009, str. 86.

uslovi za razvoj amaterskih sportskih klubova i njihovo lakše poslovanje u skladu sa običajima i standardima krovnih međunarodnih sportskih organizacija.

B. Zakon o spriječavanju nereda na sportskim natjecanjima

U Hrvatskoj se od jula 2003. godine primenjuje Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima. Tim zakonom propisan je veliki broj protivpravnih ponašanja koja su okvalifikovana kao prekršaji, dok sa druge strane, Zakon ni jedan oblik huliganskog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama nije propisao kao posebno krivično delo, što se može smatrati njegovim bitnim nedostatkom. Tako su protivpravna ponašanja kao što su paljenje i bacanje pirotehničkih sredstava, učestvovanje u tuči ili napad na druge gledaoce, redare, službena lica organizatora sportske priredbe, sportiste i druge učesnike sportskog takmičenja, propisani kao prekršaji za koje se izvršiocu mogu izreći novčana kazna ili kazna zatvora, a uz te sankcije i zaštitna mera zabrane prisustvovanja na sportskim priredbama.[49]

Glavne primedbe uočene i izrečene u odnosu na Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, stručna javnost hrvatske uputila je zbog niskih kazni koje su propisane tim zakonom za izvršioce prekršaja.[50] Tako je do izmena i dopuna Zakona koje su izvršene tokom 2006. i u martu 2009. godine, osobi koja na sportskoj priredbi učestvuje u tuči, ili izvrši napad na druge gledaoce, redare, službena lica organizatora sportske priredbe, sportiste i druge učesnike sportskog takmičenja, prekršajni sud mogao da izrekne kaznu zatvora u trajanju od najduže trideset dana. Posle izmena Zakona maksimum kazne zatvora povećan je na šezdeset dana. Različito zakonsko rešenje u odnosu na Srbiju je i to što je navijačima dozvoljeno da konzumiraju alkoholna pića na onim utakmicama i ostalim sportskim priredbama koje nisu proglašene za visokorizične, dok je u Srbiji zabranjeno konzumiranje alkohola na svim sportskim priredbama. Takvo rešenje može se smatrati opravdanim i mnogo primerenijim, u odnosu na ono koje postoji u srpskom Zakonu o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama[51].

Iskustvo slično Srbiji, kada je reč o nedelotvornosti kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta u segmentu borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama imala je i Republika Hrvatska. Ta država je 2003. godine donela Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, ne samo zbog želje da ispuni obaveze preuzete potpisivanjem Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama[52], već i zbog potrebe da se propisivanjem kazneno pravnog mehanizma suprotstavi sve većoj eskalaciji nasilja na sportskim priredbama u Hrvatskoj. Do

[49] D.Primorac, Sport i protupravna ponašanja, u: Uvod u Sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 314.
[50] D.Primorac, op.cit, str. 322.
[51] „Službeni glasnik RS", br. 67/2003, 101/2005 – dr. zakon, 90/2007, 72/2009 – dr. zakon i 111/2009.
[52] European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Event and in Particular at Football Matches, nalazi se na veb-stranici: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/120.htm.

donošenja Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, problematiku sprečavanja, suzbijanja i sankcionisanja nereda i nasilja na sportskim priredbama, uređivali su, samo delimično, drugi propisi, a pre svega Zakon o javnom okupljanju[53], Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira[54], kao i neke odredbe Kaznenog zakona[55]. U takvim okolnostima, porast protivpravnih ponašanja povezanih sa sportskim priredbama bio je sve veći, tako da su podaci Ministarstva unutrašnjin poslova Republike Hrvatske (MUP RH) o broju izvršenih krivičnih dela i prekršaja na sportskim priredbama poslužili kao dodatni podsticaj za hrvatskog zakonodavca da pristupi izradi i donošenju Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima.

Za razliku od Srbije, MUP RH poseduje evidenciju o broju izvršenih krivičnih dela i prekršaja na sportskim priredbama u periodu pre donošenja Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, pa se poređenjem tih podataka i podataka koji se odnose na broj krivičnih dela i prekršaja izvršenih posle donošenja Zakona, na egzaktan i precizan način može utvrditi kakve efekte je imala primena Zakona i kažnjavanje izvršilaca delikata u oblasti eventualnog smanjenja broja izvršenja akata nasiLja na sportskim priredbama. Podaci MUP RH pokazuju da je tokom 2001. godine zabeleženo 47 slučajeva nasiLja na fudbalskim utakmicama i da je u najvećem broju slučajeva bilo reči o međusobnim sukobima navijačkih grupa prilikom kojih su izvršavana krivična dela i prekršaji. U tim neredima bilo je povređeno 89 navijača, od čega 11 teško, oštećeno je 20 autobusa, 36 policijskih vozila, 2 privatna vozila i 1 tramvaj. Privedeno je ukupno 337 navijača, a protiv njih 47 podnete su krivične prijave, dok je protiv 228 podnet zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.[56]

Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima počeo je u Hrvatskoj da se primenjuje 23. jula 2003. godine, čime je postao funkcionalan kazneno pravni mehanizam zaštite sporta u segmentu borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Međutim, iako je radi suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama započeto sa sankcionisanjem izvršilaca takvog ponašanja, ipak su se tokom prve godine primene Zakona pojavili problemi koje je trebalo hitno rešiti kako bi primena Zakona postigla svrhu, tj. kako bi se povećala sigurnost gledalaca, sportista i drugih učesnika sportske priredbe. Analize koje je sprovela hrvatska policija, pokazale su da uprkos primeni zakona dolazi do izvršenja još težih oblika nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, nego što je to bilo pre donošenja Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima. Ispostavilo se da su neki izvršioci prekršaja i krivičnih dela na sportskim priredbama, uprkos podnetim prijavama ili donetim sudskim odlukama i dalje nastavljali sa vršenjem akata nasilja na sportskim priredbama. Od početka primene Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima pa do 31. decembra 2005. godine hrvatska policija je zbog nereda na sportskim priredbama podnela ukupno 1335

[53] Narodne novine, br. 128/99.
[54] Narodne novine, br. 5/90.
[55] Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 129/00, 51/01, 105/04, 84/05 i 71/06.
[56] D.Primorac, op. cit, str. 313.

zahteva za pokretanje prekršajnog postupka protiv 1581 osobe. Osim toga, pripadnici hrvatske policije su u tom periodu u skladu sa odredbama članova 25. i 26. Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima preventivno priveli ukupno 2255 osoba koje su dolazile na sportske priredbe, a koje su svojim ponašanjem izazvale osnovanu sumnju da su pod uticajem alkohola, opojnih droga ili da su prema ispoLjenom ponašanju spremne da izazovu nerede.[57] Kao i pre donošenja Zakona, i u periodu posle donošenja Zakona, najveći broj deliktnih ponašanja evidentiran je na fudbalskim utakmicama – ukupno 244 slučaja, dok je na osltalim sportskim priredbama zabeležno samo 34 incidenta.

O razočaravajućim efektima primene hrvatskog Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima govori i podatak da je od početka primene Zakona, pa do 31. decembra 2005. godine zabeležen veliki broj tuča navijača u kojima je povređeno mnogo policajaca i oštećeno mnogo vozila i druge imovine. U odnosu na period pre primene Zakona, kada se najveći broj slučajeva nasilničkog ponašanja događao na sportskim priredbama i u neposrednoj blizini sportskih objekata u okviru kojih su priredbe održavane, uočeno je da se po donošenju Zakona, najveći broj protivpravnih ponašanja koja predstavljaju nasilničko ponašanje, događa tokom putovanja na sportske priredbe i u ugostiteljskim objektima koji se nalaze na putu ka sportskim objektima u kojima se održavaju sportske priredbe. Takva situacija uticala je na hrvatskog zakonodavca da 2006. godine donese Zakon o izmenama i dopunama zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima i da izmenama pooštri sankcije (pre svega zatvorske i novačane kazne) koje se mogu izreći izvršiocima akata nasilja na sportskim priredbama. Međutim, pošto je dosadašnja praksa kažnjavanja pokazala male efekte i opovrgla rašireno laičko uverenje da je kažnjavanje najefikasnije sredstvo za suzbijanje kriminaliteta i svih drugih negativnih društvenih pojava, ni u narednom periodu ne može se očekivati da će primena Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima imati bolje efekte u oblasti sprečavanja i suzbijanja nasilja na sportskim priredbama. Takvoj neefikasnosti kazneno pravnog mehanizma, u ovom slučaju doprinosi još jedna okolnost, koja je zajednička Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj, a to je neefikasnost u radu sudova i blaga kaznena politika sudova. Zato treba uzeti u obzir činjenicu da su mali efekti primene Zakona prisutni i zbog okolnosti da su hrvatski sudovi od ukupno 1355 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, rešili jedva nešto više od pola predmeta – 749, dok su u najvećem broju presuđenih predmeta, izvršiocima akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama izrečene opomene i novčane kazne. Samo 10 slučajeva okončano je izricanjem kazne zatvora.

[57] D.Primorac, op. cit, str. 319.

IV Zaključak

Brojnost propisa koji u Republici Hrvatskoj uređuju sport i sa njim povezane aktivnosti i delatnosti svedoči o nespornosti činjenice da u toj državi sportsko pravo predstavlja zasebnu granu prava čiji razvoj postaje sve intenzivniji. U prilog toj tezi govori i podatak da se kao poseban nastavni predmet, sportsko pravo predaje na jednom od univerziteta te države i da je početkom 2009. godine objavljen udžbenik iz tog predmeta. Osim toga, o važnosti i aktuelnosti sportskog prava u Hrvatskoj, može se izvesti zaključak i iz okolnosti da u njoj postoji i radi Hrvatsko društvo za sportsko pravo koje ima sedište u Splitu.

Hrvatski Zakon o sportu kao glavni izvor sportskog prava u toj državi izuzetno je sveobuhvatan i po mnogim rešenjima napredan – znatno bolji nego zakoni većine ostalih država iz našeg okruženja. Stupanjem na snagu novog Zakona o sportu 2006. godine Hrvatska je započela sa sprovođenjem jasne i odlučne strategije razvoja sporta, a mnogim odredbama Zakona osigurana je trajna briga o ulaganju sportski podmladak te države. Hrvatsku javnost i sportske radnike posebno ohrabruje činjenica da je osnov za smanjivanje uticaja politike na razvoj sporta stvoren članom Zakona koji predviđa osnivanje Nacionalnog veća za sport kao stručnog tela koje imenuje Hrvatski sabor kao neporedno predstavničko telo svih građana.

Donošenjem i primenom novog Zakona o sportu, Republika Hrvatska zadržala je, u skladu sa svojom dugogodišnjom pravnom tradicijom, intervencionistički model zakonskog uređivanja materije sporta, što znači da će i u budućnosti, najznačajniji deo sportskog sistema Republike Hrvatske i osnovni elementi koji čine taj sistem, biti u pogledu strukture i nadležnosti uređeni pravnim normama koje propisuje država. Međutim, paralelno sa takvim opredeljenjem zakonodavca, a posle dugog niza godina u kojima je nevladin sportski sektor Hrvatske pripadao tzv. nekonsolidovanom tipu, nove zakonske odredbe dovele su do stvaranja konsolidovanog modela nevladiong sportskog sektora u Hrvatskoj. To znači da je prema pravilima Zakona o sportu iz 2006. godine, nevladin sportski sektor postavljen tako da se na vrhu piramide nalazi jedna organizacija, koja u sebi obuhvata kako olimpijski komitet, tako i sve nacionalne sportske saveze. Time je napušten kao manje efikasan i skup za finansiranje, tzv. nekonsolidovani nevladin sportski sektor, u kome se na vrhu organizacione piramide nije nalazila samo jedna organizacija (npr. Nacionalni olimpijski komitet), već je postojala razlika i konkurencija između nacionalnog olimpijskog komiteta i drugih nacionalnih saveza, odnosno još jednog nacionalnog opšteg sportskog saveza u državi.

Ne manje bitna koncepcijska promena u odnosu na prethodno opisanu je ta što nadležnosti hrvatske države u oblasti sporta i sportskog sistema, prema odredbama novog Zakona, nisu više centralizovane, kao što je to bilo u poslednjih dvadesetak godina, već je sprovedena značajna decentralizacija državne vlasti u oblasti sporta i upravljanja sportskim sistemom.

Iako sprovedena analiza i prikaz odredbi hrvatskog Zakona o sportu i Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima doprinosi lakšem i pravilnijem

zauzimanju stava o kvalitetu i vrednosti postojećeg pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji, i iako bi iz hrvatskog Zakona o sportu kao dobrog primera uspešne zakonodavne reforme u oblasti pravnog uređivanja materije sporta bilo moguće preuzeti pojedina rešenja kojima bi se dosadašnje verzije srpskog Predloga zakona o sportu poboljšale, neophodno je naglasiti da bi automatsko preuzimanje bilo kog stranog modela i prosto prepisivanje sadržine pojedinih inostranih propisa, bez vođenja računa o specifičnostima Republike Srbije i stanja u njenom sportskom sistemu, moglo da dovede isključivo do stvaranja jednog idealnog teorijskog modela, koji neće imati velikog izgleda za uspeh u praksi. Zato prilikom definisanja strateških polaznih osnova razvoja modernog pravnog okvira koji će uređivati materiju sporta u Republici Srbiji, treba uzeti u obzir, a samim tim treba i u potpunosti uvažiti, karakteristike sopstvene države, njenog sporta i njene pravne tradicije, uz načelan stav da je reforma pravnih akata iz oblasti sporta ne samo deo reforme sportskog sistema, već i deo reforme celokupnog pravnog sistema Republike Srbije. Pri tom se mora imati u vidu i da je reforma pravnih akata u oblasti sporta, a pogotovo priprema i donošenje novog Zakona o sportu, ne samo prosto menjanje sadržine propisa i sprovođenje promena u organizovanju i funkcionisanju sportskog sistema i načina ostvarivanja prava i obaveza svih pravnih i fizičkih lica uključenih u sport i sportske aktivnosti, već i istovremeno menjanje svesti i odnosa države i građana prema sportskom sistemu i sportskim organizacijama koje treba da deluju u interesu razvoja sporta Republike Srbije. Takođe, treba imati u vidu da je reforma pravnog okvira koji uređuje sport trajan proces, kao što je trajan i proces razvoja sportskog sistema, države i društva u kome taj sistem funkcioniše. O tome najbolje govori činjenica da se reforma pravnih akata koji uređuju sport ne odvija samo u zemljama u tranziciji, niti se okončava njihovim integrisanjem u međunarodna tela i Evropsku uniju. Naprotiv, u većini razvijenih evropskih država, reforma pravnog okvira koji uređuje sport i dalje je bitan element ukupnog razvoja.

LITERATURA

1. A.N.Chaker, Study on national sports legislation in Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999.
2. D. Panagiotopoulos, Sports Law in the World, Sakkoulas Publishers, Athens-Komotini, 2004.
3. D.Primorac, Sport i protupravna ponašanja, u: Uvod u Sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 304-358.
4. D. Šuput, Reforma pravnog okvira koji uređuje sport u Republici Srbiji i privatizacija, u: Sport i privatizacija, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Zepter, Beograd, 2009, str. 47-67.
5. D. Šuput, Zakon o sportu Republike Hrvatske – primer uspešne regulatorne reforme, u: Fizička kultura vol. 61 N1-2, Fakultet sporta i fizičkog vaspitanja Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, str. 134-145.

6. D.Šuput, Sportsko pravo u Sjedinjenim Američkim Državama, u: Uvod u pravo SAD, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2008, str. 347-368.
7. D. Šuput, Dokumenti međunarodnih organizacija koji propisuju zabranu upotrebe dopinga u sportu, u: Strani pravni život br. 2/2009, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009, str. 291-314.
8. D.Šuput, Zakonsko uređivanje sporta u evropskim državama, u: Strani pravni život br. 3/2009, Beograd, Institutu za uporedno pravo, 2009, str. 247-272.
9. D. Šuput, Sankcionisanje dopinga u sportu, Orion art, Beograd, 2007.
10. D. Šuput, Značaj normiranja sporta, u: Pravo i društvo, Službeni glasnik, Beograd, 2010, str. 157-174 .
11. H. Kačer, Prikaz hrvatskog sportskog prava de lege lata i de lege ferenda, u: Pravni život T2, 10/2009, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 223-239.
12. H.Kačer, Uvod i osobe u sportu, u: Uvod u sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 3-32.
13. K.Foster, Lex Sportiva and Lex Ludica –the Court of Arbitration for Sports Jurisprudence, nalazi se na veb-stranici: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume3/number2/foster/foster.pdf .
14. Predlog programa poslediplomskog specijalističkog studija ,,Sportsko pravo'', nalazi se na veb-stranici: http://www.pravst.hr/dokumenti/novosti/nwdodlink_prijedlog_programa_rad_ver.pdf.
15. S. Petrović, Trgovačka društva u sportu, u: Uvod u sportsko pravo, Inžinjerski biro, Zagred, 2009, str. 79-104.
16. What is Sports Law, nalazi se na veb-stranici: http://www2.msstate.edu/~jag/intro.htm.

Dejan Šuput, LLM
Research Associate
Institute of Comparative Law

SPORTS LAW IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

National sports legislation in South East Europe countries is complex and differs from country to country. During the years, it became almost a rule that most south and the east European countries have adopted an interventionist sports legislation model. That model is also applied in the Republic of Croatia.

Within this artice laws regulating sport and sport related activities in Croatia were analysed and presented. Croatia applied interventionist sports legislation model that makes their legal framework regulatin sports comparable with Serbian legal framework reulilating sports. Serbian Law on Sports is very obsolete and the legislative practice of countries like Croatia could be a good example of how the reform of legal framework regulating sport should be performed.

Although performed analysis and presentation of Croatian laws regulating sports contribute to the process of proper evaluation of the quality of current Serbian Draft Law on Sports and even though Croatian Law on Sports represents a good practice in conducting regulatory reform that could be followed by Serbian legislator, it is necessary to stress that automatical takeover of any foreign model and simple copying of foreign laws, without taking into account about specific needs of the Republic of Serbia and conditions in which is its sports system, can lead only to creation of ideal theoretical model that would not have a big chance to be efficiently applied in practice.

Key words: sport, sports law, state, regulatory reform, sports organizations.

mr Mario RELJANOVIĆ
Institut za uporedno pravo
istraživač-saradnik

ZABRANA DISKRIMINACIJE U BOSNI I HERCEGOVINI - PRAVNI OKVIR I PRAKSA -

Apstrakt

Diskriminacija se javlja kao negacija dostignutih standarda uživanja ljudskih prava. Zato je efikasan sistem zaštite od diskriminacije prethodni uslov ostvarivanja mnogih garantovanih prava građana, na jednak način za sve. Diskriminacija je specifična i po tome što nije samo pravni, već i sociološki, kulturološki, čak i ekonomski problem. Otuda suzbijanje diskriminacije ima nekoliko aspekata koji su podjednako važni. Rad se bavi analizom faktičkog stanja u ovoj oblasti u Bosni i Hercegovini – posmatra se kako zakonski antidiskriminacioni okvir, tako i njegova (ne)primena u praksi, kao i druge aktivnosti države i civilnog sektora koje su od značaja za sprečavanje i sankcionisanje diskriminacije. Takođe, koristi se komparativni metod i upoređuje antidiskriminaciono zakonodavstvo sa relevantnim zakonima susednih zemalja – Hrvatske i Srbije, kako bi se ukazalo na nedostatke i propuste, na moguća pozitivna rešenja koja bi ukupnu situaciju učinila povoljnijom, ali i da bi se Bosna i Hercegovina pozicionirala u odnosu na ostale države u regionu, kada je reč o kvalitetu zaštite ljudskih prava.

Ključne reči: diskriminacija, antidiskriminaciono zakonodavstvo, ljudska prava, Bosna i Hercegovina.

1. DISKRIMINACIJA I POLOŽAJ DRŽAVE – UGROŽENE KATEGORIJE

Antidiskriminaciono pravo proizvod je druge polovine XX veka. Sa razvojem ideje o univerzalnosti ljudskih prava, došlo se do zaključka da je diskriminacija negacija osnovnog prava čoveka – prava na jednakost ličnosti, i kao takva predstavlja negativnu pojavu u društvu, koju bi valjalo iskoreniti. Međutim, diskriminacija se razvija kroz stereotipe i predrasude koji su utemeljeni u istoriji, kulturi, ponašanju ljudi koje se ponekad proteže i vekovima unazad. Ovo je naročito slučaj sa tzv. modelom patrijarhalnog društva, za koji se vezuje sistematska i dugotrajna diskriminacija žena. Zato su i u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH), kao i drugim državama u okruženju, žene jedna od ranjivih grupa u društvu, koje je podložno diskriminatorskom ponašanju i patrijarhalnim obrascima delovanja. Ipak, osim žena kao potencijalno ugrožene grupe, BiH je specifična po tome što nosi

izrazito nasleđe i posledice ratnih dešavanja u ovoj državi tokom devesetih godina XX veka. Otuda se osim „klasičnih" ranjivih grupa, kao što su žene i nacionalne manjine (pre svega Romi), javljaju i druge društvene grupe i podgrupe koje se mogu osećati diskriminisanim i ugroženim – ovo se naročito odnosi na invalide rata (vojne i civilne) i izbegla i raseljena lica.

Moderne tendencije borbe protiv diskriminacije pre svega imaju u vidu njenu multidimenzionalnost – pravni okvir je u ovom slučaju samo jedna od komponenti koje su funkcionalno povezane, a koje vode suzbijanju diskriminacije kroz promenu svesti i načina doživljavanja određenih društvenih grupa, pojava i problema. Otuda se stvara jedinstvo delovanja na liniji *prevencija (kroz edukaciju) → zabrana (kroz uspostavljanje funkcionalnog i primerenog pravnog okvira za borbu protiv diskriminacije) → sankcija (kroz implementaciju pravnog okvira, adekvatno kažnjavanje počinilaca diskriminacije i efikasnu zaštitu žrtava diskriminacije)*. Diskriminacija nije samo pravni, već je i sociološki, kulturološki, istorijski, pa čak i ekonomski problem. Ona se zasniva na pogrešnoj i ograničenoj percepciji drugih ljudi i grupa. „Svi vidovi diskriminacije imaju jedan zajednički imenitelj: svi se oni svode na to da se prema nekome ophodimo ovako ili onako, ne zbog onoga što on ili ona jeste, zbog njegovih ili njenih zasluga ili prestupa, već zbog njegove ili njene pripadnosti za koju se vezuju određeni stereotipi."[1] Predrasude i stereotipi „hrane" predstavu o drugima koju pojedinac stvori pod uticajem okoline, iz koje prihvata i nekritički usvaja one segmente koji odgovaraju njegovim intelektualnim mogućnostima, obrazovanju, uticaju porodice i vaspitanju, vrednostima i moralu, koje shvata kao apsolutne. Ovakvi stavovi su često pogrešni, jer se ne zasnivaju na objektivnim pokazateljima nečije vrednosti, poštenja, sposobnosti. Otuda je *interakcija* sa pripadnicima grupe koja se posmatra kao negativna, najčešće razlog za promenu sistema njenog vrednovanja i drugačije gledište o mnogim pitanjima vezanim za njene pripadnike. Ova komponenta suzbijanja diskriminacije nije pravna, jer se normom ne može uticati na eliminaciju predrasuda, već je deo permanentne edukacije koja samo na srednji i duži rok može pokazati vidljive promene unutar većih grupa. Najnovije tendencije u evropskom pravu upravo idu u pravcu eliminisanja argumenata za diskriminisanje pojedinaca – npr, koncept podeljene odgovornosti roditelja za zasnivanje i proširenje porodice, poslodavca stavlja u potpuno isti položaj kada treba da odluči o zaposlenju žene ili muškarca na određeno radno mesto, kada je reč o planiranju porodice njegovih budućih zaposlenih. Ovo zato što zakonodavstvo daje potpuno ista prava za oba roditelja kada je reč o zasnivanju ili proširenju porodice; to su prava koja su donedavno mogle da koriste samo žene, zbog čega su se poslodavci ustručavali da ih zaposle, vršeći kontinuiranu diskriminaciju.[2]

Diskriminacija se javlja u mnogim vidovima i oblicima, u gotovo svim važnijim društvenim segmentima: obrazovanju, zapošljavanju, stanovanju, pružanju usluga,

[1] Vojin Dimitrijević, izlaganje na Konferenciji OEBS-a o rasizmu, ksenofobiji i diskriminaciji 5. septembra 2003. godine. Preuzeto iz: Vojin Dimitrijević, *Reindividualizacija kao lek protiv diskriminacije*, Reč 71(17)/2003, str. 95-97.

[2] Osim naravno porodiljskog odsustva koje je prirodno rezervisano samo za žene.

itd. Ona se takođe može javiti kao direktna diskriminacija – slučaj u kojem diskriminator ni na koji način ne skriva svoje namere da nekoga stavi u gori položaj, ograniči mu ili uskrati neko pravo samo zbog nekog njegovog ličnog svojstva; ili u vidu posredne diskriminacije, kada naizgled neutralna norma stvara diskriminatorski efekat u svojoj primeni. Do indirektne diskriminacije dolazi kada diskriminator donese neki akt koji naizgled ustanovljava jednaka prava, obaveze i odgovornosti svih lica, odnosno pretpostavlja njihov jednak tretman bez obzira na lična svojstva. Problem nastaje u primeni tog akta, kada dolazi do faktičke diskriminacije pojedinaca, odnosno pojedinih kategorija lica, jer akt u pitanju ne uzima u obzir neke specifične karakteristike tih lica koje ih stavljaju u podređen (lošiji) položaj njegovom primenom. Posredna diskriminacija često podrazumeva neznanje ili pogrešku diskriminatora, gde ovaj nema stvarnu nameru da nekoga stavi u gori položaj nego što to zaslužuje. Međutim, veoma često posredna diskriminacija može predstavljati ništa drugo do rezultat „evolucije" ponašanja diskriminatora, koji se na taj način skrivaju iza naizgled korektnog ponašanja, kako bi izbegli osudu za svoje postupanje. I direktna i indirektna diskriminacija su zabranjene u praktično svim državama koje imaju antidiskriminatorno zakonodavstvo. [3]

Država dakle u procesu suzbijanja diskriminacije ima višestruku ulogu: ona postavlja pravni okvir i stara se o njegovom sprovođenju; povezuje različite socijalne institucije i organizacije iz vladinog i nevladinog sektora, osmišljanja i koordiniše napore da se sprovede edukacija; konačno, ima *kontinuirano aktivnu* poziciju radi zaštite ljudskih prava koja se mogu ugroziti, ograničiti ili prekršiti diskriminacijom – u ovom slučaju nije dovoljno biti pasivan posmatrač, što je karakteristično za položaj državnih organa prilikom (nemešanja) u ostvarivanje određenih prava njenih građana. Sa ovih pozicija biće analizirano antidiskriminaciono zakonodavstvo u BiH, kao i uloga države u njegovoj primeni.

2. ANTIDISKRIMINACIONO ZAKONODAVSTVO

Retke su države koje nemaju posebne antidiskriminacione zakone. Jedan od takvih primera bila je i Bosna i Hercegovina, do jula 2009. godine kada je usvojen Zakon o zabrani diskriminacije[4]. Iako Ustav BiH sadrži generalnu zabranu diskriminacije[5] i predviđa neposrednu primeu Evropske konvencije o ljudskim

[3] Zakon o zabrani diskriminacije Republike Srbije određuje da posredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva, stavlja u nepovoljniji položaj aktom, radnjom ili propuštanjem koje je prividno zasnovano na načelu jednakosti i zabrane diskriminacije, osim ako je to opravdano zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i nužna (član 7. Zakona o zabrani diskriminacije, Sl.glasnik RS 22/09). Ova definicija harmonizovana je sa sličnim određenjima indirektne diskriminacije u propisima Evropske unije. Više u: Christa Tobler, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Luxembourg, 2008, str. 28-29.

[4] Službeni list BiH 59/09.

[5] Istovetna odredba o zabrani diskriminacije može se naći i u dejtonskom mirovnom sporazumu, kojim je okončan sukob u BiH, u Aneksu IV tog dokumenta. Takođe, Aneks VII koji se bavi pravima izbeglih i raseljenih lica predviđa zabranu svakog oblika diskriminacije prema ovoj kategoriji stanovništva, kako

pravima sa protokolima (koju preuzimaju i ustavi federacije BiH i Republike Srpske), jedini zakon koji se direktno bavio zabranom diskriminacije do donošenja krovnog zakona, bio je Zakon o ravnopravnosti polova.[6] Ostali zakoni, kao npr. Zakon o radu u institucijama BiH, ili Zakon o radu Republike Srpske se samo posredno, putem zabrane diskriminacije u odnosu na pojedina lična svojstva, dotiču ovog problema. Ovakvo stanje direktno je „legalizovalo" pojedine oblike diskriminacije.[7] Dodatne poteškoće u zakonodavstvu izazivaju diskriminatorne odredbe pojedinih zakona, što je potvrdio i Evropski sud za ljudska prava, u odnosu na izborne zakone BiH.

Kada je međunarodni okvir u pitanju, BiH je potpisnica većeg broja instrumenata koji se tiču zabrane pojedinih oblika diskriminacije (videti *Tabelu 1* i *Tabelu 2*).

	MPGPP + DP1 + DP2[8]	MPESKP + DP[9]	MKURD[10]	MKEDŽ + P[11]	KPDO + DP[12]	KPD + DP1 + DP2[13]	KPOI + FP[14]	MKZRM[15]
ukupno potpisnica	165 + 113 + 72	160	173	186 + 99	96 + 34	193 + 131 + 135	76 + 48	42
SAD	DA + NE + NE	NE	DA	DA + NE	NE + NE	NE + DA + DA	NE + NE	NE
ukupno članica EU	27 + 26 + 25	27	27	27 + 27	20 + 11	27 + 24 +	12 + 10	0

u postupku ostvarivanja njihovih prava (na obrazovanje, zapošljavanje, zdravstvenu i druge oblike socijalne zaštite, itd.), tako i u postupku povratka u mesta u kojima su boravili pre izbijanja oružanih sukoba. Videti: *Human Rights in Bosnia and Herzegovina*, Human Rights Co-ordination Centre, 2002, str. 3.

[6] Službeni list BiH 16/03.

[7] Npr. zabrana diskriminacije osoba sa invaliditetom nije bila zakonski razrađena. BiH je ratifikovala Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom tek u martu 2010. godine. Videti: Žana Kovačević, *Potpuna diskriminacija invalida?*, Radio Slobodna Evropa, 03.12.2009. godine; članak na internetu: http://www.slobodnaevropa.org/content/ bosna_invalidi/1894451.html, 20.03.2010.

[8] Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.), sa Dodatnim protokolima (1966. i 1989.).

[9] Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966.) sa Opcionim protokolom. Opcioni protokol je usvojen 2008. godine na sednici Generalne skupštine UN, a 24. septembra 2009. godine ga je svečano potpisala 31 država. Još uvek nema ratifikacija, samim tim Protokol nije stupio na snagu.

[10] Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.).

[11] Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979.) i Opcioni protokol uz Konvenciju (1999.).

[12] UNESKO Konvencija protiv diskriminacije u obrazovanju (1960.) sa Dodatnim protokolom (1962.).

[13] Konvencija o pravima deteta (1989.) i Opcioni protokoli o učešću dece u oružanim sukobima (2000.) i o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji (2000.).

[14] Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom (2006.) i Fakultativni protokol uz Konvenciju (2006.).

[15] Međunarodna konvencija o zaštiti radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990.).

						21		
Ujedinjeno kraljevstvo	DA + NE + DA	DA	DA	DA + DA	DA + DA	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Francuska	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + DA	DA + DA + DA	NE + NE	NE
Nemačka	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + DA	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Rusija	DA + DA + NE	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + NE	NE + NE	NE
Kina	NE + NE + NE	DA	DA	DA + NE	DA + NE	DA + DA + DA	DA + NE	NE
Australija	DA + DA + DA	DA	DA	DA+ DA	DA + DA	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Srbija	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Hrvatska	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Bosna i Hercegovina	**DA + DA + DA**	**DA**	**DA**	**DA + DA**	**DA + NE**	**DA + DA + DA**	**DA + DA**	**DA**
Crna Gora	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Mađarska	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + NE + NE	DA + DA	NE
Bugarska	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + DA	NE + NE	NE
Rumunija	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + DA	NE + NE	NE

Tabela 1: Važniji međunarodni instrumenti Ujedinjenih nacija u oblasti diskriminacije [16]

[16] Podaci u tabelama su navedeni prema stanju na dan 01.04.2010. godine. Izvori: http://treaties.un.org i http://portal.unesco.org/.

	C100[17]	C103[18]	C111[19]	C122[20]	C159[21]	C169[22]	C181[23]	C183[24]
ukupno potpisnica	167	31	169	101	80	20	21	17
SAD	NE	NE	NE	NE	NE	NE	NE	NE
ukupno članica EU	27	10	27	25	20	3	11	11
Velika Britanija	DA	NE	DA	DA	NE	NE	NE	NE
Francuska	DA	NE	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Nemačka	DA	NE	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Rusija	DA	DA	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Kina	DA	NE	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Srbija	DA	DA	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Hrvatska	DA	DA	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Bosna i Hercegovina	**DA**	**DA**	**DA**	**DA**	**DA**	**NE**	**DA**	**NE**
Crna Gora	DA	DA	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Mađarska	DA	DA	DA	DA	DA	NE	DA	DA
Bugarska	DA	NE	DA	DA	NE	NE	DA	DA
Rumunija	DA	NE	DA	DA	NE	NE	NE	DA

Tabela 2: Važniji međunarodni instrumenti Međunarodne organizacije rada u oblasti diskriminacije [25]

Kao što se može primetiti već na prvi pogled, BiH je potpisnica najvećeg broja međunarodnih instrumenata koji se mogu smatrati relevantnim za ovu oblast. U tom smislu, ona nimalo ne zaostaje za drugim državama iz regiona, pa ni članicama Evropske unije. Između ostalog, važan korak ka afirmaciji položaja osoba sa invaliditetom u BiH jeste ratifikacija Konvencije o osobama sa invaliditetom, koja je posle dugog perioda odlaganja konačno izvršena 12. marta 2010. godine.

Međunarodnopravni okvir je međutim samo jedan mali segment priče o kvalitetu zaštite od diskriminacije. Kada je reč o unutrašnjem pravnom okviru, najvažniji akt u ovoj oblasti donet je u julu 2009. godine – opšti Zakon o zabrani diskriminacije. Ovaj dugo očekivani Zakon doneo je u bosanskohercegovački pravni sistem prvu definiciju diskriminacije, kao i niz novina koje predstavljaju izraz savremenih uporednih tendencija u suzbijanju diskriminacije. Diskriminacijom se

[17] Konvencija 100 o jednakoj zaradi za žene i muškarce (1951.).
[18] Konvencije 103 o zaštiti materinstva (1952.) koja je dopunjena Konvencijom 183 (2000.). Prethodno, Konvencija 103 dopunila je Konvenciju 3 iz 1919. godine.
[19] Konvencija 111 o diskriminaciji u odnosu na zapošljavanje i zanimanje (1958.).
[20] Konvencija 122 o politici zapošljavanja (1964.).
[21] Konvencija 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa hendikepom (1983.).
[22] Konvencija 169 o starosedelačkim i plemenskim narodima (1989.).
[23] Konvencija 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje (1997.).
[24] Konvencija 183 o zaštiti materinstva (2000.). Ova Konvencija dopunila je tekst i proširila domašaj Konvencije 103 iz 1952. godine, ali nije prihvaćena od strane svih potpisnica C103.
[25] Podaci u tabelama su navedeni prema stanju na dan 01.04.2010. godine. Izvor: ILOLEX baza podataka, http://www.ilo.org/ilolex.

smatra „svako različito postupanje uključujući svako isključivanje, ograničavanje ili davanje prednosti utemeljeno na stvarnim ili pretpostavljenim osnovama prema bilo kojem licu ili grupi lica na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, vjere, etničke pripadnosti, nacionalnog ili socijalnog porijekla, veze s nacionalnom manjinom, političkog ili drugog uvjerenja, imovnog stanja, članstva u sindikatu ili drugom udruženju, obrazovanja, društvenog položaja i spola, spolnog izražavanja ili orijentacije, kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemogući ili ugrožava priznavanje, uživanje ili ostvarivanje na ravnopravnoj osnovi, prava i sloboda u svim oblastima javnog života.“[26] Važno je napomenuti da zakonopisci nisu napravili grešku koja je česta u uporednom zakonodavstvu, i ostavili su mogućnost uvođenja još nekog ličnog svojstva kao mogućeg osnova za zabranu diskriminatornog ponašanja. Osim toga, zabrana diskriminacije je sveobuhvatna: primjenjuje se na sve javne organe kao i na sva fizička ili pravna lica, i u javnom i u privatnom sektoru. *Neposredna diskriminacija* je prema ovom Zakonu svako različito postupanje po osnovama za diskriminaciju koji su navedeni u citiranom članu 2, odnosno svako delovanje ili propuštanje delovanja kada je neko lice ili grupa lica dovedena ili je bila ili bi mogla biti dovedena u nepovoljniji položaj za razliku od nekog drugog lica ili grupe lica u sličnim situacijama. *Posredna diskriminacija* podrazumeva svaku situaciju u kojoj, naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa, ima ili može imati efekat dovođenja nekog lica ili grupe lica u nepovoljan ili manje povoljan položaj u odnosu na druga lica.[27] Od ostalih oblika diskriminatornog ponašanja, Zakon predviđa uznemiravanje, seksualno uznemiravanje, mobing, segregaciju, izdavanje naloga za diskriminisanje i pomaganje pri diskriminisanju, kao i podsticanje na diskriminaciju, koje je definisano kao svako zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje. [28]

Domet Zakona određen je članom 6: on se primenjuje na postupanje svih javnih tela na nivou države, entiteta, kantona i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, opštinskih institucija i tela, pravnih lica sa javnim ovlašćenjima, kao i na postupanje svih pravnih i fizičkih lica. Oblasti koje su naročito izdvojene, kao one u kojima treba obratiti posebnu pažnju na postupanje u skladu sa ovim Zakonom, su zapošljavanje, osposobljavanje i stručno usavršavanje, obrazovanje, socijalna i zdravstvena zaštita, dostupnost pravosuđa, stanovanje, javno informisanje, članstvo u profesionalnim organizacijama, pružanje usluga, kulturno-umetnički i javni život, porodica i prava

[26] Član 2, stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

[27] *Ibid*, član 3. Valja primetiti da definicija posredne diskriminacije ne sadrži izuzetak koji je karakterističan za pravo Evropske unije, a sadržan je i u srpskom Zakonu o zabrani diskriminacije: diskriminacije nema ako je ponašanje koje se može smatrati posrednom diskriminacijom opravdano zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i nužna. Umesto toga, slična formulacija se može naći u članu 5. Zakona, ali su pri tome izričito nabrojani izuzeci koji se neće smatrati diskriminacijom: mere afirmativne akcije; specifične karakteristike profesije; zapošljavanje i drugo postupanje u verskim i sličnim institucijama i organizacijama; diskriminacija vezana za starosno doba u smislu penzionisanja; diskriminacija prema državljanstvu; razumna akomodacija; stavljanje u nepovoljniji položaj pri uređivanju prava i obaveza iz porodičnog odnosa, a posebno sa ciljem zaštite prava i interesa dece.

[28] *Ibid*, član 4.

deteta. Iako sveobuhvatne, čini se da su ove norme izlišne – nabrajajući praktično sve oblasti društvenog života u kojima se može javiti diskriminacija, zakonopisci su čini se ispustili iz fokusa svrhu sačinjavanja takve liste, a to bi moralo biti ukazivanje na najznačajnije vrste i oblike diskriminacije u društvu.

Kada je reč o postupcima za utvrđivanje diskriminacije, Zakon o zabrani diskriminacije BiH poznaje postupak pred Ombudsmanom, o kome će reči biti kasnije, i sudski i upravni postupak. Upravni postupak je moguće pokrenuti kada je diskriminacija izvršena nekim delovanjem ili propuštanjem uprave, odnosno donošenjem upravnog akta; upravni postupak se vodi prema opštim zakonskim propisima i po svojoj prirodi je komplementaran sudskom postupku – pokretanje upravnog postupka (i eventualnog upravnog spora) ima za cilj poništenje diskriminišućeg upravnog akta; time se ne dira u pravo žrtve diskriminacije da pokrene i sudski postupak, kojim će se utvrditi postojanje diskriminacije, pretrpljena šteta i način restitucije ili naknade.[29] Sudski postupak je parnični postupak[30] – pokreće se posebnim tužbama koje su predviđene Zakonom o zabrani diskriminacije: tužbom za utvrđivanje diskriminacije, tužbom za zabranu ili otklanjanje diskriminacije, tužbom za naknadu štete, tužbom radi objavljivanja presude kojom se utvrđuje postojanje diskriminacije.[31] Postupak je hitan, a revizija protiv odluke prvostepenog suda je uvek dozvoljena. Rok za podnošenje tužbe je tri meseca od dana saznanja o učinjenoj povredi prava, a najduže jednu godinu od dana učinjenja povrede. Rok za podnošenje zahteva za reviziju je tri meseca od dana uručenja presude.[32] Teret dokazivanja je na tuženoj strani ukoliko tužilac može da učini verovatnim da je do diskriminacije došlo (član 15. Zakona). Ovo je već opštepoznati princip prebacivanja tereta dokazivanja u postupcima po tužbi za diskriminaciju. Ipak, zanimljivo je da BiH Zakon ide i korak dalje, pa izričito predviđa u stavovima 2. i 3. istog člana: da se kao dokazno sredstvo mogu koristiti i statistički podaci ili baze podataka i da u slučajevima kada lice smatra da je snosilo posledice diskriminisanja zbog uskraćivanja razumnog prilagođavanja teret dokazivanja u potpunosti leži na tuženoj strani.

Aktivnu legitimaciju u postupku, osim žrtve diskriminacije, mogu imati i udruženja građana koja se bave zaštitom interesa ili zabranom diskriminacije određenih grupa lica, „ako učine vjerovatnim da je postupanjem tuženog povrijeđeno pravo na jednako postupanje većeg broja lica koja uglavnom pripadaju grupi čija prava tužilac štiti.“[33] Ovo je zanimljivo rešenje koje zapravo uvodi institut kolektivne

[29] *Ibid*, član 11.
[30] Osim parničnog postupka o kojem je reč u ovom Zakonu, može se pokrenuti i krivični postupak u slučajevima teškog kršenja prava na jednakost. Diskriminacija se međutim u krivičnim propisima BiH izričito pominje samo kod krivičnog dela *Mučenje i drugi oblici surovog, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja* (član 190. Krivičnog zakona BiH, SG BiH 37/2003).
[31] *Ibid*, član 12, stav 1. Srpski Zakon o zabrani diskriminacije ne predviđa posebne vrste tužbi – u pitanju je opšta tužba, ali se navodi šta sve ona može sadržati, i u tim elementima je potpuno identična bosanskohercegovačkom rešenju. Videti članove 41. i 43. Zakona o zabrani diskriminacije Srbije.
[32] Članovi 12. i 13. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.
[33] *Ibid*, član 17.

tužbe na kvalitativno nov način u postupak zaštite od diskriminacije. Što se ostalih učesnika u postupku tiče, ona se mogu javiti u postupku samo kao umešači, i to uz prethodnu dozvolu žrtve diskriminacije ili tuženog (u zavisnosti na čijoj strani se pojavljuje umešač). Kao treća strana na strani mogu se pojaviti tela, organizacije, ustanove, udruženja ili druga lica koja se u okviru svoje delatnosti bave zaštitom od diskriminacije lica ili grupe lica o čijim se pravima odlučuje u postupku.[34] Ovakvo rešenje nije *a priori* loše, ali značajno odudara od onoga što se u uporednim zakonodavstvima želi postići uvođenjem mogućnosti davanja aktivne legitimacije ili položaja umešača trećim licima. Cilj ovakvih mera jeste jačanje položaja žrtve diskriminacije. Prema bosanskohercegovačkom rešenju, sasvim je moguće da se na strani žrtve diskriminacije ne pojavi niko u postupku, dok se na strani tuženog javlja dodatna pomoć – npr. zaposleni koji nije član sindikata (ili ukoliko nema organizovanog sindikata kod tog poslodavca) se pojavljuje kao tužilac u sporu povodom diskriminacije, i za protivničku stranu ima poslodavca, ali i udruženje poslodavaca kao umešača na strani tuženog. Time se njegov faktički položaj dodatno slabi. U tom smislu je navedeno rešenje nekvalitetno – trebalo bi razmisliti o dodatnim merama kojima bi se žrtve diskriminacije, koje često nemaju niti potrebnog znanja ni sredstava, u situaciji kada se plaše da pokretanje postupka ne dovede do nastavka ili jačanja diskriminacije, ili do viktimizacije, ipak dovele u položaj u kojem mogu teret postupka nalakši način podeliti sa nekime ko se stara o njihovim pravima – bilo da je u pitanju sindikat ili neka druga specijalizovana nevladina organizacija. Ovaj nedostatak dobija na značaju naročito kada se ima u vidu da ne postoji efikasna institucionalna podrđka žrtvi diskriminacije od strane države – uloga Ombudsmana BiH je veoma ograničena.

Konačno, član 18. Zakona zabranjuje svaki oblik viktimizacije.

Treba reći da je van svake sumnje Zakon o zabrani diskriminacije BiH moderan akt koji je usaglašen u najvećoj meri sa tendencijama koje postoje u evropskom pravu. Biće zanimljivo pratiti njegovu primenu, koja faktički još uvek nije otpočela u onoj meri koja se očekuje. U tom smislu treba raditi na edukaciji građana, koji verovatno još uvek nisu svesni mogućnosti koje im se pružaju prema novom zakonodavstvu, u slučajevima kada misle da su stavljeni u nepovoljniji položaj zbog nekog njihovog ličnog svojstva. Takođe, mora se značajno raditi na unapređivanju pratećih zakonskih tekstova, koji u velikoj meri – iako se diskriminacije dotiču samo posredno – određuju kvalitet daljeg razvoja antidiskriminacionog zakonodavstva. Npr, u Zakonu o zabrani diskriminacije ne postoji odredba koja je aktuelna kako u propisima Evropske unije, tako i u mnogim pravnim sistemima država-članica EU, o podeljenoj odgovornosti roditelja za zasnivanje i proširenje porodice o kojoj je već bilo reči u prethodnom tekstu. Ovo značajno rešenje, koje praktično eliminiše ekonomske argumente diskriminisanja žena pri zapošljavanju, na radu i u vezi sa radom, može lako naći svoje mesto u nekom drugom propisu – pre svega u radnom zakonodavstvu. To je uostalom i jedna od važnih karakteristika antidiskriminacionog zakonodavstva – ono se neprestano razvija kroz propise sekundarne važnosti za

[34] *Ibid*, član 16.

zabranu diskriminacije – dok se opšti principi uvode jednim, ili eventualno kroz dva (veoma retko i više) krovnih propisa, istovremeno se vrši neprestano razvijanje početnih postulata ostalim zakonima koji regulišu oblasti društvenog i javnog života u kojima može doći do diskriminacije.

Kada je reč o ostalim zakonskim rešenjima, treba ukratko pomenuti nekoliko akata čija je analiza pre svega usmerena na kritiku postojećeg pravnog sistema, koji i pored opšte zabrane diskriminacije često sadrži odredbe čiji je efekat prikrivena ili otvorena diskriminacija pojedinih grupa u BiH.[35]

Zakon o izbjeglicama iz BiH i raseljenim osobama u BiH[36] zabranjuje diskriminaciju povratnika i obezbeđuje im ostvarivanje jednakih prava kao svim ostalim članovima zajednice u mestu povratka (član 2.); Okvirni zakon o osnovnom i srednjem obrazovanju u BiH[37] zabranjuje diskriminaciju dece po bilo kojem osnovu (član 4.)[38]. Zakon o zaštiti pripadnika nacionalnih manjina BiH[39] je u potpunosti usklađen sa Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope – u praksi je međutim on često zanemaren, pa su tako pripadnici manjina u potpunosti uskraćeni za informativne emisije na maternjem jeziku, obrazovanje na maternjem jeziku, i sl.[40]

Zakon o ravnopravnosti spolova BiH[41] jedan je od prvih posebnih zakonskih tekstova koji su uredili materiju jednakosti u odnosu na neko lično svojstvo. Zakonom su zabranjeni direktna i indirektna diskriminacija (član 3.), nasilje na osnovu pola, uznemiravanje i seksualno uznemiravanje. Zabranjeno je vršiti diskriminaciju prema polu u obrazovanju, pri zapošljavanju, na radu i u vezi sa radom, u oblasti socijalne zaštite, zdravstvene zaštite, sporta i kulture, u ostalim oblastima javnog života i medijima. Ovaj Zakon međutim ne predviđa posebne organe, kao ni posebnu proceduru u slučaju pojave diskriminacije prema polu – žrtva diskriminacije može svoja prava ostvariti u redovnom sudskom postupku.

[35] U tom smislu treba napomenuti da Zakon o zabrani diskriminacije BiH predviđa u prelaznim odredbama (član 24, stavovi 1. i 2.) da je rok za usaglašavanje drugih zakona i opštih propisa sa njime godinu dana, kao i da će se u slučaju neusaglašenosti propisa, u postupcima povodom diskriminacije uvek primenjivati rešenje predviđeno Zakonom o zabrani diskriminacije.
[36] Službeni glasnik BiH, br. 23/99, 21/03 i 33/03.
[37] PSBiH 59/03.
[38] Međutim, u praksi su česta odstupanja od ove zabrane – npr. stvaranje „dve škole pod jednim krovom“, odnosno segregacija učenika u okviru (prividno) jedinstvenog sistema obrazovanja. Videti: Gabriela Banović (ur.), Vaša prava 27/2008, *Postojanje antidiskriminatornih i disktriminatornih odredbi u zakonima Bosne i Hercegovine*, str. 15.
[39] Službeni glasnik BiH 12/2003.
[40] Videti: Gabriela Banović (ur.), *op.cit*.
[41] Službeni glasnik BiH 16/03.

3. PRAKSA DRŽAVNIH ORGANA I CIVILNOG SEKTORA

Bosna i Hercegovina je na Šestoj evropskoj ministarskoj konferenciji o jednakom tretmanu žena i muškaraca pod okriljem Saveta Evrope[42] kao argument o jednakom položaju muškaraca i žena navela da „prema važećem zakonodavstvu, ne postoje smetnje da žene ostvaruju pravo na zapošljavanje i izbor zanimanja". Evidentno je da nije dovoljno utvrditi zakonsku jednakost da bi se postigla faktička jednakost – zbog toga nemešanje države u sprovođenje politike jednakosti nikako ne može biti pozitivan znak da se proklamovana prava ostvaruju bez smetnji i na način na koji je zakonodavac to predvideo kada je usvajao relevantne propise.[43] Ovakav postupak državnih organa zapravo najbolje govori o poremećenoj percepciji diskriminacije u BiH, koja je karakteristična zabivše komunističke zemlje i države sa teretom autoritarne prošlosti. Sa druge strane, posledice poricanja postojanja diskriminacije dovode do postojanja izrazite nejednakosti između muškaraca i žena, uprkos činjenici koju je istakla delegacija BiH – 63% radno sposobnih žena je radno neaktivno, odnosno pripada tzv. „sivoj brojki diskriminacije"[44] – populaciji koja se sistematski odvraća od izlaska na tržište rada kako bi uopšte pokušala da ostvari svoje radne potencijale. Ovoj populaciji nije samo uskraćeno pravo na jednak tretman pri zapošljavanju, kao specifični oblik diskriminacije, nego je uskraćen i drugi vid prava na jednakost – pravo na jednak pristup tržištu radne snage. Diskriminacija ovog tipa se ponekad naziva i „prethodnom diskriminacijom" – određenoj kategoriji lica se ne dozvoljava da dođe u poziciju da ostvari neko svoje pravo (u ovom slučaju, pravo na jednak tretman pri zapošljavanju, ali se isti obrazac može primeniti i na druge oblasti, naročito u obrazovanju).

Evropski sud za ljudska prava doneo je presudu u kojoj je utvrdio kršenje člana 1. Protokola 12, u slučaju *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*[45], od 22. decembra 2009. godine. Sud je utvrdio postojanje diskriminacije u vezi sa korišćenjem pasivnog biračkog prava, odnosno kandidovanja za skupštinu i predsedništvo u Bosni i Hercegovini zbog nacionalnog i rasnog porekla. Interesantno je da je istom presudom Sud odlučio da je došlo do kršenja člana 14. Konvencije u vezi sa članom 3. Protokola 1 (pravo na slobodne izbore). U trenutku pisanja rada rok za žalbu nije istekao, pa se ova presuda ne može smatrati konačnom, ali se iz nje može zaključiti da je postojeće zakonodavstvo u BiH, čak i kada je reč o sistemskim zakonima, često neprilagođeno antidiskriminacionim standardima. U konkretnom slučaju, i Ustav BiH i izborni zakoni predviđaju mogućnost kandidovanja pripadnika *tri konstitutivna naroda*, ali ne i pripadnika ostalih manjina. U situaciji iz koje je proisteklo ustavno uređenje BiH, kada je zemlja bila pocepana dugotrajnim ratnim

[42] Konferencija je održana u Stokholmu 8. i 9. juna 2006. godine.
[43] *Human rights and economic challenges in Europe – gender equality*, Savet Evrope, 2007, str. 95.
[44] Izvor: *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 98th Session, Geneva, 2009, str. 502.
[45] Applications nos. 27996/06 and 34836/06. Ova presuda je prva kojom se utvrđuje da je neka država prekršila Protokol 12, koji u članu 1. ustanovljava opštu zabranu diskriminacije.

sukobima, bilo je od najveće važnosti uskladiti interese tri zaraćena naroda, pri čemu se malo mislilo o mogućnostima da se u BiH nađu (i ostvaruju svoja prava) i manjinski narodi. Otuda je ovakvih sistemskih grešaka verovatno mnogo više nego što se na prvi pogled to može uočiti, i dalja praksa kako domaćih institucija (uključujući sudove) tako i Evropskog suda za ljudska prava će oblikovati način izmene različitih propisa koji nisu usaglašeni sa proklamovanim principima nediskriminacije i slobodnog uživanja ljudskih prava.

Sa druge strane, civilni sektor je veoma aktivan u slučajevima zaštite povređenih ljudskih prava i edukacije. Od kampanja koje bi trebalo izdvojiti u generalnom smislu, naročito su značajne one usmerene ka eliminisanju „pravno nevidljivih lica" (lica koja nisu upisana u matične knjige rođenih), izbeglica, prognanih i raseljenih lica, kao i ka stvaranju političkog pritiska prema vlastima BiH koji je rezultirao konačnim donošenjem krovnog antidiskriminacionog zakona. U tom smislu, mnoge aktivnosti NVO u BiH mogu se poistovetiti sa sličnim naporima u Srbiji i Hrvatskoj. To je i logična posledica sličnog položaja, zakonodavstva ali i nasleđa devedesetih godina XX veka. Ipak, čini se da su NVO u BiH značajnije okrenute ka praktičnom rešavanju problema od civilnog sektora u susednim državama – otuda veliki broj organizacija ovog tipa ima službu pružanja usluga besplatne pravne pomoći, između ostalog i žrtvama diskriminacije.

4. MOGUĆI PRAVCI DALJEG RAZVOJA ANTIDISKRIMINACIONIH AKTIVNOSTI

Čini se da je osnovno što se može zameriti antidiskriminacionom sistemu u BiH – njegovo slabo funkcionisanje. Ako se pogleda prethodno izložena shema antidiskriminacionog delovanja *prevencija → zabrana → sankcija*, može se uočiti da u BiH, kao ni na nivoima entiteta, nijedna od ovih komponenti ne daje odgovarajuće rezultate.

Prevencija kroz edukaciju ne postoji, osim *ad hoc* angažovanja nevladinog sektora, koje nije niti dovoljno, ni koordinisano. Drugi oblici edukacije ne postoje, čak ni na osnovnom nivou – putem obrazovanja najmlađih u školama. Ništa bolja situacija nije ni sa drugim oblicima povećanja nivoa svesti građana o postojanju i negativnosti diskriminacije – sve se zapravo može svesti na sporadične kampanje, uglavnom finansirane od strane međunarodne zajednice, koje na neki način promovišu ljudska prava i toleranciju, na taj način posredno delujući na smanjenje diskriminacije.

Kada je reč o pravnom okviru („zabrana"), on je tek nedavno zaokružen na državnom nivou. Do tada su jedine norme koje su zabranjivale diskriminaciju bile rasute po raznim zakonskim tekstovima, gde nisu predstavljale suštinske odredbe i gde su se lako mogle „prevideti" u praksi. Takođe, mnogi oblici diskriminacije nisu bili izričito pomenuti. Ustavni princip direktne primene Evropske konvencije o ljudskim pravima sa dodatnim protokolima zapravo omogućava i direktnu primenu Protokola 12, koji sadrži izričitu odredbu o nedozvoljenosti bilo kojeg oblika

diskriminisanja ljudi. Ova odredba je teško sprovodiva u praksi, pre svega zbog svoje opštosti i nedorečenosti – sudovi bi, u situaciji kada je direktno primenjuju, morali da je tumače i na taj način stvaraju kroz praksu sadržinu pojma diskriminacije. Teško je tako nešto zamisliti u sistemu kontinentalnog prava, a posebno kada se ima u vidu da sudovi na ovim prostorima inače imaju velike probleme da uopšte shvate na koji način mogu primenjivati međunarodnopravne norme, i zašto su one relevantne i imaju višu snagu od domaćih propisa. Naposletku, ma koliko da Evropska konvencija o ljudskim pravima i praksa Evropskog suda za ljudska prava imaju značajan uticaj i domašaj na nacionalne zakonodavce i sudove, ni član 14. Konvencije ni član 1. Protokola 12 ne pružaju dovoljnu zaštitu u potencijalno komplikovanim slučajevima – tako su pre svega upečatljiva dva ograničenja iz Protokola 12: najpre, on se odnosi samo na zabranu diskriminacije za ostvarivanje prava *predviđenih zakonom*; potom, tekst Protokola 12 ne predviđa i afirmativnu akciju, zabranu viktimizacije, prebacivanje tereta dokazivanja postojanja diskriminacije, i mnoge druge institute i standarde koji su nužno neophodni da bi antidiskriminacioni sistem mogao da funkcioniše. Zato je mnogo realnije da se postojanje Evropske konvencije o ljudskim pravima u unutrašnjem pravnom sistemu sagleda pre svega kroz buduću primenu Zakona o zabrani diskriminacije.

Trebalo bi ukazati na još jedan element koji je posebno značajan, imajući u vidu i složenu državnu strukturu BiH, kao i prisustvo međunarodne administracije. Antidiskriminacioni sistemi Srbije i Hrvatske imaju Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, odnosno „pučkog pravobranitelja“, koji imaju slična ovlašćenja[46]. Ovakve institucije bi morale izgraditi odnos poverenja između ranjivih grupa i žrtava diskriminacije sa jedne strane i državnih organa (a u pojedinim slučajevima i diskriminatora) sa druge strane. Njima se po pravilu daju značajna ovlašćenja, koja po formalnim nadležnostima, ali i operativnom kvalitetu, prevazilaze delokrug rada „običnih“, opštih organa i institucija za zaštitu ljudskih prava. Praksa većeg broja država, naročito onih sa dugom tradicijom borbe protiv diskriminacije kao što su SAD, je pokazala da ovakvo rešenje nosi malo rizika[47] a istovremeno može osigurati veliku stabilnost i efikasnost antidiskriminacionog sistema države. Takođe, stvaranje ovakvih institucija može biti impuls za osnaživanje drugih aktera koji imaju svoje funkcije u delotvornom sistemu protiv diskriminacije, kao što su obrazovne ustanove, nevladine organizacije ili sindikati. Ukratko rečeno, ovaj vid institucije je osposobljen

[46] Dok Poverenik za zaštitu ravnopravnosti može imati aktivnu legitimaciju u sporu povodom utvrđivanja diskriminacije, pučki pravobranitelj se ograničava samo na postupak mirenja. Aktivnu legitimaciju i prema jednom i prema drugom zakonskom repenju imaju specijalizovane organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava i zaštitom prava pojedinih grupa stanovništva. Videti član 46. Zakona o zabrani diskriminacije Republike Srbije i članove 21. i 24. Zakona o sprečavanju diskriminacije Republike Hrvatske (Narodne novine RH 85/2008).

[47] Među konkretne rizike mogu spadati preopterećenost ovog organa posle izvesnog vremena, njegova neefikasnost ili ispolitiziranost. Za osnove američkog rešenja, videti: Mario Reljanović, *Diskriminacija na radu – zakonodavstvo i iskustva SAD*, Strani pravni život 1/2009, str. 111-130.

da deluje „kako proaktivno, tako i reaktivno“[48] – i kod sprečavanja diskriminacije i podizanja svesti o toleranciji, i kod procesa mirenja kada nije pokrenut odgovarajući sudski postupak, ali i kod pokretanja (i u toku trajanja) sudskog postupka i postupka sprovođenja izrečenih sankcija. Poglavlje IV BiH Zakona o zabrani diskriminacije kao instituciju koja se stara o slučajevima zaštite od diskriminacije označava Ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine.[49] Ombudsman je postavljen u odnosu na diskriminaciju na istovetan način na koji ovaj institut ima ovlašćenja povodom zaštite bilo kog drugog ljudskog prava: prima žalbe vezane za diskriminaciju (pojedinačne ili grupne, od strane fizičkih ili pravnih lica); može da pokrene istragu na osnovu žalbi, ili samoinicijativnu u slučajevima kada misli da je došlo do diskriminisanja; daje mišljenja i preporuke povodom slučajeva koje je istražio; predlaže postupak mirenja među stranama; informiše javnost i zakonodavna tela BiH i entiteta o svom radu, ili o rezultatima konkretnih istraga. Kako se kaže u stavovima 6. i 7. člana 7. Zakona, sve institucije, kao i sva fizička i pravna lica dužna su da sarađuju sa ombudsmanom u procesu istrage. Njemu je pored toga data i mogučnost da pokrene prekršajni postupak[50], kao i da podnese krivičnu prijavu prema opštim propisima. Ipak, on nema aktivnu legitimaciju u postupcima za zaštitu od diskriminacije koje mogu pokrenuti žrtve diskriminacije – tu treba tražiti osnovnu razliku u odnosu na Poverenika za zaštitu ravnopravnosti Srbije. Dalje, Ombusman BiH je institucija čija je primarna nadležnost zaštita ljudskih prava – proširenjem nadležnosti (i pored toga što Zakon predviđa osnivanje posebnog odeljenja pri kancelariji Ombudsmana) ne može se očekivati da jedna ličnost posveti adekvatnu pažnju još jednom aspektu zaštite građana, posebno kada se ima u vidu da početak implementacije antidiskriminacionog zakonodavstva po pravilu prati izuzetan broj žalbi/pritužbi/tužbi. Dalje, položaj Ombudsmana BiH je donekle neobičan, kada se gledaju odredbe Zakona koje se odnose na postupak zaštite od diskriminacije. Za razliku od osnovne nadležnosti zaštite ljudskih prava građana, građani ne moraju da prethodno iscrpe sva dostupna i efikasna sredstva pravne zaštite koja im stoje na raspolaganju. Mogu se dakle obratiti direktno Ombudsmanu za pomoć. On ih može posavetovati, uputiti na medijaciju, kao i sprovesti istragu koja će završiti njegovim mišljenjem, odnosno preporukom relevantnoj instituciji. Iako su praktično sva fizička i pravna lica dužna da sarađuju u postupku istrage, pomenuti stav 7. člana 7. isključivo govori o obaveznosti *institucija* da reaguju (odgovore) na upućene preporuke. Njegova nadležnost se ne prostire dakle na sve, već samo na državne organe i institucije (upravu u širem smislu) – i ovde se sudaraju logika sveobuhvatne zaštite koju bi on trebalo da pruži, i ograničenost njegovog delovanja. Zbog toga se postavlja pitanje: zašto bi se bilo ko obratio Ombudsmanu BiH ako može dobiti efikasniju zaštitu u sudskom postupku? Zakon je u tom smislu ostao nedorečen.

[48] Tea Simonović, *Uloga pučkog pravobranitelja i NVO-a*, izlaganje na Seminaru o provedbi Zakona o suzbijanju diskriminacije, Trgovački sud u Zagrebu, 10.03.2009. godine.
[49] Član 7, stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije BiH.
[50] Član 7, stav 2, tačka j). Zakona o zabrani diskriminacije BiH.

Konačno, ni treći element sistema ne funkcioniše kako bi valjalo – jedna od osnovnih primedbi nevladinog sektora u BiH jeste odsustvo primene postojećih antidiskriminacionih mera. Tako se doalzi do nesmetanog „zaobilaženja“ zakona, ili jednostavno njegovog zanemarivanja, koje faktički nije praćeno adekvatnom reakcijom državnih organa. Kao što je već napomenuto, jedan od osnovnih razloga za to jeste upravo nedostatak kulture tolerancije i ljudskih prava kod onih koji zakone moraju primenjivati, kao i kod onih koji se staraju o njihovoj pravilnoj implementaciji. Rešenje ovog problema nas vraća na prvu komponentu uspešnog antidiskriminacinog sistema – koordinisanu edukaciju svih relevantnih aktera u antidiskriminacionom sistemu, čime se zatvara krug mogućeg delovanja na poboljšanje kvaliteta zaštite ljudskih prava i sprečavanje i suzbijanje diskriminacije kao jednog od oblika negacije osnovnog prava na jednakost svih ljudi.

Mario Reljanović, LLM
Research Associate
Institute of Comparative Law

ANTIDISCRIMINATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICE

–

Summary

Discriminatory practice is negation of achieved standards of human rights. Therefore, an efficient antidiscriminatory system is prerequisite of enjoying many guaranteed citizens' rights on basis of equality. Discrimination is also specific for not being only legal, but also sociological, culturological, even economic problem. Suppression of discrimination hence consists of several equally important aspects. This paper is about analysis of conditions in this area in Bosnia and Herzegovina – focus is on the legal framework as well as on its (non)implementation in practice, and other activities of the state and civil society significant for prevention and sanction of discrimination. Comparison with antidiscirimination legislation of relevant neighbor countries – Croatia and Serbia – is one of the significant parts of research, presented in order to point out weak spots and omissions and possible solution for improvement, but also to explore position of Bosnia and Herzegovina comparing to other states in region, in the field of human rights protection.

Ključne reči: discrimination, antidiscirimination legislation, human rights, Bosnia and Herzegovina.

Dr Vladimir Urošević, MUP SBPOK,Odeljenje za borbu protiv VTK
Mr Sergej Uljanov, NCB INTERPOL, Beograd
Mr Zvonimir Ivanović, KPA, Beograd

PRESEK STANJA TRGOVINE LJUDIMA U DRŽAVAMA NA PODRUČJU BIVŠE SFRJ

Apstrakt

Problem trgovine ljudima u 21. veku samo je odraz fenomena ropstva, koji je evoluirao u svoje brojne savremene oblike. Kao svojevrsni povratak instituta antičkog ratnog plena, trgovina ljudima, posebno kroz svoje modele seksualne i radne eksploatacije, ugrožava ostvarivanje bazičnog korpusa ljudskih prava i sloboda ometajući napredni evolucioni tok ljudske civilizacije. Najgori vid ove pojave predstavljen trgovinom decom i maloletnim licima, sam po sebi dovoljno govori o njenoj opasnosti za današnje društvo. Pojačana oružanim sukobima na područjima multietničke bivše Jugoslavije, ova vrsta organizovane kriminalne aktivnosti dodatno je ugrozila osnovne vrednosti društvenog života i ponizila položaj pojedinca u postmodernom socijalnom okruženju država Zapadnog Balkana. U ovom radu autori su pokušali da predstave napore navedenih država i njihova rešenja u borbi protiv trgovine ljudima, koja su još uvek samo mali korak napred u ostvarivanju zamišljenog ideala bezbednog življenja i kretanja ljudi na prostorima bivše Jugoslavije, na kojima su se oduvek privlačile suprotnosti evropske demokratske pragmatičnosti i azijatske totalitarne promišljenosti.

Ključne reči: trgovina ljudima, trgovina decom, seksualna eksploatacija, bivša Jugoslavija, INTERPOL.

Dužnosti i zadaci kriminalističke policije podrazumevaju suzbijanje izvršenja krivičnih dela i odnose se na napore njenih kadrovskih i tehničkih resursa u cilju rasvetljavanja okolnosti pod kojima su izvršena krivična dela, otkrivanja i lišenja slobode učinilaca krivičnih dela, kao i obezbeđenja tragova i dokaza koji mogu doprineti nepristrasnom i zakonom predviđenom procesuiranju i osuđivanju delinkvenata na zasluženе kazne. U svome radu pripadnici kriminalističke policije posebnu pažnju obraćaju na pravovremenu razmenu operativnih informacija, analitičko uvezivanje slučajeva i formiranje funkcionalnih baza podataka. Upravo u tome se ogleda i svrha postojanja INTERPOL-a, koji u svome sadašnjem sedištu u Lionu, u Francuskoj, ima sofisticiranu informatičku infrastrukturu koja omogućuje postojanje različitih baza podataka u koje se dnevno slivaju informacije iz 188 države članice INTERPOL-a sa svih kontinenata. Kriterijum formiranja INTERPOL-ovih baza podataka jeste konkretna vrsta kriminalne aktivnosti.

Tako, u sedištu INTERPOL-a postoje baze podataka koje se tiču terorizma, trgovine ljudima, iskorišćavanja dece u pornografske svrhe, ilegalne trgovine opojnim drogama, ilegalne trgovine oružjem, pomorskih delikata, ukradenih umetničkih dela i predmeta, falsifikovanih putnih isprava, ukradenih putničkih vozila, profila dezoksiribonukleinske kiseline (DNK) i dr. Zahvaljujući zaštićenom komunikacionom sistemu pod nazivom „I-24/7“ kriminalističke policije oko 80% država članica INTERPOL-a mogu da bezbedno i brzo, u okviru međunarodne policijske saradnje, razmenjuju poruke, fotografije, otiske prstiju i algebarske prikaze modela DNK. Naravno, navedene mogućnosti doprinose kvalitetnom uvezivanju kriminalističkih slučajeva kako na lokalnom planu, tako i u regionalnom i u međunarodnom dijapazonu. Time se, takođe, izbegava dupliranje nadležnosti kriminalističkih službi raznih nivoa u okviru jedne države, kao i kriminalističkih službi u međunarodnom opsegu. Sve to nužno uzrokuje ubrzavanje reagovanja kriminalističke službe na međunarodne i lokalne kriminalne aktivnosti, kao i uvećavanje efikasnosti pri rasvetljavanju krivičnih dela odnosno mogućnosti otkrivanja delinkvenata.

Uz ostale radne referate, svoje mesto u okviru INTERPOL-a našao je i onaj koje se tiče trgovine ljudima i decom odnosno maloletnim licima. O tome najbolje svedoči činjenica da postojeća baza podataka u sedištu INTERPOL-ove organizacije, koja se tiče iskorišćavanja dece u pornografske svrhe, sadrži u sebi preko 400 000 fotografija mogućih žrtava trgovine decom.

Prema saznanjima INTERPOL-ove organizacije i INTERPOL-a Beograd, zasnovanim na dosadašnjoj regionalnoj i međunarodnoj policijskoj saradnji kriminalističkih službi u svetu, žrtve trgovine ljudima, decom odnosno maloletnim licima vrbuju se na sledeće načine:

- preko lažnih turističkih agencija
- preko oglasa ili agencija koje nude posao u vezi sa čuvanjem beba i dece u inostranstvu
- preko oglasa ili agencija koje nude zaposlenje u ugostiteljskim objektima u inostranstvu
- preko oglasa ili agencija koje nude mogućnost školovanja u inostranstvu
- preko oglasa ili agencija koje nude mogućnost učenja stranih jezika u inostranstvu
- preko agencije za „male“ manekene i fotomodele
- preko lažnih škola ili akademija za negu i lepotu žena
- preko lažnih salona lepote
- preko oglasa i agencija koje nude mogućnost učestvovanja na inostranim takmičenjima za „miss“ ili „najlepše lice“ lažne modne kuće ili lažne agencije za manekene ili fotomodele
- preko lažnih veridbi
- preko fiktivnih svadbi
- preko fingiranog starateljstva
- preko lažnog davanja deteta na usvajanje

- preko „rodbinskih poseta“ u inostranstvu prilikom kojih se deca prodaju nakon prelaska državne granice i dolaska u državu destinacije

U odnosu na predmetnu problematiku države mogu biti svrstane u tri kategorije:

- države porekla ili države izvora, to jest one države čiji državljani su žrtve trgovine ljudima, decom odnosno maloletnm licima

- države tranzita, to jest one države preko čijih teritorija se najčešće ilegalno prevode žrtve trgovine ljudima, decom odnosno maloletnim licima na sve načine predviđene savremenim mogućnostima i vidovima saobraćaja

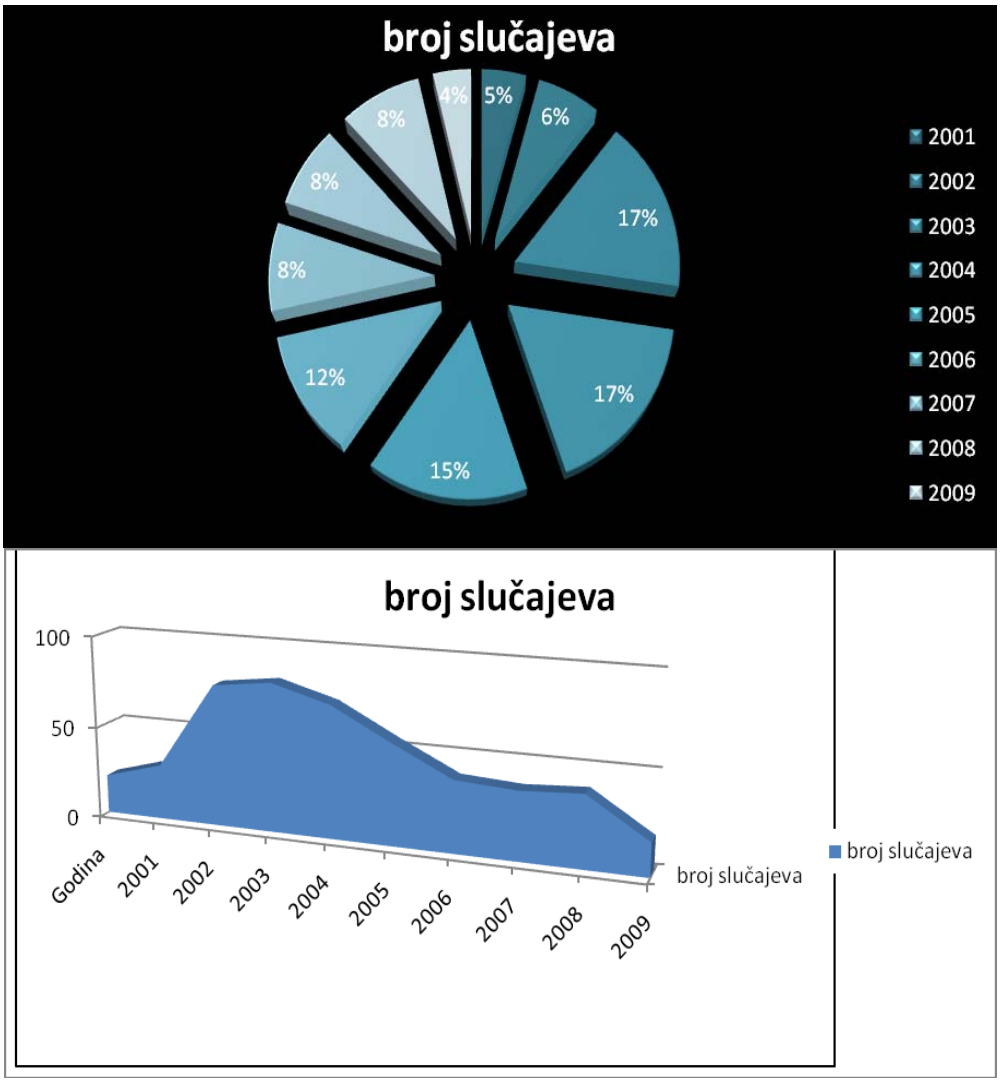
- države destinacije, to jest one države na čijoj teritoriji ostaju žrtve trgovine ljudima, decom odnosno maloletnim licima da bi bile prevashodno seksualno, a u manjem broju slučajeva i radno, eksploatisane i zlostavljane

O ozbiljnosti ovog problema i njegovoj rasprostranjenosti na prostorima bivše Jugoslavije i svetu govori statistika formiranih dosijea, kao rezultat ostvarene međunarodne saradnje Nacionalnog centralnog biroa INTERPOL-a Beograd od 29.01.2001. godine, kada je „otvoren“ prvi slučaj trgovine ljudima, do 28.04.2010. godine:

Godina	**broj slučajeva**
2001	21
2002	30
2003	77
2004	81
2005	72
2006	55
2007	39
2008	37
2009	39
2010[1]	18

Grafički prikazana ova tabela izgleda na sledeći način:

[1] 2010. godine do 28.04.2010. godine bilo je 18 slučajeva



Metodologija INTERPOL-a u identifikovanju žrtava trgovine decom podrazumeva upoređivanje fotografija tih žrtava sa fotografijama nestalih maloletnika, koje su države članice INTERPOL-a dostavile jedne drugima u okviru međunarodne policijske saradnje. Na zahtev države članice organizacija INTERPOL-a izdaje „žutu“ objavu (yellow notice) u kojoj se nalazi fotografija i lični podaci nestalog lica, maloletnog ili punoletnog, tako da se podaci o nestaloj deci nalaze i u centralnom sistemu INTERPOL-ovih objava.

Žrtve trgovine decom se fotografišu po pronalasku, ali njihove fotografije se mogu naći i u materijalima pornografske sadržine koji se distribuiraju INTERNET-om. Ukoliko se dete nalazi prikazano na slici pornografskog tipa, njegovo lice se

uveličava kako bi fotografija bila što jasnija i pogodnija za poređenje. Posebno je značajno, ukoliko je moguće, ustanoviti osobene znake deteta (npr. beleg ili ožiljak na licu, gornjim ili donjim ekstremitetima i sl.). Pored žrtve na pornografskoj slici se može naći i punoletno lice koje seksualno zlostavlja dete, te se pažnja kriminalističke službe usmerava i na njega radi moguće identifikacije izvršioca krivičnog dela, naročito ako ima specifičan tetovaž. Na ovakvoj fotografiji neophodno je uočiti detalje koji ukazuju na vreme i mesto gde je snimljena, a odnose se na sat, neki časopis ili prepoznatljiv deo grada (ako je fotografija načinjena u blizini prozora ili otvorenih vrata terase).

Što se trgovine ljudima tiče, sa stanovišta prakse kriminalističke službe i granične policije, najteže je u prvi mah razlikovati pojavno ovu vrstu kriminalnih aktivnosti od krijumčarenja ljudima, posebno u slučaju moguće radne eksploatacije.

Trgovina ljudima radi seksualne eksploatacije često je zamaskirana problematikom koja se prevashodno odnosi na kretanja i nedozoljeno radno angažovanje stranih državljana u državama na prostorima bivše Jugoslavije. Pravo pitanje odnosi se na razlikovanje spoljašnjeg i unutrašnjeg seks trefikinga odnosno problematike tzv. domaće trgovine ljudima gde se npr. domaće državljanke više puta preprodaju radi seksualne eksploatacije unutar teritorije matične države. Kao rešenje ovog problema države Zapadnog Balkana formirale su mobilne policijske timove za borbu protiv trgovine ljudima, kao i nacionalne strategije koje se bave ovim problemom. Čitav niz bezbednih kuća tj. objekata gde se može pružiti pravna, lekarska i svaka druga vrsta zaštite licima koja su prepoznata kao žrtve trgovine ljudima, aktiviran je od Republike Slovenije do Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije.

Kao kamen spoticanja u borbi protiv trgovine ljudima u predmetnom regionu uočen je problem socijalne reintegracije žrtava, koje posle prve zaštite u bezbednim kućama i proceuiranja izvršilaca, u ovom smislu regrutera, transportera, eksploatatora i organizatora trgovine ljudima radi prevashodno seksualne, a u nekim slučajevima i radne eksploatacije, postaju ponovo žrtve organizovanih kriminalnih grupa koje prate njihov povratak u matičnu sredinu i ponovo ih viktimiziraju u lancu trgovine ljudima ili organizovane prostitucije.

Hrvatska

Predstavlja prvenstveno tranzitnu zemlju za trgovinu ženama u Evropi i igra manju ulogu kao izvorišna i odredišna zemlja. Žene iz mnogih država, uključujući Rusiju, Srbiju i CrnuGoru, Rumuniju, Bosnu i Hercegovinu i druge istočno evropske zemlje prevoze se na različite načine (prvenstveno brodovima ili kamionima) u Hrvatsku. Prosečna starost žrtava je 24 godine[2] i one su često žrtve nasilja i zlostavljanja. Ured hrvatske vlade za ljudska prava preduzeo je korake kako bi se ovaj problem sprečio kampanjama za podizanje opšte svesti i edukacijom nadležnih za

[2]http://web.archive.org/web/20070104000551/www.croatia.stopvawmonitors.org/ доступан 22.04.2010.

ovaj problem. Vlada je takođe uključena u mnoge međunarodne inicijative za suzbijanje trgovine ženama kroz UN, Međunarodnu organizaciju za rad (ILO)[3] i Međunarodnu organizaciju za migracije (IOM)[4] i uključena je u pregovore sa regionalnim vladama kako bi se ostvarili sporazumi o readmisiji.

Hrvatska je jedna od prvih država koje su potpisale UN-ovu Konvenciju protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i odgovarajući protokol. Nacrt nacionalnog akcionog plana iz 2001.godine revidiran je 2002. od strane tada novoosnovanog Nacionalnog veća za suzbijanje trgovanja ljudima. Vlada je usvojila i počela sprovoditi Nacionalni plan za suzbijanje trgovine ljudima u 2002.godini. Jula 2004., United States Agency for International Development (USAID) sponzorisala je radionicu za članove Vlade, nevladin sektor i međunarodnu zajednicu zaizradu nacrta novog akcionog plana za period od 2005. do 2008. a 15. decembra 2004. usvojen je novi plan. On uključuje preporuke za razmenu informacija o trgovine ljudima i metodama za sprečavanje trgovine ljudima iz, kroz i u Hrvatsku kroz regionalnu i međunarodnu saradnju.Tokom 2004.godine imenovan je koordinator za sprečavanje trgovine ljudima i Hrvatska je osigurala direktno finansiranje sprovođenja Nacionalnog plana.

Trgovina ljudima je u Hrvatskoj bilo zabranjena i pre nego što je trgovina ljudima uvrštena u Kazneni zakon.Pre izmenana u Kaznenom zakonu iz 2004.godine trgovina ljudima bila je zabranjeno prema Članu 175. (Uspostavljanje ropskih odnosa i transport robova), Članu 177.(Ilegalno prevođenje osoba preko državne granice), i Članu 178. (Međunarodna prostitucija) Kaznenog zakona.Član 175. svakoga „Tko kršeći pravila međunarodnoga prava stavi drugoga u ropski ili njemu sličan odnos ili ga drži u takvom odnosu, kupi, proda, preda drugoj osobi ili posreduje u kupnji, prodaji ili predaji takve osobe ili potiče drugoga da proda svoju slobodu ili slobodu osobe koju uzdržava ili se o njoj brine“ kazniće kaznom zatvora od jedne do deset godina. Za protivzakonito prevođenje drugih osoba iz koristi predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju od tri godine. Ukoliko je prevođenje izvršila organizovana kriminalna grupa, zatvorska kazna može iznositi od jedne do deset godina. Izmene iz 2004.godine izričito navode trgovinu ljudima kao krivično delo različito od ropstva.

Član 178.kažnjava svakoga ko podstiče druge osobe na prostituciju u drugoj državi kaznom zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine. Ukoliko je, pritom,korišćena silaili prevara, zatvorska kazna povećava se za tri meseca do pet godina. Ukoliko je žrtva maloletna, zatvorska kazna povećava se na maksimalno deset godina. Činjenica da je žrtva prethodno već bila uključena u prostituciju neće se odraziti na izricanje dužine kazne. Prema Izveštaju State Departmenta SAD[5], Član 195. Kaznenog zakona pokriva posredovanje u prostituciji i može se takođe

[3] The International Labour Organization (ILO) više na http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm poslednji put pristupljeno 30.04.2010.god.

[4] International organization for migration više na: http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/lang/en poslednji put pristupljeno 30.04.2010.god.

[5] http://www.state.gov/g/tip/rls/reports/2010/137250.htm dostupan 30.04.2010.

primijeniti na regulisanje slučajeva trgovine ljudima. U oktobru 2004.godine novi zakon stupio je na snagu. To je prvi zakon koji definiše „trgovinu ljudima" kao zločin odvojen od ropstva. Danas kazne za trgovinu ljudima variraju od jedne do devet godina zatvora. U slučaju maloletnih žrtava minimalna kazna povišena je na pet godina zatvora. Za zločine koji su završili smrću ili ih je izvršila kriminalna organizacija kazna je od pet godina zatvora do doživotne kazne. U 2004.godini pokrenuto je 17 istraga o trgovanju ljudima. Četiri su završile osudama i kazne iznose od sedam meseci do devet godina zatvora.

Praćenje, sprečavanje i suzbijanje pojave trgovanja ljudima se u Hrvatskoj vrši sve konkretnije i pouzdanije a nivo svesti organa gonjenja se popravlja. Svi pripadnici pogranične policije i pripadnici policije za suzbijanje organizovanog kriminala prošli je niz edukativnih treninga, a trening o trgovini ljudima se danas poučava na Policijskoj akademiji. Na taj način nadležne institucije u Hrvatskoj dobile su sredstva za efikasnije prepoznavanje žrtava, u sprečavanje i suzbijanje i Savet Evrope odabrao ga je kao model program za neka druga područja.

Hrvatska do 2003. godine nije imala nikakva skloništa za žrtve trgovine ljudima. Do tog momenta država Hrvatska u saradnji sa jednom nevladinom organizacijom vodila jednu sos-liniju i pokrenula osnivanje skloništa za žrtve trgovanja ljudima. Od osnivanja 2003.god. usluge u skloništu pružaju pripadnici Međunarodne organizacije za migracije i lokalne nevladine organizacije. Uz osnivanje skloništa, Ministarstvo rada i socijalne skrbi, Ministarstvo zdravstva, nevladine organizacije i druge međunarodne organizacije zajedno su osnovali službene prijemne centre koji pružaju privremeni smeštaj žrtvama trgovine ljudima. Izmenjeni Zakon o strancima stvorio je mogućnost za žrtve trgovine ljudima da ostanu u Hrvatskoj s privremenom boravišnom dozvolom od 90 do godinu dana. Žrtve koje su uhvaćene na granicama se ili deportuju ili im se izdaje privremena dozvola boravka. I mere iz zakona o zaštiti svjedoka bile su korisne u slučajevima trgovine ljudima u zaštiti žrtava i svedoka.

Crna Gora

Stanje u Crnoj Gori prema okvirnoj proceni Stejt Departmenta[6] za period maj - novembar 2009. U ovoj proceni palijativna ocean je da je Crna Gora načinila pomak u vezi trgovine ljudima u odnosu na Izveštaj 2009 TIP (Trafficking in Persons Report)[7] ali su neophodne i dalje mere u cilju poboljšanja kapaciteta organa gonjenja da prepoznaju potencijalne žrtve trgovine qudima i sprovedu prevenciju. Država je preko Nacionalnog koordinatora znatno popravila način prikupljanja i iskazivanja statističkog pregleda aktivnosti organa gonjenja i primenu preventivnih aktivnosti za vreme između donošenja dva izveštaja. Od marta 2009.god. organi gonjenja Vlada Crne Gore pokrenuli su postupke u dva slučaja vezana za trgovinu ljudima, u jednom od opisanih sud je doneo presudu kojom izvršioca osuđuje na 1 godinu zatvora a u

[6]http://www.state.gov/g/tip/rls/reports/2010/137250.htm dostupan 25.04.2010.god
[7]http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2009/ dostupan 25.04.2010.god

drugom je postupak još u toku[8]. U julu 2009. Vrhovni Sud CG doneo je presudu kojom je potvrdio presude kojima su trojica optuženih osuđena na kaznu zatvora od po pet godina zbog krivičnog dela trgovine ljudima. U oktobru su osuđeni podneli žalbu na ovu presudu Apelacionom sudu. U periodu za koji je urađena okvirna procena lišeno je slobode i pokrenut je krivični postupak protiv 10 odraslih lica za organizovanje i prinuđivanje na prosjačenje svojih maloletnih rođaka. Većina spasenih maloletnika i dece su bili privremeno smešteni u Centru za decu i omladinu; 76 - oro njih je vraćeno u mesta stalnog boravka u Srbiji i Bosni i Hercegovini. Organi gonjenja sproveli su brojne anti trafiking akcije u mnogim noćnim barovima i poznatim kafićima sa uslugama striptiz i sličnih događaja, ispitano je više od 2000 lica, i u tom period samo jedna žrtva trgovine ljudima je smeštena u sigurnu kuću. Iako su pripadnici inspekcije rada u više navrata obiliazili poslodavce i podneli veći broj prekršajnih prijava i izrekli veći broj mandatnih kazni i mera za otklanjanje neregularnosti, privremenih zabrana obavljanja delatnosti ipak nije bilo lišenja slobode ili podnošenja krivičnih prijava za potencijalni prinudni rad ili trgovinu ljudima. Sa druge strane NVO sektor nastavlja da ukazuje na neadekvatno postupanje u pronalaženju žrtava. Od septembra 2009.god. država Crna Gora je preduzela brojne aktivnosti na celoj teritoriji u cilju angažovanja javnosti i pojačanja javne svesti u pogledu sprečavanja trgovine ljudima i aktivno je objavila nacionalne napore u prevenciji i suzbijanju ove pojave. U tom cilju proglašen je kao dan sprečavanja trgovine ljudima 8.Oktobar, što je malo paradoksalno jer se razlikuje u odnosu na celi svet (18 oktobar).

Bosna i Hercegovina

Bosna i Hercegovina (BiH) se javlja primarno kao zemlja izvor lica žrtava trgovine ljudima (najčešće kao izvor žena i mladih devojaka za komercijalnu seksualnu eksploataciju unutar državnih granica), ali i kao tranzitna i zemlja destinacije žrtava trgovine ljudima za žene i devojke sa destinacijom u zapadnoj Evropi. U pitanju su državljanke Srbije, Ukrajine, Moldavije, Rumunije, Iraka i Rusije, sve se običnokrijumčare preko teritorije Srbije ili Crne Gore, a kao osnovni cilj je komercijalna seksualna eksploatacija.Interna trgovina ljudima unutar granica BiH nastavila je porast tokom 2008.god.jer prema podacima[9] žrtve su mahom bile državljani BiH, a više od polovine su deca. Postoje izveštaji koji ukazuju na su neka deca ženskog pola, mahom pripadnice romske nacionalne manjine krijumčarene u svrhu prisilnih brakova, a pored ovakvih indicija postoje i dalje indicije da se krijumčare deca iste nacionalne pripadnosti u svrhu prinudnog rada. U određenim slučajevima trafikanti (izvršioci krivičnih dela trgovine ljudima) primoravaju žrtve da podnose zahteve za azil kako bi ih držali legalno na teritoriji BiH. Prema izveštaju Stejt Departmenta BiH spade u grupu država koje ne primenjuju u potpunosti

[8]http://www.unhcr.org/refworld/country,,,,MNE,4562d8b62,4b8e7a7023,0.htmldostupan 25.04.2010.god

[9]http://www.unhcr.org/refworld/country,,,,BIH,4562d8b62,4a4214cc32,0.html dostupan 25.04.2010.

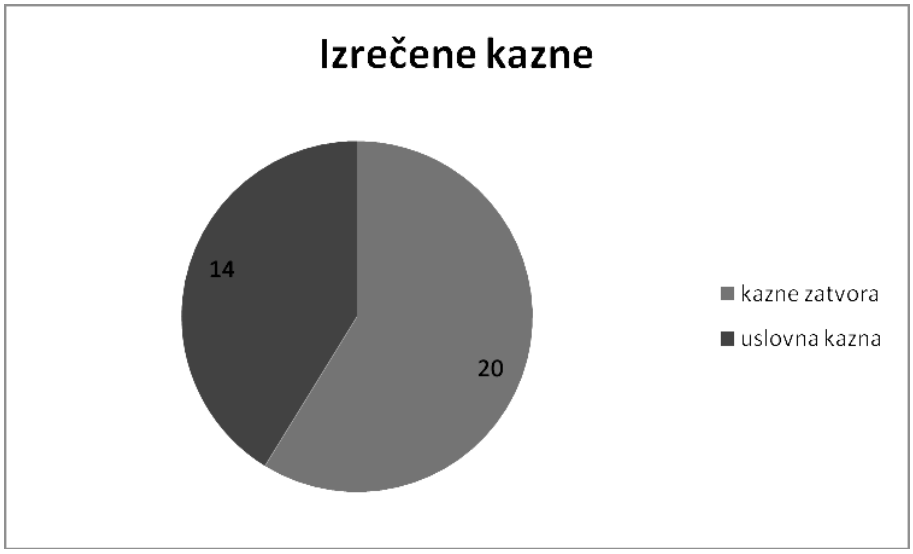
minimalne standarde za suzbijanje trgovine ljudima, ali ipak, prema trenutnom stanju stvari preduzima maksimalne napore da ispuni minimalne standarde. Država je nastavila finansiranje NVO u zaštiti i pružanju pomoći žrtvama trgovine ljudima, ali i pored ovih napora neki izvršioci trgovine ljudima dobili su uslovne kazne što je paradoksalna situacija. Šta više organi gonjenja nisu u potpunosti ispunili sve obaveze u istragama započetim i sprovođenim 2006 i 2007.god,.vezanim za predmete trgovine ljudima.

Iz ovih razloga u Izveštaju Stejt Departmenta[10] preporučuje se BiH da: beskompromisno i odlučno istražuje i goni osumnjičene za trgovinu ljudima, preduzme korake za smanjenje i eliminaciju izricanja uslovnih kazni za izvršioce ovih krivičnih dela, pojačaju obuke pripadnika organa gonjenja kako bi se ujednačila primena standardnih operativnih postupaka i procedura na celokupnoj teritoriji BiH; takođe i obučili lokalni zvaničnici u primeni postojećih zakonskih normi u vezi sa trgovinom ljudima.

Gonjenje

Država BiH preduzela je značajne napore u 2008.god, ali i dalje se dešavalo da neki od trgovaca ljudima budu kažnjeni besmislenim kaznama kao na primer uslovnom kaznom. Trgovina ljudima je inkriminisana u čl.186. Krivičnog zakona kojim je zaprećena kazna zatvora do 10 godina, a što je dovoljno rigorozna sankcija za ovo delo u uporednom pravu a takođe i u poređenju sa sankcijama za druga teža dela u KZ BiH (npr. Silovanje u osnovnom obliku – takođe predviđena visina kazne od 10 god.). Lokalni entiteti u Bosni (kantoni) često koriste inkriminacije "navođenje ili podsticanje na prostituciju" u gonjenju dela trgovine ljudima, koja su blaža po zaprećenim kaznama.U 2008.god.državni i kantonalni organi gonjenja su otkrili 94 slučajeva za koje se sumnjalo da su dela trgovine ljudima, od kojih je 26 procesuirano u toku 2009. Od 34 optuženih lica lokalni sudovi su izrekli za njih 20 presude na kazne zatvora, od tri meseca do šest godina, ostalih 14 optuženih su uslovno osuđeni. Grafički predstavljeno to izgleda ovako:

[10]http://www.state.gov/g/tip/rls/reports/2010/137250.htm dostupan 25.04.2010.god

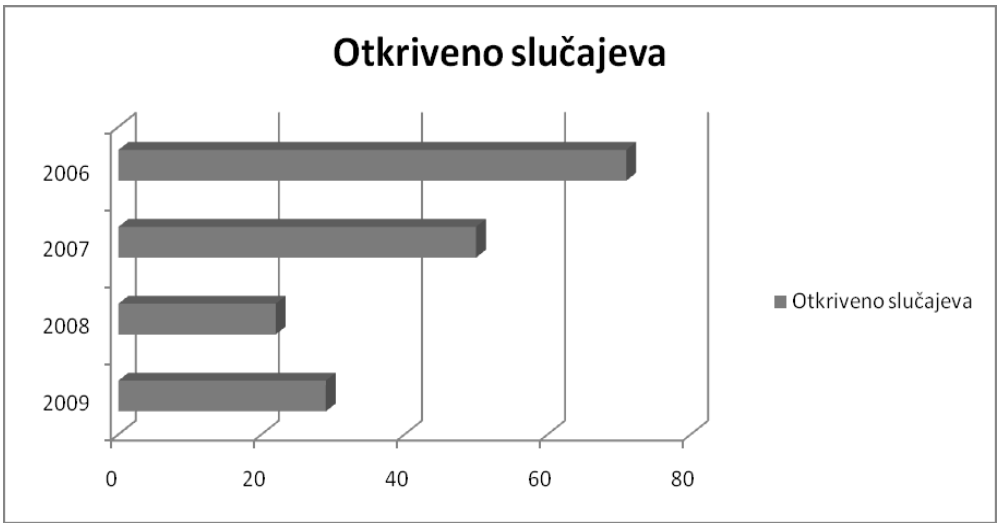


U BiH se u više slučajeva desilo da su u trgovini ljudima učestvovali pripadnici policije i drugi javni zvaničnici, uključujući i svesno ignorisanje i čak pružanje zaštite izvršiocima krivičnih delatrgovine ljudima ili lica koja su bila korisnici usluga žrtava trgovine ljudima a uz protivusluge u novcu ili sličnim poklonima. U ovim slučajevima država nije reagovala adekvatno na jednu od dve istrage u vezi sa prethodno pomenutim. Istraga pokrenuta u slučaju pripadnika Državne granične policije u februaru 2006.god. nije dovršena. Takođe, i u slučaju postupka pokrenutog

u decembru 2007. god. o navodnoj umešanost i tri lokalna zvaničnika u prinudnoj prostituciji troje dece i dalje je u stadijumu istrage kojom rukovodi Državni Tužilac. Iako se dvoje zvaničnika nalazi u pritvoru još nije podnet nikakav optužni akt.

Zaštita žrtava

Vlada BiH nastavila je 2008.god. sa naporima u zaštiti žrtava trgovine ljudima kroz delegaciju pomoći žrtvama na šest lokalnih NVO. Njihova uloga ogleda se u pružanju sigurnog smeštaja, medicinske i psihološke pomoći stranim i domaćim žrtvama. Za period Izveštaja Stejt Departmenta država je uplatila 22,400 $ za brigu o žrtvama trgovine ljudima državljanima Bosne a 133,333$ za strane državljane. Država omogućava pristup žrtvama ovim kapacitetima NVO koje identifikuje u procesu otkrivanja dela trgovine ljudima.U toku 2009.otkriveno je 29 žrtava trgovine ljudima (što predstavlja pad u odnosu na 50 u 2007. I 71 u 2006.god.) za razliku od 2008. god. kada je otkriveno i pružena je pomoć 22 – ma žrtvama u 2008.god. Grafički prikazano to izgleda ovako:



Kancelarija Državnog koordinatora za trgovinu ljudima je u izveštajnom periodu organizovala obuke za tužioce, socijalne radnike i za pripadnike ostalih ministarstva o standardnim operativnim procedurama u pogledu postupanja sa decom žrtvama trgovine ljudima. U 2008.god.devet žrtava trgovine ljudima je saslušano u postupcima protiv izvršilaca. Država BiH je pružila alternativnu pravnu pomoć u slučajevima proterivanja žrtava trgovine ljudima u države njihovog porekla gde ih čeka retribucija ili čak ponovno postajanje žrtvom obezbeđivanjem dugoročnih ili kratkoročnih humanitarnih viza. U toku 2008.god.dve žrtve su dobile boravišne dozvole po osnovu humanitarnih razloga. U primeni mera suprostavljanja trgovini ljudima pripadnicima policije i carine od velike koristi je okvirni upitnik za razlikovanje žrtava trgovine ljudima od normalne populacije. Naravno u ovoj godini

ni jedna od žrtava nije procesuirana niti na bilo koji drugi način sankcionisana za nezakonite aktivnosti koje je u okviru svog položaja kao žrtve učinila.

Prevencija

Operacija državnih organa BiH I NVO vezana za vruće telefone za žrtve trgovine ljudima imala je određenog uspeha. Vlada je podržala i finansijski i proceduralno sprovođenje ove operacije, a uz ovo Kancelarija državnog koordinatora je u konstantnom nadziranju i koordinisanju kampanje koju finansiraju NVO čija su ciljana grupa mladi u potrazi za poslom u inostranstvu. U periodu za koji je rađen izveštaj SD u Bosni nije bilo kampanje za podizanje nivoa javne svesti posebno usmerene na smanjenje potražnje za prostitucijom ili prinudnim radom. Posebno je značjano da je sprovođena specijalizovana kampanja i obuka pripadnika međunarodnih mirovnih snaga u pogledu prevencije i prepoznavanja pokazatelja trgovine ljudima. Ovaj korak je izuzetno značajan za Bosnu, jer su mnogi pripadnici mirovnih trupa imali kontakata sa ovom pojavom, na različite načine.

BJRM

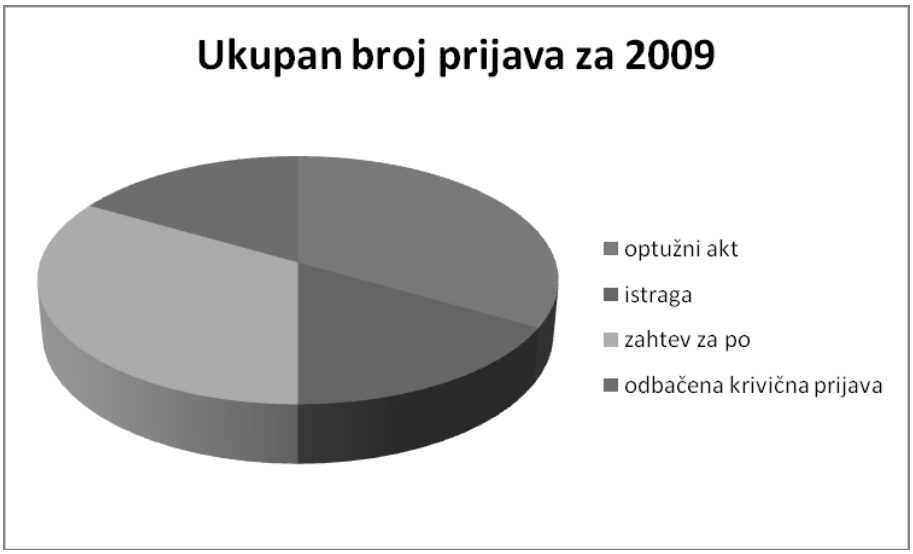
U BJR Makedoniji i Ustav i zakon zabranjuju trgovinu ljudima.Zakon propisuje kao zaprećenu kaznu za osnovni oblik (upotrebom prinude ili prevare) trgovine ljudima kaznu od minimum četiri godine zatvora, dok je za maloletne žrtve zaprećena jazna od 10 god. Makedonija se javlja i kao tranzitna zemlja i kao zemlja porekla i destinacije žrtava trgovine ljudima. Anti trafiking aktivnosti koordinira Nacionalna komisija zailegalne migracije i borbu protiv trgovine ljudima, MUP je zadužen za suzbijanje i sprečavanje ove pojave a Ministarstvo rada i socijalne politike koordinira zaštitu žrtava.U aktivnostima anti trafiking akcije učestvuje 8 ministarstava, Javno tužilaštvo i NVO. Država je zajedno sa NVO organizovala na različite načine prepoznavanje i pomoć žrtvama osnivajući centre za sprečavanje nasilja nad ženama (porodično i drugo). U prvih šest meseci 2009.god.prijavljen je 271 slučaj fizičkog nasilja nad ženama[11]. Prema većini izveštaja u Makedoniji kao žrtve trgovine ljudima preovlađuju deca i žene, i najčešće u svrhu seksualnog iskorišćavanja i za prinudni rad. Poseban osvrt se može napraviti u pogeldu dece romske nacionalnosti čija se trgovina vrši isključivo u svrhu prosjačenja. Rute trafikinga u Makedoniji imaju veoma ustaljen pravac, sa Kosova i Metohije i Albanije ka centralnoj i zapadnoj Evropi. U toku 2009.god.otkriveno je 9 žrtava trgovine ljudima, od kojih 7 maloletnika i to makedonskih državljana. Na osnovu operativno taktičkih i istražnih radnji policije utvrđeno je da je u svrhu trgovine korišćeno najrazličitije fizičko i psihičko nasilje.NVO ukazuju da mnoge žrtve nisu registrovane zbog mera koje preduzimaju organizatori i izvršioci trgovine ljudima, među kojima je davanje žrtvama ograničene slobode kretanja (pod prividom potpune slobode), regulisanjem i

[11]http://www.unhcr.org/refworld/country,,,,MKD,4562d8b62,4b9e52dec,0.html

imigrantskog statusa žrtava, plaćanjem za pružene usluge (mnogo manjeg iznosa novca). Na ovaj način modus operandi (MO) izvršilaca evoluira kao odgovor na mere policije i drugih organa gonjenja prilagođavajući se novim aktivnostima na polju borbe protiv trgovine ljudima, pomerajući aktivnosti ka manje vidljivim prostorijama i delatnostima – kao na primer salonima za masažu i sl. MUP BJRM je u saradnji sa IOM organizovao obuku za 250 policajaca i pripadnika pogranične policije, fokusirajući se na prepoznavanje novih, prikrivenijih i adaptivnijih metoda koje koriste izvršioci u prilagođavanju policijskim aktivnostima i prepoznavanje novih profila žrtava, te u tom cilju izučavanja novih policijskih metoda. Prema izveštajima žrtve se krimčare od strane velikih organizovanih kriminalnih grupa ali i pojedinaca sitnih kriminalaca. U poslednje vreme izvršioci češće koriste taktike prinude nego otmice i kidnapovanja, koristeći čak i lažna obećanja braka ili primamljive lažne ponude za poslom kako bi namamili žrtve. Postoje i izveštaji o umešanosti i članova porodice i rođaka u fazi regrutovanja žrtava u Makedoniji, naročito u slučaju maloletnih žrtava.Država je pojačala kaznenu politiku kroz oštrije predviđene kazne ali i sudovi su počeli izricati teže kazne izvršiocima, ali je jedna od NVO prijavila da se sudovi u nekim slučajevima i dalje rukovode odredbama zakona o krijučarenju i izricale sankcije za ova dela izvršiocima trgovine ljudima.Većina pronađenih žrtava trgovine ljudima je locirana racijama u noćnim klubovima i barovima. Korupcija na mnogim nivoima osujećuje anti trafiking aktivnosti državnih organa i NVO, na primer, lokalni vlasnici bordela su obaveštavani na različitim lokacijama nekoliko sati pre racije, omogućavajući im da izbegnu lišenja slobode i izgube izvore prihoda. U toku godine policija je sprovela brojne racije – 59 u barovima i noćnim klubovima. Lokalne NVO i međunarodne organizacije su učestvovale u obuci pripadnika policije u prepoznavanju i postupanju sa žrtvama trgovine ljudima, takođe učestvovale su i u obavljanju razgovora sa žrtvama.

Do kraja 2009.god. policija je podnela krivične prijave protiv izvršilaca trgovine ljudima u šest slučajeva, od ovih šest za dva su podignuti optužni akti i u toku su postupci; jedan je u prethodnom postupku, čeka odluku tužioca o optužbi; dva su vraćena policiji u cilju prikupljanja potrebnih obaveštenja dok je u jednom krivična prijava odbačena od strane tužioca usled nedostatka dokaza[12].

[12]http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=publisher&docid=4a4214a732&skip=&publisher=USDOS dostupan 30.04.2010.



Ukupan broj lica koja su optužena za trgovinu ljudima u ovoj godini iznosi 18. Prosečna kazna zatvora izrečena osuđenim licima za trgovinu ljudima je više od 5 godina zatvora.

NVO, međunarodne organizacije, kao i veći broj stranih ambasada su učestvovale u radu upravnog odbora za borbu protiv trgovine ljudima pod patronatom državne antitrafiking komisije.

Država je pružala i pruža različite oblike pomoći žrtvama od skloništa, sigurnih kuća, pravne i medicinske pomoći, programa zaštite svedoka, psihološke pomoći. Zakon propisuje izdavanje dozvola za privremeni boravak do 6 meseci i prelazni period za žrtve strane državljane kako bi se žrtve psihički sredile i odlučile, u tom periodu, da svedoče protiv izvršilaca trgovine ljudima. Do ovog momenta ni jedna žrtva trgovine ljudima nije podnela zahtev za dobijanje ovakve dozvole. U Makedoniji se nastavilo sa poboljšanjem primene standarda i sve uspešnijom primenom ka žrtvi orijentisanih standardnih operativnih procedura (SOP) za identifikaciju žrtava trgovine ljudima. U tom cilju na lokalnom nivou je obavljana obuka u više navrata u toku godine sa fokusom na pojedine segmente ovih SOP.

Država i dalje drži otvoren prijemni centar za strane migrante i žrtve trgovine ljudima strane državljane, u kojem je njihova sloboda kretanja ograničena.U toku 2009.god.u Makedoniji je na različitim nivoima i u različitim strukturama prema Izveštaju SD sprovođena preventivna delatnost uz prateće kampanje podizanja nivoa svesti javnosti, posebno, ostvarena je obuka antitrafikinga za pripadnike vojske koji su u misijama u inostranstvu.

MUP je preduzeo dve opsežne operacije u cilju iskorenjavanja prisustva izvršilaca trgovine ljudima (ili ilegalnim migracijama) ili njihovih pomagača u svojim redovima. Dana 1. jula lišeno je slobode 11 lica, uključujući jednog višeg starešinu policije, zbog krijumčarenja ljudi – azijskih migranata iz Srbije, preko BJR

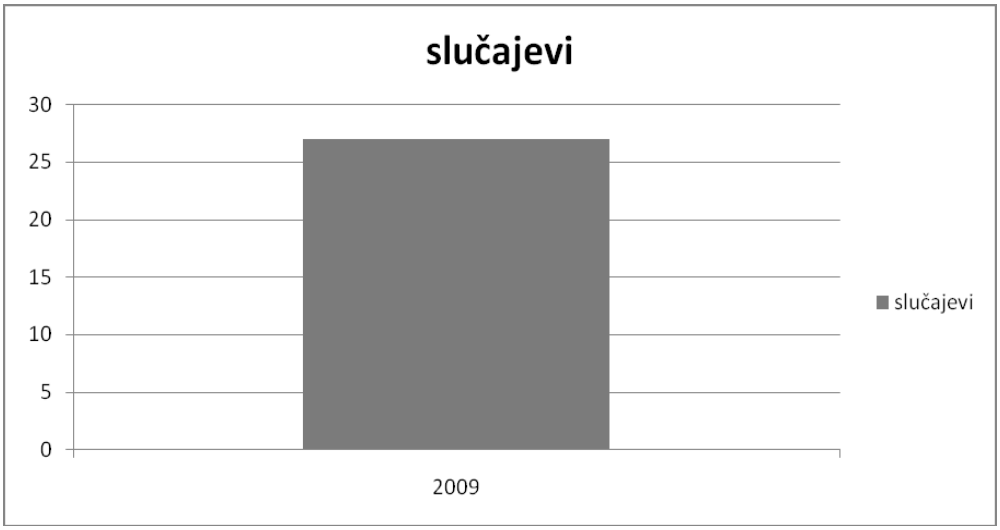
Makedonije u Grčku. 25. avgusta[13] Jedinica za borbu protiv organizovanog kriminala počela je sa lišenjima slobode lica pripadnika pogranične policije i carine zbog primanja mita na graničnim prelazima u svrhu nelegalnog prebacivanja lica preko granice. Dok nije pribavljeno direktnih dokaza o vezi ovih lica sa trgovinom ljudima, primećeno je od strane državnih organa da su obe ove akcije direktno pomogle obezbeđenju granice i smanjenju ranjivosti sistema na međunarodne kanale trgovine ljudima.

Republika Slovenija

Iako je članica EU i smatra se naprednom parlamentarnom demokratskom državom postoje određeni izveštaji oji ukazuju na postojanje određenih problema. Posebno se možemo osvrnuti na probleme vezane za trgovinu ljudima, konkretno decom i ženama. U Sloveniji zakon zabranjuje trgovinu ljudima, propisujući kao maksimalnu kaznu za krivično delo trgovine ljudima – 15 godina (čl.112 Kaznenog zakonika zabranjuje sve oblike trgovine ljudima u svrhu zasnivanja ropskog odnosa). Osim ovog krivičnog dela organi gonjenja mogu goniti izvršioce ovih dela i za krivična dela silovanja, navođenja (i posredovanja u) na prostituciju, prinuđavanja na prostituisanje, seksualnog napada, ropskog odnosa i druga vezana dela. U Sloveniji je kažnjivo i oduzimanje pasoša (putne isprave) I pored toga država Slovenija i dalje predstavlja tranzitnu zemlju trgovine ljudima, i u manjoj meri zemlju destinacije. U tom pogledu, Slovenija predstavlja zemlju destinacije za muškarce, prvenstveno krijumčarenih za radnu eksploataciju, ali i za žene – u cilju seksualne eksploatacije. Trgovina decom vezana je mahom za maloletne devojčice (tinejdžerke) i to, najpre, u tranzitu, ka zapadnoj evropi.Postoje izveštaji koji govore o okolnosti da je Slovenija i zemlja porekla žrtava trgovine ljudima. Zemlje porekla žrtava trgovine ljudima koje su u tranzitu ili čija je zemlja destinacije Slovenija, su: Ukarjina, Slovačka, Rumunija, Moldavija, Bugarska, Kolumbija, Dominikanska Republika, Turska Albanija i Crna Gora. Iako je primarno zemlja tranzita ili destinacije, videćemo da je u manjoj meri i zemlja porekla žrtava, u slučaju tranzita dalja distribucija žrtava je usmerena najčešće ka Italiji, Holandiji, Španiji i Nemačkoj. Studija mirovnog Instituta iz 2006.god.ukazala je da je žrtvama trgovano primarno u svrhu komercijalne seksualne eksploatacije, a izvršioci su mamili žrtve putem reklama i oglasa kojima je nuđeno: visoka plata, brakovi, zaposlenje kao konobarice ili plesačice bez pominjanja seks industrije. Organizovane kriminalne grupe, vlasnici noćnih klubova i lokalni makroi su identifikovani kao organizatori lanaca trgovine ljudima u Sloveniji. Kao tipične žrtve mogu se prepoznati mlade devojke koje žive u siromašnim porodicama, ranije pominjanih zemalja porekla, posebno u oblastima u kojima je niska stopa zaposlenosti, i koje su laka meta za izvršioca. Mnoge od njih su potpuno nesvesne problema trgovine ljudima i rizika postajanja žrtvom istog.

[13] Ibid.

U toku 2009.god.pokrenuta je jedna istraga za izvršeno krivično delo iz čl. 112. KZ Slovenije. Takođe lišavani su slobode, procesuirani i osuđivani izvršioci trgovine ljudima u oblasti prinudne prostitucije u 27 slučajeva.



Dakle u toku godine je podneta jedna krivična prijava za trgovinu ljudima i donete su dve presude u postupcima pokrenutim za krivična dela trgovine ljudima i izvršioci su osuđeni na kazne zatvora. Regionalni policijski direktorati su u prošloj godini učestvovali u zajedničkim akcijama trgovine ljudima i organizovanog kriminala, a u svakoj regionalnoj kancelariji Državnog tužioca, određen je po jedan koji se isključivo bavi borbom protiv trgovine ljudima.

Tokom 2009.godine Slovenija je u saradnji sa NGO i INTERPOL-om u projektu pod nazivom "crvene rute" razmenom informacija o izvršiocima trgovine ljudima i trasama ilegalnih migranata ostvarila veliki prodor. MUP – ova brigada pogranične policije je aktivno učestvovala u sprovođenju plana ILAEIRA[14], projekta pod vođstvom Grčke o transgraničnoj policijskoj saradnji u uprostavljanju trgovinom ljudima. Država Slovenija nije izvršila ekstradiciju ni jedno lice koje je optuženo u drugim državama za vršenje dela trgovine ljudima. Državni nacionalni koordinator za borbu protiv trgovine ljudima je po postavljenju i šef radne međuagencijske grupe za borbu protiv trgovine ljudima koja se sastoji od ministara ministarstava koje tangira ova problematika kao i NVO, predstavnika međunarodnih organizacija i predstavnika medija. Koordinator je odgovorna osoba za implementaciju plana o dugoročnoj strategiji za borbu protiv trgovine ljudima. U oktobru i novembru radna grupa je ustanovila akcioni plan za borbu protiv trgovine ljudima u periodu 2010-11 koji

[14]http://www.greekembassy.org/embassy/Content/en/Article.aspx?office=1&folder=904&article=19611 dostupan 29.04.2010.

uključuje aktivnosti u oblasti legislative, prevencije, gonjenja, pomoći žrtvama i projektima protiv trgovine ljudima.

Tokom godine MUP je sponzorisao kampanje za podizanje javne svesti, sprovođene od strane NVO Karitas i Ključ koje su fokusirale najranjivije ciljane grupe za trgovinu ljudima. Nacionalni koordinator se veoma često javljao u medijima, kako radiju tako i tv-u u intervjuima i programima uživo i tok šouima u cilju ukazivanja i fokusiranja na problem. U oktobru je radna grupa sprovela niz aktivnosti i programa po školama u vezi Evropskog Antitrafiking dana (18.oktobra)

Kartias i Ključ su učestvovali u ostvarivanju pružanja različitih vidova pomoći žrtvama trgovine ljudima od održavanja sigurne kuće do psihološke pomoći uz ugovor sa ministarstvom nadležnim za rad. MUP, Karitas, Ključ i NVO Filantropia sproveli su projekat koji se tiče trafikinga i polno zasnovanog nasilja koji je uključivao pružanje informacija i poomoći licima koja traže pomoć u vezi nasilja i trgovine ljudima, prvenstveno ženama i deci odvojenoj od roditelja. Nastavljeno je sa aktivnostima na programima Vijolica[15] i CAP[16] kojima rukovodi Ključ a koji za cilj ima podizanje nivoa shvatanja problema među decom u osnovnim i srednjim školama.

Žrtrve trgovine ljudima imaju pravo da traže privremenu rezidencijalnu dozvolu dok traje suđenje izvršiocima dela čije su žrtve a mogu izabrati i da ostanu duže ukoliko se zaposle ili žele da se školuju u Sloveniji.

Zaključak

Kao što se iz priloženog može videti stanje problematike trgovine ljudima u zemljama bivše SFRJ bez Srbije je mnogo bolje nego što je to bilo pre samo nekoliko godina. Ovo jeste rezultat kako konsolidovanja resursa i fokusiranja raspoloživih sredstava i snaga na adekvatne segmente problematike, kao i zajedničke koordinisane aktivnosti svih ovih država zajedno sa drugim u regionu. I pored erozije ljudskih prava kao i potpune rekonfiguracije i rekonsolidacije društvenih vrednosti devedesetih godina, polako, uz svestranu pomoć EU stanje se polako poboljšava. U ovom smislu neophodno je pored koordinisanih i zajedničkih akcija i šire međusobne saradnje zemalja u regionu da svaka država, proizašla iz bivše SFRJ, ali i druge u regionu, preduzme sve što je u njenoj moći za sprečavanje i suzbijanje ove pojave na svojoj teritoriji. Vidimo prema priloženim podacima da se javlja porast pojave trgovine ljudima na sopstvenoj teritoriji, kao jedne nove pojave čije su žrtve državljani države u kojoj se trgovina odvija. Poseban problem u ovoj pojavi vezuje se za državljanstvo takvih lica. Okolnosti koje se mogu steći oko više činjenica u ovom pogledu znalački i veoma brzo koriste izvršioci krivičnih dela trgovine ljudima, naročito organizovane kriminalne grupe. Primer za ovakvu snalažljivost se vezuje upravo za zloupotrebe činjenica da lice koje je žrtva trgovine ljudima ima državljanstvo države u kojoj je delo izvršeno. Kao što se moglo videti iz prethodno

[15]http://drustvo-kljuc.si/vijolica.php
[16]http://drustvo-kljuc.si/cap.php dostupan 29.04.2010.

prikazanog pregleda ova problematika ne samo da je u porastu, već i da su države uhvaćene nespremne u ovoj problematici. Naročito treba ukazati na okolnost da su neke zemlje u ovakvim slučajevima prepoznavale ne krivično delo trgovine ljudima već prekršaj, usled okolnosti državljanstva koje žrtva ima. U svakom slučaju pored jačanja međusobne komunikacije, saradnje i koordiniranih odgovora na regionalne probleme neophodno je ojačati i sopstvene kapacitete na sopstvenoj problematici trgovine ljudima svake od država bivše SFRJ.

Izvori:

1. ”Anti-trafficking legislation,” SEERIGHTS.org, (2005.).
2. ”Concluding Comment: Croatia by the Committee to Eliminate Discrimination Against Women."Netherlands Institute of Human Rights. 2005.
3. Jouen (Marjorie), Navarro (Lluis), «Les implications financières de l'élargissementet des réformes des politiques de l'UE», *Notre Europe. Président Jacques Delors*, фебруар 2003. године.
4. “Combined Second and Third Periodic Reports of States Parties: Croatia to the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.”United Nations (CEDAW/C/CRO/2-3) 2003.
5. ”Committee to Eliminate Discrimination against Women Considers Reports of Croatia.” United Nations Information Service. (WOM/1478) 2005.
6. ”Country Reports on Human Rights Practices: Croatia.” Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, U.S. Department of State, 2005.
7. ”General Information on the Judicial Power in the Republic of Croatia.”Supreme Court of the Republic of Croatia. (2005.).
8. Heimerl, D. & I. Petkova (2001). "Border Regimes in Southeastern Europe", u: Wim van Meurs (ed.) *Beyond EU enlargement. The agenda of Stabilisation for Southeastern Europe*, Bertelsmann Foundation Publishers, Gutersloh, p.177-223).
9. Human Rights in the OSCE Region: The Balkans, the Caucasus, Europe, Central Asia and North America Report,International Helsinki Federation for Human Rights, 2001.
10. Fassman, H. (2002). "EU – Erweiterung und Arbeitsmigration nach Deutschland und Österreich. Quantitative Vorhersagen und aktuelle Entwiclungstendenzen",(IMIS – Institut für Migrationsforschung und Interkulturelle Studien-Beiträge), no. 19, p. 65-88.
11. Kok (Wim), *Élargissement de l'Union européenne. Résultats et défis*, Rapport à la Commission européenne, 26. март 2003. године.
12. Morokvašić, M. (2001). "Balkans: Les exclus de l'élargissement", *Hommes et migrations*, no. 1230, mars-avril, p. 81-93.
13. Implementation of the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women - A compilation of NGO reports, 2002.
14. Limanowska, B. “Trafficking in Human Beings in South Eastern Europe.”UNDP. 2005. http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/trafficking2002/reports/EP-Limanowska.PDF

15. “Stop Trafficking in Human Beings: Useful Information for Identification, Assistance and Protection of Victims.” Government of Croatia Office of Human Rights..
16. ”Trafficking in Persons Report.” U.S. Department of State. 2004.
17. ”Women in National Parliaments: World Classification.”Inter-Parliamentarian Union.
18. ”Trafficking in Human Beings with Reference to the Protection of Victims and Victims as Witnesses.” International Institute for Democracy. 2004.
19. ”Prevention of Trafficking in Persons.”USAID Croatia. 2005.
20. http://esaconf.un.org/WB/default.asp?action=9&boardid=27&read=1745&fid=297
21. 2003.Human Rights Report: Croatia, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, U.S. Department of State 2004.

Vladimir Urošević, Ph.D
Sergej Uljanov, LLM
Zvonimir Ivanović, LLM

PROBLEM OF THE HUMAN TRAFFICKING IN THE COUNTRIES OF THE FORMER YUGOSLAVIA

Summary

The problem of trafficking in human beings in the 21st century is just a reflection of slavery phenomenon evoluted in its own various modern ways. As a specific come-back of the ancient plunder institute, trafficking of human beings, especially through sexual and forced labour exploitation, is endangering the realization of basic scale of human rights and freedoms and disrupting progressive evolution flow of human civilization. The worst mode of this occurrence is shown by trafficking of children and minors and is self-explanatory regarding its dangerous for nowadays society. Intensified by warfares in the areas of multiethnic ex-Yugoslavia, this kind of organized criminal activity additionally has been menacing fundamental values of social life and humiliated position of an individual in postmodern social surroundings of Western Balkans countries. In this article authors were trying to present efforts of above-mentioned states and their solutions in the combat against trafficking in human beings, being just a little step forward in making out an imagined ideal of the safe way of living and moving of people in the areas of ex-Yugoslavia everlasting related to the opposites attraction of European democratic pragmatics and Asiatic totalitarian thinking over.

Key words: trafficking in human beings, trafficking in children, sexual exploitation, ex-Yugoslavia, INTERPOL

doc. dr Marijana Dukić-Mijatović
docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija Novi Sad

PREGLED ZAKONSKIH PROCEDURA U POSTUPKU UTVRĐIVANJA POTRAŽIVANJA STEČAJNIH ZAKONA U REGIONU

Apstrakt

Pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu, nametnula se kao nužna i neophodna tema u privredno pravnoj stvarnosti, izuzetno aktuelna za pravne teoretičare i praktičare od rimskog prava do danas, od personalne egzekucije do realnog namirenja. Privredni subjekti u pravnom prometu samostalno su nosioci prava i obaveza, te je samim tim naplata potraživanja problematika od velikog značaja, imajući u vidu veliki broj dužničko poverilačkih odnosa, koje privredni subjekt zasniva u svom poslovanju. Ako se uzmu u obzir relevantni podaci o broju aktuelnih stečaja u Srbiji [1] u neposrednom okruženju [2], te čitavom regionu[3], kao i činjenica da već smanjena likvidnost privrednog subjekta

[1] Prosečno vreme trajanja stečajnih postupaka za stečajne postupke pokrenute do 01.05.2010. godine (postupci pokrenuti po ZPPSL, nastavljeni po ZSP , pokrenuti po ZSP i ZOS)stanje na dan 01.05.2010. godine- aktivni

752 (2 godine 9 meseci i 3 dana), obustavljeni 200 (2 godine 2 meseca i 11 dana) i zaključeni 622 (2 godine

meseci 9 dana)- Izvor www.alsu.gov.rs

[2] "Prosječno vrijeme trajanja stečajnog postupka koji se provodi kroz likvidaciju, odnosno prodaju imovine stečajnog dužnika i namirenja povjerilaca u Bosni i Hercegovini je nešto kraće od 2 godine, a kod reorganizacije stečajnog dužnika postupak traje 1,5 godinu. Imovina stečajnog dužnika se unovčava za oko 1/3 procijenjene vrijednosti. Povjerioci višeg isplatnog reda uglavnom se namiruju u cjelosti, a povjerioci opšteg isplatnog reda sa oko 20% priznatih potraživanja. Imovinu stečajnog dužnika unovčava stečajni upravnik i to nepokretnu imovinu prema pravilima Zakona o izvršnom postupku a pokretnu imovinu neposrednom pogodbom. Oglas o unovčenju nepokretne imovine objavljuje se u dnevnim novinama, web stranicama privrednih komora entiteta i Spoljnotrgovinske komore BiH, Agencije za promociju stranih ulaganja i na drugi pogodan način. U Bosni i Hercegovini vodi se u 23 slučaja postupak reorganizacije stečajnog dužnika, a reorganizacija je uspješno završena u 8 slučajeva."- Milijević, N.: Stečajni postupak u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova III Konferencije odbora pristupajućih zemalja INSOL EUROPE, Beograd, 2007., str.235.

[3] "Najveći kvalitet uspešno sprovedenog stečaja je brzo namirivanje potraživanja, jer se tako u najmanjoj meri gubi stečajna masa, ali su iskustva bivših republika u toj oblasti veoma različita. Na primer, u Sloveniji, koja je gotovo preslikala odredbe zajedničkog zakona iz 1989. godine, stečaj u proseku traje godinu dana, a najveći broj predmeta reši se već u prvih šest meseci. I u Hrvatskoj stečaj traje u proseku godinu dana, ali je ta država ostvarila veliki napredak poslednjih godina kada je reč o dužini vođenja postupka. Primera radi, 2004. godine u 33 odsto slučajeva stečaj je završavan u prvih šest meseci, dok je u više od 20 odsto slučajeva postupak trajao duže od dve godine. U prošloj godini, broj predmeta koji su rešeni u prvih šest meseci premašio je 65 odsto, dok su stečajevi koji traju duže od dve godine zastupljeni sa manje od šest odsto. U Makedoniji, gde se od prošle godine primenjuje novi Zakon o stečaju, nastao na približno istim principima kao i srpski, dakle pod jakim uticajem američkog zakonodavstva, pravi efekti još nisu vidljivi, a stečajevi koji su započeti ranijih godina, u proseku su

poveriocima nagoveštava teškoće, koje će imati u naplati svog potraživanja i svakako nemogućnost potpunog namirenja, cilj ovog rada je ukazivanje na sve pravne probleme, vezane za postupanje poverilaca u samom stečajnom postupku, u kome se utvrđuje njihovo potraživanje i analiza pozitivnih zakonskih rešenja, u svetlu pregleda procedura koje pruža naš aktuelni Zakon o stečaju,[4] i zakoni u regionu, čijim donošenjem i stupanjem na pravnu snagu je prestao da važi Zakon o stečajnom postupku[5] koji je bio prvi zakon u ovoj oblasti u nas, a kako su i sve bivše jugoslovenske republike donele svoje stečajne zakone, Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji[6] postao je deo stečajne pravne istorije.

Ključne reči: stečaj, stečajni dužnik, stečajni poverioci, stečajni razlog, stečajni postupak .

---

trajali dve do tri godine, mada, kao i u Srbiji, postoji veliki broj predmeta sa decenijskim stažom. U Crnoj Gori stečajni postupak traje u proseku 15 meseci..”-Izvor:www.danas.rs

[4] Zakon o stečaju Republike Srbije /"Službeni glasnik RS", br. 104/2009./ Prelaznim i završnim odredbama Zakona i to člana 207-212 propisano je da se stečajni postupci koji su na dan početka primene ovog zakona u toku, nastavljaju po propisima koji su važili do dana početka primene ovog zakona. Izuzetno, na ove stečajne postupke primenjivaće se odredbe čl. 22. do 26, čl. 29. i 30. i člana 157. stav 5. ovog zakona. Od dana početka primene ovog zakona do 31. decembra 2010. godine odredbe čl. 150. do 154. ovog zakona primenjivaće se na pravna lica koja su obustavila sva plaćanja u neprekidnom trajanju od tri godine, a od 1. januara 2010. godine do 31. decembra 2011. godine primenjivaće se na pravna lica koja su obustavila sva plaćanja u neprekidnom trajanju od dve godine. U stečajnim postupcima nad bankama i društvima za osiguranje, nadležnosti i ovlašćenja stečajnog sudije iz ovog zakona vrši stečajno veće, u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje stečaj i likvidacija banaka i društava za osiguranje, osim ako je tim zakonom drugačije propisano. Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u "Službenom glasniku Republike Srbije", a počinje da se primenjuje tridesetog dana od dana njegovog stupanja na snagu, osim: 1) odredaba člana 25. stav 3. i člana 30. ovog zakona koje počinju da se primenjuju 1. jula 2010. godine; 2) odredbe člana 25. stav 4. ovog zakona koja počinje da se primenjuje 1. januara 2012. godine; 3) odredaba čl. 150. do 154. ovog zakona koje počinju da se primenjuju devedesetog dana od dana njegovog stupanja na snagu.

[5] Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije /"Službeni glasnik RS", br. 84/2004 i 85/2005./

[6] Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji /"Službeni list SFRJ", broj 84/89 i "Sl. list SRJ", br. 37/93 i 28/96./ postao je deo istorije stečajnog prava nakon donošenja Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske/ “Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 67/2002, 77/2002,38/2003 i 96/2003./, Zakona o insolventnosti privrednih društava Republike Crne Gore /“Službeni list RCG”, br. 25/2002., 2/2007, 62/2008/, Zakona o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine/ “Službene novine Federacije BiH”, br. 29/2003,32/2004 i 42/2006./ i Stečajnog zakona Republike Hrvatske /„Narodne novine Republike Hrvatske“ br. 1996/44,1999/29, 2000/129, 2003/123, 2003/197, 2004/187, 2006/82./I Distrikt Brčko doneo Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji 2002.godine, Makedonija je stečajni postupak regulisala Zakonom o stečaju 2006. godine., dok je u Sloveniji donet Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji još 1994. godine, a nakon toga je zakon dva puta pretrpeo promene.

I Opšti pojmovi stečajne procedure

1. Stečajni razlog

Privredni subjekti u svom poslovanju istupaju samostalno, čime se zasnivaju određena prava i obaveze, na kojima se temelji njihova uloga poverioca ili dužnika, zavisno od slučaja do slučaja. Međutim, kako u tržišnoj privredi važe zakoni ekonomije, odnosno primljena roba ili izvršene usluge se moraju platiti u ugovorenim rokovima, privrednom subjektu, koji je nesposoban za plaćanje preti bankrotstvo ili eventualno mogućnost reorganizacije, ako njegovi poverioci procene da je to celishodnije. Do stečaja dolazi kada se dužnikova imovina umanji u toj meri da mu dugovi prelaze realnu podlogu na kojoj su zasnovani. Tada dužnik više ne može da garantuje svojom imovinom poveriocima da će izvršiti plaćanja za preuzete obaveze.[7] "Stečaj je institut kolektivnog namirenja poverilaca generalnim izvršenjem na imovini stečajnog dužnika, čime on prestaje da postoji kao pravni subjekt."[8] Zato stečaj omogućava zajedničko i srazmerno namirenje poverilaca, nudi poslednju šansu za revitalizaciju takvom privrednom subjektu putem reorganizacije i pruža ekonomsku zaštitu društvenih razmera, posmatrano makro ekonomski, jer se iz privrednog života uklanja privredni subjekt, koji nije u stanju da ispunjava svoje obaveze. Stečajni sistem i institucije koje ga podržavaju su od kritične važnosti za zemlju da bi iskoristila prednosti i izbegla zamke procesa integracije sa međunarodnim finansijskim sistemom - stečajni zakon je ustav komercijalnog prava.[9]

Domaći zakonodavac koristi pojam stečaj, a ne stečajni postupak, već od samog naslova aktuelnog stečajnog zakona, čime je istaknuto da se radi o zakonu koji sadrži i procesne i materijalne odredbe, obzirom da je prethodno važeći zakon na izgled predstavljao samo procesni zakon, a sadržao je sveobuhvatnu regulativu u ovoj oblasti. Zakonodavac je jasan u odredbama člana 1. stav 1. Zakona o stečaju kada propisuje da se ovim zakonom uređuju uslovi i način pokretanja i sprovođenja stečaja nad pravnim licima, iz čega sledi da je važeći stečajni zakon namenjen isključivo sprovođenju stečaja nad pravnim licima, a ne i preduzetnicima, kao kod prethodno važećeg zakona. U tom pravcu pozitivno je precizno definisanje pojmova bankrotstva i reorganizacije.[10] Generalno posmatrano postojanje potraživanja poverioca, koji inicira stečaj i nesposobnost dužnika za plaćanje u kumulaciji su materijalno pravni uslovi neophodni za pokretanje stečaja. "S procesnog stanovišta, bitno je da je dužnik

[7] Velimirović, M.: Stečajno pravo, Symbol, Novi Sad, 2004, str.3.
[8] Vasiljević, M.: Privredna društva, Beograd, 1999, str.568.
[9] *Mike Falke, " Insolvency Law Reform In Transition Economies", Berlin, May 2003, p.23*
[10] Već u prvim zakonskim odredbama pozitivnog zakona, gde zakonodavac predviđa da se pod bankrotstvom podrazumeva namirenje poverilaca prodajom celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno stečajnog dužnika kao pravnog lica, dok se pod reorganizacijom smatra namirenje poverilaca prema usvojenom planu reorganizacije i to redefinisanjem dužničko-poverilačkih odnosa, statusnim promenama dužnika ili na drugi način koji je predviđen planom reorganizacije. – Vidi član 1. stav 3. i 4. Zakona o stečaju.

nesposoban za plaćanje u momentu donošenja odluke o pokretanju stečajnog postupka. Stoga naknadna sposobnost dužnika za plaćanje nije od uticaja na zakonitost donete odluke o pokretanju stečajnog postupka, već samo na dalji tok i ishod postupka stečaja."[11] Međutim, naš zakonodavac je jasan u propisivanju da se stečajni postupak otvara kada se utvrdi postojanje najmanje jednog stečajnog razloga.Po prethodno važećem zakonu to su bili insolventnost i pretpostavka nemogućnosti plaćanja. „Savremeno stečajno pravo poznaje jedan novi stečajni razlog i to je preteća nesposobnost za plaćanje, koja postoji kada dužnik predloži da se otvori stečajni postupak nad njegovom imovinom i „ako učini vjerovatnim da prema predviđanjima neće biti u mogućnosti da podmiri svoje dugove u vreme njihove dospjelosti."[12] Tako je odredbama člana 11. domaćeg važećeg zakona predviđeno da su stečajni razlozi[13]: trajnija nesposobnost plaćanja; preteća nesposobnost plaćanja; prezaduženost; nepostupanje po usvojenom planu reorganizacije i u slučaju da je plan reorganizacije izdejstvovan na prevaran ili nezakonit način.[14]

Uslove i pretpostavke stečaja relativno ujednačeno uredili su zakonodavci u stečajnim zakonima bivših jugoslovenskih republika.[15] Zakonodavac Republike Srpske kao stečajni razlog navodi platežnu nesposobnost dužnika u intervalu od 60 dana, ali i preteću nesposobnost plaćanja, dok iz odredbi člana 43. sledi da su razlozi i nemogućnost sprovođenja rešenja o izvršenju u roku od 60 dana ili pokretanje stečaja na predlog likvidacionog upravnika, u kojim slučajevima izostaje prethodni postupak. Zakonodavac Federacije Bosne i Hercegovine propisao je kao stečajni razlog platežnu nesposobnost od 30 dana, kao i da u slučaju preteće nesposobnosti plaćanja predlog za pokretanje stečajnog postupka može da inicira samo dužnik. Prema Zakonu o insolventnosti privrednih društava postoji specifična klasifikacija stečajnih razloga, jer osim u slučaju kada predlog podnosi sam dužnik i kada se insolventnost ne dokazuje, u svim ostalim slučajevima potrebno je dokazati da dužnik u intervalu od

[11] Slijepčević, D. - Spasić, S.: Komentar Zakona o stečajnom postupku, Cesmecon, Beograd, 2006, str.7.

[12] Velimirović, M.: Stečajni razlog, Aktuelna pitanja stečajnog prava, Banja Luka, 2008, str.36.

[13] Trajnija nesposobnost plaćanja postoji ako stečajni dužnik: ne može da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od dana dospelosti obaveze; potpuno obustavi sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana. Preteća nesposobnost plaćanja postoji ako stečajni dužnik učini verovatnim da svoje već postojeće novčane obaveze neće moći da ispuni po dospeću. Prezaduženost postoji ako je imovina stečajnog dužnika manja od njegovih obaveza. Ako je stečajni dužnik društvo lica prezaduženost ne postoji ako to društvo ima najmanje jednog ortaka odnosno komplementara koji je fizičko lice. Nepostupanje po usvojenom planu reorganizacije postoji kada stečajni dužnik ne postupa po planu reorganizacije ili postupa suprotno planu reorganizacije na način kojim se bitno ugrožava sprovođenje plana reorganizacije

[14] Postojanje trajnije nesposobnosti plaćanja se pretpostavlja u slučaju kada je predlog za pokretanje stečajnog postupka podneo poverilac koji u sudskom ili poreskom izvršnom postupku sprovedenom u Republici Srbiji nije mogao namiriti svoje novčano potraživanje bilo kojim sredstvom izvršenja, dakle ne samo na novčanim sredstvima, već celokupnoj imovini dužnika. – Vidi član 12.Zakona o stečaju.

[15] Član 3. Zakona o insolventnosti privrednih društava Republike Crne Gore, član 4-6 Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske, član 5-6 Zakona o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, član 4.Stečajnog zakona Republike Hrvatske.

30 dana nije izmirio dug, koji je limitiran za pravna lica na iznos od EUR 2500 i preduzetnike EUR 500. Hrvatski zakonodavac je stečajne razloge detaljno regulisao odredbama člana 4. stečajnog zakona, predvidevši i prezaduženost.[16]

Stečaj vodi ka umanjenom i srazmernom namirenju poverilaca dužnika, nesposobnog za plaćanje i u krajnjoj liniji prestanku privrednog subjekta[17] Izuzetak su osiguravajuća društva gde prinudnu likvidaciju sprovodi sud, jer je tako određeno posebnim zakonom – kod nas to je Zakon o osiguranju[18] kao i banke, jer je to bilo predviđeno posebnim Zakonom o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka i drugih finansijskih organizacija[19], odnosno važećim Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje[20] i Zakonom o regulisanju odnosa Republike Srbije i banaka u stečaju po osnovu preuzetih inostranih kredita, odnosno zajmova.[21]

2. Ovlašćeni predlagači za pokretanje stečajnog postupka

Posmatrano sa aspekta korporativnog upravljanja u stečaju, a imajući u vidu da poverioci, ali i sam stečajni dužnik mogu da podnesu predlog za pokretanje stečajnog postupka, nužno je ukazati na probleme, koji se mogu pojaviti već u ovoj fazi postupka, kao što su nedostaci tako podnetog predloga, koji mogu da se manifestuju kao nedonošenje odluke o prestanku privrednog društva, uopšte ili njenim

[16] Odredbe člana 4.stečajnog zakona Republike Hrvatske inovirane su od donošenja zakona u izvornom tekstu 1996.godine više puta, a posebno detaljne izmene odredbi, kojima je regulisan stečajni razlog izvršene su 2000.godine, te je predviđeno da je dužnik nesposoban za plaćanje ako u razdoblju od 2 meseca nije sa bilo kog od njegovih računa isplaćena bar petina iznosa koji je trebalo na temelju valjanih isprava naplatiti sa tog računa, dok se nesposobnost za plaćanje dokazuje potvrdom pravne osobe, koja za dužnika obavlja poslove platnog prometa.I izmenama zakona iz 2006.godine zakonodavac se bavio odredbama člana 4., te je nesposobnim za plaćanje definisao dužnika, koji ima evidentirane nepodmirene obaveze kod banke, koja za njega obavlja poslove platnog prometa u razdoblju dužem od 60 dana.

[17] Gucunja, J.: Pravno regulisanje poverilačko-dužničkih odnosa u slučaju prestanka OUR-a, Novi Sad, 1980, str. 36.

[18] Vidi Zakon o osiguranju /“Sl.glasnik RS“, br.55/2004, 70/2004, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009 i 107/2009./ i Zakon o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje Crne Gore/011-07-17/

[19] Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka i drugih finansijskih organizacija /"Službeni list SFRJ", br. 84/89 i 63/90 i "Sl. list SRJ", br. 37/93, 26/95, 28/96, 44/99 i 53/2001./

[20] Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje/"Službeni glasnik RS", br. 61/2005., 116/2008./ i u Crnoj Gori Zakon o stečaju i likvidaciji banaka/ 006/ 02-1, ”Službeni list CG” br. 017/07-1 i 080/08-20/ Prema odredbama člana 112.Zakona o izmenama i dopunama iz 2006.godine hrvatskog stečajnog zakona član 339. mijenja se i glasi:“Stečajni postupci nad bankama i štedionicama pokrenuti do dana stupanja na snagu Zakona o bankama /“Narodne novine“, broj 161/98./ dovršit će prema odredbama Glave VI. /Stečaj i likvidacija banaka/ Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji /“Narodne novine“, br. 54/94./.“

[21] Zakon o regulisanju odnosa Republike Srbije i banaka u stečaju po osnovu preuzetih inostranih kredita, odnosno zajmova /"Službeni glasnik RS", br. 45./2005 ./

neprilaganjem uz predlog ili podnošenje predloga od strane neovlašćenog lica.[22] Tu nastupa osnovna dilema da li je stečajni sistem naklonjen više poveriocima ili dužniku.[23] Položaj stečajnog dužnika u korporativnom okviru u odnosu na poverioce je manje jasan. Analizom stečajnih zakona bivših jugoslovenskih republika u komparaciji sa našim prethodnim i važećim stečajnim zakonom, može se uočiti da je i u našem aktuelnom zakonu, kao i u prethodnom izostala regulativa korporativnog okvira u stečaju, već na prvom koraku, kod inicijalnog akta, te da je pravnu prazninu nužno popuniti tumačenjem odredbi kompanijskog zakona. O prestanku privrednog društva, prema našem kompanijskom pravu, odlučuje skupština članova kod društva sa ograničenom odgovornošću u skladu sa odredbama člana 137. stav1. tačka 10 Zakona, kao i kod akcionarskih društava prema članu 290. stav 1. tačka 7 Zakona, a prestanak bankrotstvom propisan je odredbama člana 181. stav 1. tačka 4 i člana 345. stav 1. tačka 5. Zakona. Što se tiče rešenja iz kompanijskih zakona u okruženju, uočava se da su relativno ujednačena.[24] Zakon o insolventnosti privrednih društava jasno odredbama člana 6. stav 6. propisuje korporativne pozicije i nadležnosti organa hipotetičkog stečajnog dužnika u trenutku podnošenja "pisanog predloga", kao i stečajni zakon Republike Srpske, koji odredbama člana 4. stav 2. propisuje da je organ ovlašćen za zastupanje hipotetičkog stečajnog dužnika, koji ima svojstvo pravnog lica, nadležan je za podnošenje predloga za pokretanje stečajnog

[22] Lica ovlašćena za podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka prema odredbama člana 157.stav 1 tačka 1. i člana 323 stav 4. i 5. našeg kompanijskog zakona su direktor, predsednik upravnog odbora, član izvršnog ili upravnog odbora privrednog društva(hipotetičkog stečajnog dužnika). Prema kompanijskom zakonu Federacije Bosne Hercegovine to su direktor i izvršni direktori prema odredbama člana 275.stav 2. i člana 347., dok je Zakon o preduzećima Republike Srpske korporativna ovlašćenja organa uprave akcionarskog društva specificirao odredbama člana 244. stav 1, člana 257, člana 261.(delokrug direktora), te odbora izvršnih direktora u članu 263, dok upravu preduzeća sa ograničenom odgovornošću reguliše odredbama člana 360. stav 1, što nije bitnije izmenjeno ni odredbama Novi Zakon gde su skupština i njen delokrug kod društva sa ograničenom odgovornošću regulisana odredbama člana 131. i 132.stav 1 . tačka , korporativni položaj direktora i upravnog odbora odredbama člana 148. stav 1. i njihov delokrug članom 152, dok je korporativni okvir kod akcionarskih društava regulisan odredbama člana 298. stav 1 za zatvorena društva(direktor ili upravni odbor), te stavom 2. za otvorena akcionarska društva(obavezan upravni odbor), te članom 313 stav 1. regulisana su korporativna ovlašćenja izvršnog odbora, članom 314. generalnog direktora, koji prema stavu 4. zastupa društvo bez posebne punomoći. Odredbama člana 239, člana 241 stav 1. regulisana je uprava i njen delokrug kod akcionarskog društva , te članom 422 i članom 426.stav 1. kod društva sa ograničenom odgovornošću prema Zakonu o trgovačkim društvima.

[23] Više: *The World Bank Symposium „Building effective insolvency sistem", Washington, D.C., 1999. and Mike Falke, " Insolvency Law Reform In Transition Economies", Berlin, May 2003, p.23*

[24] O prestanku privrednog društva prema kompanijskom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine odlučuje skupština članova društva sa ograničenom odgovornošću /član 365.stav 2. I stav 4./, kod dioničkih društava /član 297.stav 1. Zakona/, a prestanak bankrotstvom propisan je odredbama člana 297.stav 4. Identična rešenja sadrži kompanijski zakon Republike Srpske, jer o prestanku društva odlučuje skupština članova društva sa ograničenom odgovornošću /član 96. stav 4., te član 380./, kod akcionarskih društava /član 385. Zakona/, a prestanak bankrotstvom propisan je odredbama člana 96.stav 9, te Zakon o trgovačkim društvima gde je navedena problematika uređena odredbama člana 367. stav 2 i stav 6. za akcionarska društva i člana 466 stav 2 i 6. za društva sa ograničenom odgovornošću.

postupka.Isto tako, članom 39. stav 3. hrvatskog stečajnog zakona propisano je da predlog u ime dužnika podnosi lice ovlašćeno za zastupanje. Novi Zakon o privrednim društvima Republike Srpske donosi izvesne novine. Prestanak društva sa ograničenom odgovornošću Zakon reguliše odredbama člana 176. stav 6., ali među pobrojanim razlozima prestanka društva[25] vidljivo je da se ne navodi stečaj. Stečaj kao razlog prestanka društva propisan je kod akcionarskih društava odredbama člana 336. pod tačkama b. i d Zakona.

Kako je naš zakonodavac u stečajnom zakonu delimično regulisao korporativni okvir i korporativnu strukturu u stečaju, do rešenja koja su primenljiva u praksi dolazimo tumačenjem odredbi stečajnog zakona, prvenstveno onih kojim je regulisan položaj i ovlašćenja stečajnog upravnika, jer otvaranjem stečajnog postupka na stečajnog upravnika *ex lege* prelaze sva prava i obaveze direktora, zastupnika i punomoćnika, kao i organa upravljanja i nadzornih organa stečajnog dužnika.[26] Međutim, jasno je da regulativa stečajnog zakona, koja se odnosi na prava i obaveze stečajnog upravnika nije dovoljna za celovito regulisanje korporativnog upravljanja u stečaju, jer ni tumačenjem zakonskih odredbi ne mogu da se popune pravne praznine, koje postoje u regulativi položaja stečajnog dužnika tokom postupka[27], kao i vlasnika[28], te zaposlenih kod dužnika[29]. Samim tim problem, koji se tiče nedostatka

[25] Navedeni razlozi su istek vremena iz osnivačkog akta, odlukom skupštine, statusnim promenama, donošenjem pravnosnažne odluke kojom se određuje brisanje društva iz registra, nastupanjem događaja određenog osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva,

[26] Akcenat na dominantnoj ulozi stečajnog upravnika u korporativnom okviru u stečaju proizlazi iz odredbe člana 66. našeg stečajnog zakona, što je transparentno rešenje za razliku od nedostatka odredbi koje se tiču korporativnog upravljanja prilikom podnošenja inicijalnog akta.

[27] Teret dokazivanja postojanja potraživanja je na poveriocu, dok stečajni upravnik ili osporava sva potraživanja koja nisu osnovana ili ih priznaje, kako su prijavljena. Kada stečajni upravnik ospori potraživanje, teret dokazivanja je na poveriocu koji mora da dostavi dodatne dokaze i da argumentuje svoj zahtev. Samo oni poverioci koji su obavešteni da je njihovo potraživanje sporno obavezni su da se dalje angažuju i dostave dokaze o svom potraživanju stečajnom upravniku. Time se eliminiše dalje angažovanje stečajnih poverilaca, čija potraživanja nisu osporena, tako da oni nisu više dužni da prisustvuju ročištu i dostavljaju dokumentaciju pošto njihova potraživanja budu priznata, već čekaju deobu stečajne mase.

[28] Naš zakonodavac je prava vlasnika kapitala stečajnog dužnika regulisao odredbama člana 147. stav 1. Zakona propisujući da u slučaju da ako se u postupku završne deobe mogu u punom iznosu namiriti potraživanja stečajnih poverilaca, stečajni upravnik je dužan da preostali višak deobne stečajne mase preda akcionarima ili vlasnicima, potom davanjem ovlašćenja za podnošenje plana reorganizacije u članu 161. stav 1., davanjem ovlašćenja za raspravljanje o planu članom 164. i predviđajući odredbama člana 167 stav 1. da izvršenjem plana reorganizacije kojim je stečajni dužnik ispunio sve obaveze predviđene planom reorganizacije, vlasnici akcijskog kapitala stečajnog dužnika ponovo stiču vlasnička prava na kapitalu.Isto postupanje uočava se u odredbama člana 195.hrvatskog stečajnog zakona, gde stoji da „ako se pri završnoj diobi mogu u punoj visini namiriti tražbine svih stečajnih vjerovnika, stečajni upravitelj će preostali višak predati dužniku pojedincu. Ako je dužnik pravna osoba, upravitelj æe svakoj osobi koja ima udjela u dužniku dati onaj dio viška, na koji bi imala pravo u slučaju likvidacije izvan stečajnoga postupka.

[29] Zaposleni, koji su izuzetno zainteresovani za ishod stečajnog postupka prema odredbama važećeg stečajnog zakona ulaze u odbor poverilaca i to samo jedan predstavnik, što je kvalitetnije zakonsko rešenje od prethodnog zakona sa aspekta korporativnog upravljanja. Razlog isključenja zaposlenih iz

odredbi, koje regulišu poziciju i nadležnosti poverilaca u korporativnoj strukturi u stečaju u odnosu na vlasnike kapitala i zaposlene je ipak manji, jer su stečajnim zakonima detaljno regulisani poverilački organi.

Stečajni postupak se pokreće predlogom poverioca, dužnika ili likvidacionog upravnika prema našem Zakonu o stečaju.[30] Ukoliko sam stečajni dužnik podnese predlog za pokretanje stečajnog postupka, ne sprovodi se prethodni stečajni postupak, a ukoliko to učini neko od poverilaca, koji mogu da podnesu predlog, ako stečajni dužnik prizna postojanje stečajnog razloga, te u slučaju pretpostavke trajnije nesposobnosti plaćanja iz člana 12. Zakona o stečaju. Sa navedenog razloga celishodno je rešenje našeg stečajnog zakona o predujmljivanju troškova postupka od strane poverioca, koje je zakonodavac posebno usavršio u Zakonu o insolventnosti privrednih društava, tako što je odredbama člana 13. propisana mogućnost da sud obaveže polaganje depozita od strane subjekta, koji podnosi predlog, a nije dužnik, kao garanciju za plaćanje sudskih troškova i vraćanje navedenog iznosa u roku od dva radna dana od dana donošenja sudskog rešenja o pokretanju postupka. Postojanje trajnije nesposobnosti plaćanja se pretpostavlja u slučaju kada je predlog za pokretanje stečajnog postupka podneo poverilac koji u sudskom ili poreskom izvršnom postupku sprovedenom u Republici Srbiji nije mogao namiriti svoje novčano potraživanje bilo kojim sredstvom izvršenja.[31] U ranijoj sudskoj praksi je razmatrana inicijativa pokretanja stečajnog postupka u vezi sa primenom člana 72. ranije važećeg Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, kojom je bilo regulisano da je predlagač dužan da učini verovatnim postojanje zakonskog osnova za otvaranje stečajnog postupka, a ako je predlagač poverilac, dužan je da podnese

članstva odbora poverilaca prethodni zakonodavac je pojašnjavao uzrocima koji su doveli do stečaja i samim ciljem stečajnog postupka, da se njegovim sprovođenjem obezbedi najpovoljnije namirenje stečajnih poverilaca, jer lica zaposlena kod stečajnog dužnika imaju subjektivan – pristrasan stav prema stečajnom dužniku, radi očuvanja sopstvenog radnog statusa. Prema odredbama člana 32.stav 2.Stečajnog zakona Hrvatske član odbora poverilaca je i predstavnik prethodnih zaposlenih, što je rešenje i člana 29.stav 3 stečajnih zakona Republike Srpske i Federacije BIH.

[30] Prema odredbama člana 43. stav 1. i 55. Zakona o stečaju stečaj se pokreće predlogom ovlašćenih predlagača. Poverilac podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka u slučaju postojanja trajnije nesposobnosti plaćanja, nepostupanja po usvojenom planu reorganizacije i ukoliko je plan reorganizacije izdejstvovan na prevaran ili nezakonit način. Stečajni dužnik podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka u slučaju postojanja jednog od stečajnih razloga iz člana 11. stav 2. ovog zakona. Likvidacioni upravnik podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka u slučajevima propisanim zakonom kojim se uređuje pravni položaj privrednih društava

[31] "Preteća nesposobnost za plaćanje dokazuje se putem prikazane analize poslovanja dužnika izvršene u prethodnom godišnjem ili polugodišnjem periodu. Analiza treba da sadrži ekonomsko finansijsko stanje na dan pre izvršene analize i prethodnog godišnjeg, polugodišnjeg ili tromesečnog izveštaja o poslovanju, potom od toga dana kao početnog utvrđenog stanja mesečnu analizu stvarnih troškova poslovanja ostvarenim prihodima i ostvarenim rezultatom poslovanja iskazanog u visini ostvarene neto dobiti ili poslovanja sa gubicima u vidu nepokrivenih troškova poslovanja."- Sudska praksa trgovinskih sudova, Bilten, br. 3/2005.

dokaze o postojanju svog novčanog potraživanja i o tome da ga prinudnim izvršenjem nije mogao naplatiti.[32]

Domaći zakonodavac je Zakonom o platnom prometu[33] ovlastio Narodnu banku Srbije da do prenošenja propisanih poslova u nadležnost drugih organa, odnosno drugih lica u skladu sa zakonom, prati likvidnost i solventnost pravnih lica i podnosi predlog za pokretanje postupka stečaja protiv onih pravnih lica koja zbog neizmirenih obaveza imaju blokirane račune kod banaka duže od 60 dana neprekidno, odnosno 60 dana sa prekidima u proteklih 75 dana. Narodna banka Srbije je tako spadala u krug ovlašćenih predlagača, ali je navedeni status izgubila po stupanju na snagu našeg prethodno važećeg Zakona o stečajnom postupku, te je predlog Narodne banke Srbije da se pokrene postupak stečaja podnet posle 02.08.2004. godine smatran nedozvoljenim i kao takav imao se odbaciti, kao i predlog za pokretanje postupka stečaja podnet pre stupanja na snagu stečajnog zakona ukoliko nije doneto rešenje o pokretanju stečaja.[34] Međutim, naš aktuelni stečajni zakon uneo je značajne inovacije, obzirom da je odredbama člana 150. Zakona propisano da je organizacija koja sprovodi postupak prinudne naplate u obavezi da jednom mesečno i to poslednjeg dana u mesecu sa presekom stanja na taj dan, svim sudovima nadležnim za sprovođenje stečajnog postupka, dostavi obaveštenje o pravnim licima sa njihove teritorije koja su obustavila sva plaćanja u neprekidnom trajanju od najmanje godinu dana, s tim da se ova obaveza ne odnosi na pravna lica koja su u postupku restrukturiranja u skladu sa propisima kojima se uređuje postupak privatizacije. Obaveštenje organizacija koja sprovodi postupak prinudne naplate objavljuje u jednom visokotiražnom dnevnom listu koji se distribuira na celoj teritoriji Republike Srbije i na svojoj internet strani. Po prijemu obaveštenja stečajni sudija po službenoj dužnosti donosi rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka u kome se utvrđuje i postojanje pravnog interesa poverilaca za sprovođenje stečajnog postupka.[35] Ukoliko ne postoji pravni interes stečajni sudija donosi rešenje kojim

[32] „Poverilac stečajnog dužnika kao predlagač nije dužan da pruži dokaze i na okolnosti da svoje novčano potraživanje nije mogao da naplati u izvršnom postupku i putem drugih sredstava izvršenja poput naplate iz pokretne i nepokretne imovine dužnika. To podrazumeva da je bilo dovoljno da poverilac samo pruži dokaze na okolnosti da svoje novčano potraživanje prinudno nije mogao da naplati putem plenidbe novčanih sredstava dužnika sa njegovog računa."- Savetovanje trgovinskih sudova "Vršac 2005" održano od 16. do 18. marta 2005. godine.

[33] Član 54. stav 1. tačka 4. Zakona o platnom prometu /„ Sl.list SRJ „br3/2002 i 5/2003 i „Sl.glasnik RS „„ br. 43/2004, 62/2006 i 111/2009/

[34] Član 185. stav 3. Zakona o stečajnom postupku Republike Srbije.

[35] Prema odredbama člana 151. Zakona o stečaju stečajni sudija će rešenjem o pokretanju prethodnog postupka odrediti visinu predujma iz člana 59. stav 1. ovog zakona i rok od 60 dana od dana objavljivanja rešenja u kome poverioci ili stečajni dužnik mogu tražiti sprovođenje stečajnog postupka i položiti predujam. Ovo rešenje objavljuje se na oglasnoj tabli suda i protiv njega nije dozvoljena žalba. Ukoliko u navedenom roku bude uplaćen predujam, stečajni sudija bez odlaganja zakazuje ročište radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga za otvaranje stečajnog postupka. Na dalji tok postupka primenjuju se odredbe zakona o stečaju koje regulišu otvaranje i sprovođenje stečajnog postupka. Ako predujam ne bude uplaćen u propisanom roku smatraće se da ne postoji pravni interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka.

otvara stečajni postupak nad dužnikom, potom utvrđuje ispunjenost stečajnog razloga trajnije nesposobnosti plaćanja, utvrđuje da ne postoji interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka i zaključuje stečajni postupak, nakon čega objavljuje rešenje na oglasnoj tabli suda i dostavlja registru privrednih subjekata. Na ovo rešenje žalbu mogu izjaviti stečajni dužnik i poverioci u roku od 30 dana od dana objavljivanja rešenja na oglasnoj tabli suda.[36]

Narodna banka Srbije, odnosno njen guverner su i dalje ovlašćeni predlagači za pokretanje postupka stečaja i likvidacije banaka i društava za osiguranje.[37] Guverner Narodne banke Srbije je shodno odredbi Zakona o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka[38] bio ovlašćen da donosi rešenja o ispunjenju uslova za otvaranje stečajnog postupka nad bankom[39], na osnovu koga sud u roku od tri dana donosi rešenje o otvaranju stečajnog postupka[40], dok je navedena pravna situacija regulisana i odrebama Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje[41]. Status ovlašćenog predlagača Narodne banke Srbije za pokretanje postupka stečaja društava za osiguranje proizlazi iz odredbi Zakona o osiguranju[42], koje su *lex specialis* u odnosu na stečajni zakon. Navedeno ovlašćenje je bilo izričito regulisano odredbama Zakona o sanaciji stečaju i likvidaciji banaka[43]., te odredbama Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje[44]. Isti je slučaj i sa Zakonom o osiguranju, jer je odredbom člana 208. tog Zakona takođe uslovljen njegov prioritet u odnosu na zakon kojim se uređuje likvidacija i stečaj.[45]

[36] Odredbama člana 154. Zakona o stečaju propisano je da da se rešenje iz člana 153. stav 1. ovog zakona po pravnosnažnosti se dostavlja nadležnom organu koji vodi registar privrednih subjekata, odnosno drugi odgovarajući registar i predstavlja osnov za brisanje iz tog registra. Imovina stečajnog dužnika prelazi u svojinu Republike Srbije, čime se ne dira u ranije stečena prava obezbeđenja i prioritetnog namirenja poverilaca na predmetnoj imovini. Republika Srbija ne odgovara za obaveze stečajnog dužnika. Republika Srbija može stupiti umesto stečajnog dužnika u parnicu koja se vodi po njegovoj tužbi za naplatu potraživanja ili predaju stvari. Imovinom se upravlja i raspolaže u skladu sa zakonom kojim se uređuje upravljanje i raspolaganje sredstvima u svojini Republike Srbije. U slučaju da zainteresovano lice podnese predlog iz člana 149. stav 1. ovog zakona u pogledu imovine dužnika nad kojim je postupak stečaja zaključen u skladu sa članom 153. ovog zakona, stečajni sudija će takav predlog odbaciti usled nepostojanja pravnog interesa.

[37] U Crnoj Gori već je ukazano postoje dva *lex specialisa*, koja regulišu ovu materiju, dok su u ostalim zemljama u okruženju to uglavnom njihovi zakoni o bankama.

[38] Člana 14. stav 1. Zakona o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka.

[39] Vidi Velimirović, M., Stečaj i likvidacija banaka, Aktuelna pitanja stečajnog prava, Banja Luka, 2008., str.373-385

[40] Člana 14. stav 3. Zakona o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka.

[41] Član 4. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje.

[42] Član 176.stav 1. Zakona o osiguranju.

[43] Član 20 Zakona o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka.

[44] Član 1. Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje.

[45] Član 208. Zakona o osiguranju.

II Stečajni postupak i njegov tok

1. Osvrt na procesne odredbe stečajnih zakona u regionu.

U nauci je uobičajeno da se govori o stečaju u materijalnom smislu i o stečaju u formalnom smislu i značenju tih pojmova. Početna manjkavost našeg prethodnog stečajnog zakona je bila ta da nije opredelio cilj i načela stečajnog postupka.[46] Aktuelni Zakon o stečaju je precizniji, jer jasno propisuje kako cilj, tako i načela stečajnog postupka.[47] Cilj stečaja je definisan kao najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca ostvarivanjem najveće moguće vrednosti stečajnog dužnika, odnosno njegove imovine.[48] Za razliku od domaćeg zakona stečajni zakoni Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine jasno u odredbama člana 2. definišu ciljeve sprovođenja stečajnog postupka, i to "radi grupnog namirenja povjerilaca stečajnog dužnika, unovčenjem imovine i podjelom prikupljenih sredstava povjeriocima", dok je stavom 2. člana 2 zakona predviđeno da se u toku stečajnog postupka može sprovesti i reorganizacija stečajnog dužnika, radi uređenja njegovog odnosa prema poveriocima i održanja njegovog poslovanja.I hrvatski zakonodavac cilj stečajnog postupka vezuje za "skupno namirenje vjerovnika, unovčenje imovine i podelu prikupljenih sredstava", ali i za „preustroj dužnika".[49]

---

[46] Zbog toga su se oni morali izvući iz duha Zakona o stečajnom postupku, teorije i uporedno pravne regulative. No, nema sumnje da je cilj stečajnog postupka kolektivno i ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca prema insolventnom stečajnom dužniku. Ostala načela su sporedna i u funkciji su ostvarenja cilja stečajnog postupka i osnovna dva načela.

[47] Stečaj omogućava kolektivno i srazmerno namirenje stečajnih poverilaca, što predstavlja načelo zaštite stečajnih poverilaca. Načelom jednakog tretmana i ravnopravnosti u stečajnom postupku svim poveriocima obezbeđuje se jednak tretman i ravnopravan položaj poverilaca istog isplatnog reda odnosno iste klase u postupku reorganizacije. Stečajni postupak se sprovodi tako da omogući ostvarivanje najveće moguće vrednosti imovine stečajnog dužnika i najvećeg mogućeg stepena namirenja poverilaca u što kraćem vremenu i sa što manje troškova, što predstavlja načelo ekonomičnosti. Načelo sudskog sprovođenja stečajnog postupka podrazumeva da po otvaranju stečajni postupak sprovodi sud po službenoj dužnosti i to po odredbama Zakona o stečaju. Na pitanja koja nisu posebno uređena ovim zakonom, shodno se primenjuju odgovarajuće odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak, u cilju imperativnosti i prekluzivnosti. Propisani rokovi su prekluzivni, čime se promoviše i načelo hitnosti, jer u stečajnom postupku nije dozvoljen zastoj i prekid. Stečajni postupak je dvostepen, osim ako je Zakonom o stečaju isključen pravni lek. Načelo javnosti i informisanosti podrazumeva da je stečajni postupak javan i svi učesnici u stečajnom postupku imaju pravo na blagovremeni uvid u podatke vezane za sprovođenje postupka, osim podataka koji predstavljaju poslovnu ili službenu tajnu. Zaključak o podacima koji predstavljaju službenu ili poslovnu tajnu donosi stečajni sudija na predlog stečajnog upravnika. Sve oglase, rešenja i druge akte za koje je zakonom propisano da se objavljuju na oglasnoj tabli suda, sud istog dana, odmah po donošenju predmetnog akta, dostavlja registru privrednih subjekata, odnosno drugom odgovarajućem registru, koji je dužan da takav oglas, rešenje ili drugi akt istog dana, i to odmah po prijemu, objavi na svojoj internet strani ili na drugi odgovarajući način ukoliko taj registar nema svoju internet stranu. Postupanje i donošenje odluka u stečajnom postupku vrši se na osnovu uvida u sve raspoložive informacije.- Vidi član 3.- 10. Zakona o stečaju.

[48] Član 2. Zakona o stečaju.

[49] Član 2 Stečajnog zakona Republike Hrvatske.

"Stečaj /bankrotstvo/ je institut kompanijskog prava, koji u pravnom smislu predstavlja, ako ne uspeju mere reorganizacije, prestanak pravnog subjektiviteta do tada postojećeg društva/koje i u stečajnom postupku ima ograničenu pravnu sposobnost/. U ekonomskom smislu, stečaj je logičan instrument tržišta, koji selekcioniše zdrave privredne subjekte za opstanak na privrednoj sceni, od nezdravih koji odlaze sa privredne scene."[50] Dakle, osnovni indikator mogućeg stečaja je finansijsko stanje u kome se nalazi stečajni dužnik.[51] „Korporativni stečaj ima za cilj da prikupi i unovči imovinu pravnog lica, da se prikupljena sredstva raspodele poveriocima srazmerno visini potraživanja i stečajnom isplatnom redu u kome se nalaze, i na kraju, da se privredno društvo izbriše iz sudskog registra."[52] Stečaj je procesno pravno stanje proglašeno od strane suda, u kome se nalaze dužnik, koji je insolventan i skup njegovih poverilaca čija su potraživanja ugrožena obustavom plaćanja ili prezaduženošću njihovog zajedničkog dužnika."On se vodi u cilju ostvarenja sudske zaštite imovinskih interesa stečajnih poverilaca. Ipak, činjenica da se stečaj vodi protiv prezaduženog pravnog lica ukazuje da njegovo uspešno okončanje ne znači i uspešno ostvarenje poverilačkih interesa."[53]

2. Inicijalni akt u postupku za utvrđivanje potraživanja

Stečajni postupak nad stečajnim dužnikom se od inicijative ka realizaciji usmerava rešenjem o pokretanju stečajnog postupka[54], koje predstavlja prvu fazu u procesuiranju prijave ovlašćenog predlagača. Poverioci koji imaju potraživanje u stranoj valuti prijavljuju ih u valuti potraživanja. Ako se vrši prijava potraživanja u kojima se vodi parnica, u prijavi se navodi sud pred kojim teče postupak sa oznakom spisa. Solidarni sadužnici i jemci stečajnog dužnika mogu kao stečajni poverioci, tražiti da im se vrati ono što su za stečajnog dužnika platili posle dana pokretanja stečajnog postupka, ako prema stečajnom dužniku imaju pravo regresa. Razlučni poverilac podnosi prijavu potraživanja u kojoj mora da označi stvar na kojoj je stekao razlučno pravo ukoliko se radi o obezbeđenom potraživanju i potraživanje, koje nije obezbeđeno, ako njegovo potraživanje nije u celini obezbeđeno. Izlučni poverilac ne podnosi prijavu potraživanja već zahtev da mu se iz stečaja izluči stvar koja ne ulazi u stečajnu masu. Prijava potraživanja podnosi se u roku za prijavu potraživanja koji određuje stečajni sud u rešenju o pokretanju stečajnog postupka, koji rokovi su prekluzivni. Tako prema odredbama člana 47. crnogorskog stečajnog zakona

[50] Vasiljević, M.: Skica za filozofiju stečajnog prava, Zbornik radova III Konferencije odbora pristupajućih zemalja INSOL EUROPE, Beograd, 2007., str.18.
[51] Velimirović, M.: Stečajno pravo, Symbol, Novi Sad, 2004, str.4
[52] Radović, V.: Predlog dužnika za pokretanje stečajnog postupka /dobrovoljni stečaj/, Pravo i privreda, br.5-8/2004, Beograd, str. 693.
[53] Slijepčević, D.: Stečajni postupak u svetlu sadašnjih i mogućih zakonskih rešenja, Pravo i privreda, br.5-8/2004, Beograd, str. 587.
[54] Član 60.Zakona o stečaju.

poverilac ima rok od 60 dana od pokretanja postupka da podnese“ dokaz o osnovanosti potraživanja“, da bi po proteku roka od 10 dana sud dostavio pristigle prijave Registru potraživanja. Međutim, potraživanje koje nije prijavljeno u roku namiruje se nakon svih ostalih u njegovoj klasi. Rok za prijavu potraživanja prema stečajnom zakonu Republike Srpske i to članu 46. je 30 dana, kao i po stečajnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine, dok je članom 54. hrvatskog stečajnog zakona zakonodavac precizirao da rok ne može biti kraći od 15 dana ni duži od mesec dana. Iz navedenog razloga pojedini autori smatraju da su poverioci suviše zaštićeni.[55] Prekluzivnost roka za prijavu potraživanja je značajna novina Zakona o stečaju, pa je zakonodavac propisao da se poziv upućuje poveriocima da u roku koji ne može biti kraći od 30 dana, ni duži od 120 dana od dana objavljivanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka u „Službenom glasniku Republike Srbije“[56] prijave svoja obezbeđena i neobezbeđena potraživanja.[57] Prekluzivnost roka za prijavu potraživanja važi i kod stečaja banaka i osiguravajućih organizacija.[58]

Nakon podnošenja inicijalnog akta sledi prethodni stečajni postupak. U cilju efikasnosti postupka zakonodavac je onemogućio odredbama člana 43. i 44.Zakona o stečaju zloupotrebu prava na podnošenje zahteva za izuzeće i isključenje, u cilju odugovlačenja postupka.[59] Stečajni sudija u roku od tri dana od dana dostavljanja predloga za pokretanje stečajnog postupka donosi rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka, koji traje najduže 30 dana.[60] Još kvalitetnije rešenje daje

[55] Zjalić, J.: Aktuelni problemi u realizaciji prava i obaveza stečajnih poverilaca u primeni Zakona o stečajnom postupku, Zlatiborski pravnički dani 2007, Privredna akademija, Novi Sad, str. 136-143

[56] To znači da sudija može odrediti da troškove održavanja dopunskog ročišta za ispitivanje potraživanja dužan je da predujmi podnosilac prijave. Ako se u roku koji odredi sud ne položi predujam, prijava će se odbaciti.

[57] Član 70.stav 1.tačka 5.Zakona o stečaju.

[58] “Kako je Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje u članu 28. – prelazne i završne odredbe, izričito propisano da se stečajni postupci i postupci likvidacije banaka započeti po Zakonu o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka i po Zakonu o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji nastavljaju po odredbama tih zakona, to se i u pogledu prirode roka za prijavu potraživanja u stečajevima koji su započeti po Zakonu o stečaju, sanaciji i likvidaciji banaka i Zakonu o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji primenjuju odredbe tih zakona, a ne Zakona o stečajnom postupku. Shodno iznetom, u navedenoj situaciji rok za prijave potraživanja ima prekluzivni karakter, a neblagovremeno podnete prijave se odbacuju.”- Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 13142/2005 od 5.12.2005. godine.

[59] Pod kojim se smatra podnošenje jednog ili više zahteva za izuzeće, odnosno isključenje, u roku od tri dana pre zakazanog ročišta ili na ročištu ili zahteva za izuzeće, odnosno isključenje kojim su obuhvaćene sve sudije koje bi u sudu u kome se postupak vodi mogle postupati, kao i kojim se istovremeno traži izuzeće i isključenje postupajućeg sudije i predsednika suda. Zloupotrebom prava smatra se podnošenje zahteva za delegaciju suda u roku od tri dana pre zakazanog ročišta ili na ročištu. Ovi zahtevi odbacuju se kao nedozvoljeni i protiv njih nije dozvoljena žalba.

[60] Prethodni stečajni postupak pokreće se radi utvrđivanja razloga za pokretanje stečajnog postupka. Protiv rešenja o pokretanju prethodnog stečajnog postupka nije dozvoljena žalba. Stečajni sudija otvara stečajni postupak bez vođenja prethodnog stečajnog postupka: ako stečajni dužnik podnese predlog za pokretanje stečajnog postupka sa potrebnim ispravama i prilozima; ako poverilac podnese predlog za pokretanje stečajnog postupka, a stečajni dužnik prizna postojanje stečajnog razloga, kao i u u slučaju pretpostavke trajnije nesposobnosti plaćanja iz člana 12. ovog zakona.- Vidi član 60. Zakona o stečaju.

zakonodavac Republike Srpske, koji i načelo hitnosti detaljno precizira propisujući da je rok za odgovor na žalbu 8 dana i da je godina dana rok za okončanje celokupnog stečajnog postupka. Za razliku od našeg stečajnog zakona, zakonodavac Republike Srpske je propisao i reviziju, kao pravni lek, mada restriktivno, obzirom da je reviziju moguće izjaviti protiv odluke drugostepenog suda u slučaju kada drugostepeni sud dva puta ukine odluku prvostepenog suda, a da je ni na osnovu održane rasprave nije mogao preinačiti.[61] Na ročište u prethodnom stečajnom postupku se pozivaju predlagač, stečajni dužnik i privremeni stečajni upravnik, koji štiti imovinu i nastavlja vođenje poslova stečajnog dužnika.[62] U prethodnom stečajnom postupku ovlašćena lica stečajnog dužnika i lica koja za stečajnog dužnika vrše finansijske poslove obavezna su da organima stečajnog postupka, na njihov zahtev i bez odlaganja, pruže sve podatke i obaveštenja, što je obaveza i članova upravnog i nadzornog odbora stečajnog dužnika kojima je prestala dužnost pokretanjem stečajnog postupka.[63] Korak dalje u regulativi predstavljaju rešenja zakonodavca Republike Srpske, koji je odredbama člana 10.osim obaveza na sudelovanje propisao i sredstva prinude za nepostupanje po nalozima suda i to prisilno dovođenje u sud, izricanje novčane kazne i zamena novčane kazne kaznom zatvora. Stečajnim zakonom Republike Hrvatske i to odredbama člana 43., 106. i 107. regulisana je obaveza davanja podataka od strane dužnika, pod pretnjom sankcija za nepostupanje, kao što su prinudno dovođenje, zatvor i novčana kazna, koje sankcije se u skladu sa članom 109. primenjuju i na članove uprave i nadzornog odbora, koji su bili učesnici korporativne strukture u poslednje dve godine. I Zakon o insolventnosti privrednih društava odredbama člana 42. reguliše obavezu dužnika da sarađuje.

Stečajni sudija je nadležan da rešenjem o pokretanju prethodnog stečajnog postupka odredi mere obezbeđenja, koje su javne, objavljuju se na oglasnoj tabli suda i dostavljaju registru privrednih subjekata. Mere obezbeđenja donose se radi

[61] Član 4., 9. i 11.Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

[62] Dakle, u prethodnom stečajnom postupku uvođenjem privremenog stečajnog upravnika aktivira se treća karika u korporativnoj strukturi, jer se ograničava poslovna spoobnost stečajnog dužnika i nadležnosti njegovih organa upravljanja, dok privremeni stečajni upravnik i sud preuzimaju njihovu ulogu i postaju baza korporativnog okvira, čije nadležnosti u korporativnoj strukturi u cilju zaštite poverilaca regulišu odredbe Zakona o stečaju, kao *lex specialisa* u odnosu na kompanijski zakon. Privremeni stečajni upravnik ima ovlašćenja određena rešenjem o njegovom imenovanju. Ovlašćenja privremenog stečajnog upravnika prestaju donošenjem rešenja o otvaranju stečajnog postupka. Stečajni upravnik koji je imenovan u prethodnom stečajnom postupku podnosi izveštaj o svom radu sa podacima o ekonomsko-finansijskom stanju stečajnog dužnika i rezultatima rada u prethodnom stečajnom postupku.

[63] Isto tako, stečajni sudija može rešenjem, protiv kojeg nije dozvoljena žalba, narediti stečajnom dužniku, kao i licima koja za stečajnog dužnika vrše finansijske poslove da u određenom roku, predaju pismeni izveštaj o ekonomsko-finansijskom stanju stečajnog dužnika, te su isti odgovorni poveriocima za naknadu štete koju su prouzrokovali uskraćivanjem podataka i obaveštenja, kao i nesavesno sastavljenim izveštajem o ekonomsko-finansijskom stanju stečajnog dužnika ili uskraćivanjem tog izveštaja i postoji njihova krivična odgovornost za davanje netačnih ili nepotpunih podataka i obaveštenja, zbog netačnog prikazivanja podataka u izveštaju o ekonomsko-finansijskom stanju stečajnog dužnika, kao i za davanje lažnog iskaza u sudskom postupku.- Vidi član 61.Zakona o stečaju.

sprečavanja promene imovinskog položaja stečajnog dužnika, odnosno uništavanja poslovne dokumentacije, ako postoji opasnost da će stečajni dužnik otuđiti imovinu odnosno uništiti dokumentaciju do pokretanja stečajnog postupka.[64] Ako se rešenjem određuje mera zabrane isplate sa računa, rešenje se istog dana dostavlja organizaciji koja sprovodi postupak prinudne naplate, koja o tome bez odlaganja obaveštava sve poslovne banke, radi sprečavanja prenosa sredstava i drugih transakcija stečajnog dužnika koje su u suprotnosti sa odredbama Zakona o stečaju. To je rešenje našeg zakonodavca, ali i zakonodavaca u stečajnim zakonima bivših jugoslovenskih republika, osim crnogorskog zakona.[65] Zakon o insolventnosti privrednih društava je posmatrano sa procesnog aspekta specifičan, zasnovan na anglosaksonskoj pravnoj tradiciji i u tom pravcu se znatno razlikuje od ostalih zakona, koji su komparirani. Tako već kod podnošenja predloga za pokretanje postupka crnogorski zakonodavac afirmiše kako je već rečeno ”dan podnošenja predloga” članom 6., potom propisuje rok od 15 dana za otklanjanje eventualnih nedostataka predloga, dok je odredbama člana 12. regulisana procedura postupanja po tom predlogu, slanje na izjašnjenje i rok od 8 dana za prigovor. Zakon propisuje da se ročište u slučaju prigovora zakazuje u roku od 15 dana i uopšte u Zakonu ne postoje uobičajena ročišta koja postoje u drugim stečajnim zakonima, koji su komparirani, kao što su na primer prvo poverilačko ili ispitno ročište. U crnogorskom stečajnom zakonu, na primer, poverioci zakazuju ”sastanak” prema članu 28., ročište se zakazuje prema članu 12. Zakona kod odlučivanja o prigovoru na predlog, prema članu 57. Zakona kod odlučivanja o sudbini potraživanja ili prema članu 74. kod glasanja o planu reorganizacije.

3. Postupak utvrđivanja potraživanja u stečajnom postupku

U prethodnom stečajnom postupku sud akcenat svojih aktivnosti usmerava ka proveri finansijskog stanja dužnika, što je rešenje našeg zakonodavca, ali i zakonodavaca u stečajnim zakonima bivših jugoslovenskih republika, osim crnogorskog zakona, koji je procesno specifičan. Ako je pokrenut prethodni stečajni postupak,[66] stečajni sudija zakazuje ročište radi raspravljanja o postojanju stečajnog razloga za otvaranje stečajnog postupka najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema

[64] Stečajni sudija prema odredbama člana 62. i člana 93. stečajnog zakona može izreći jednu ili više mera i to: postaviti privremenog stečajnog upravnika koji će preuzeti sva ili deo ovlašenja ograna stečajnog dužnika; zabraniti isplate sa računa stečajnog dužnika bez saglasnosti stečajnog sudije; zabraniti raspolaganje imovinom stečajnog dužnika ili odrediti da stečajni dužnik može raspolagati svojom imovinom samo uz prethodno pribavljenu saglasnot stečajnog sudije ili stečajnog upravnika .

[65] Član 13-21 Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske, član 13-21 Zakona o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, član 42-52 .Stečajnog zakona Republike Hrvatske.

[66] Član 43-50 Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske, član 43-50 Zakona o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, član 53-66 .Stečajnog zakon Republike Hrvatske.

predloga za pokretanje stečajnog postupka.[67] Tok postupka od podnošenja inicijalnog akta usmerava se u pravcu obrazovanja stečajne mase i njenog unovčavanja, što vodi ka zaključenju postupka i brisanju stečajnog dužnika iz sudskog registra, čime on prestaje da postoji kao pravni subjekt. Stečajni postupak može biti usmeren i u pravcu reorganizacije.[68] Akcenat na dominantnoj ulozi stečajnog upravnika u korporativnom okviru u stečaju proizlazi iz odredbe člana 66. našeg stečajnog zakona, što je transparentno rešenje za razliku od nedostatka odredbi koje se tiču korporativnog upravljanja prilikom podnošenja inicijalnog akta. Slično rešenje postoji i u članu 51. stečajnog zakona Republike Srpske, dok je crnogorski zakonodavac izričit u odredbama člana 43. Zakona, kojima reguliše „oduzimanje prava dužniku ili njegovim organima upravljanja." Međutim, jasno je da regulativa stečajnog zakona, koja se odnosi na prava i obaveze stečajnog upravnika nije dovoljna za celovito regulisanje korporativnog upravljanja u stečaju, jer ni tumačenjem zakonskih odredbi ne mogu da se popune pravne praznine, koje postoje u regulativi položaja stečajnog dužnika tokom postupka, kao i vlasnika[69], te zaposlenih kod dužnika.[70]

Teret dokazivanja postojanja potraživanja je na poveriocu, a nakon toga prelazi na stečajnog upravnika koji ili osporava sva potraživanja koja nisu osnovana ili ih

[67] Ako stečajni sudija ne donese rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka, zakazuje ročište radi raspravljanja o postojanju razloga za otvaranje stečajnog postupka u roku od deset dana od dana prijema predloga za pokretanje stečajnog postupka. Na ročište na kom se raspravlja o postojanju razloga za otvaranje stečajnog postupka pozivaju se predlagač, stečajni dužnik i stečajni upravnik, ako je bio imenovan u prethodnom stečajnom postupku.- Vidi član 68.Zakona o stečaju.

[68] Tok glavnog stečajnog postupka čine više radnji među kojima su prijavljivanje potraživanja poverilaca sa dokazima /prijavu vrše i razlučni poverioci, dok izlučni poverioci upućuju zahtev sudu, kao i privilegovani poverioci/; ispitivanje i utvrđivanje prijavljenih potraživanja na posebnom ročištu; osporavanja pojedinih potraživanja i upućivanje na parnični, upravni ili neki drugi postupak radi dokazivanja; prikuplja se i unovčava imovina dužnika u cilju obrazovanja stečajne mase; vrši se deoba unovčene stečajne mase radi namirenja neprivilegovanih poverilaca; zaključuje se stečajni postupak i briše stečajni dužnik iz sudskog registra, čime on prestaje da postoji kao pravni subjekt.

[69] Naš zakonodavac je u prethodno važećem Zakonu o stečajnom postupku prava vlasnika kapitala stečajnog dužnika regulisao odredbama člana 124.stav 1. propisujući da u slučaju da se u postupku završne deobe mogu u punom iznosu namiriti potraživanja stečajnih poverilaca, stečajni upravnik je dužan da preostali višak deobne stečajne mase preda akcionarima ili vlasnicima, potom davanjem ovlašćenja za podnošenje plana reorganizacije u članu 129. stav 1., davanjem ovlašćenja za raspravljanje o planu članom 131. stav 2. i predviđajući odredbama člana 137 stav 1. da izvršenjem plana reorganizacije kojim je stečajni dužnik ispunio sve obaveze predviđene planom reorganizacije, vlasnici akcijskog kapitala stečajnog dužnika ponovo stiču vlasnička prava na kapitalu.Navedena prava uočavaju se i u odredbama važećeg zakona, ali nisu transparentne kod stečajnih zakona Republike Srpske i Federacije BIH, kao ni kod hrvatskog zakonodavca, posebno imajući u vidu ovlašćene predlagače plana reorganizacije.

[70] Zaposleni, koji su izuzetno zainteresovani za ishod stečajnog postupka prema odredbi člana 25. stav 3. našeg prethodnog stečajnog zakona nisu ulazili ni u odbor poverilaca, što nije kvalitetno zakonsko rešenje sa aspekta korporativnog upravljanja. Razlog isključenja zaposlenih iz članstva odbora poverilaca bio je opredeljujen uzrocima koji su doveli do stečaja i samim ciljem stečajnog postupka, da se njegovim sprovođenjem obezbedi najpovoljnije namirenje stečajnih poverilaca, jer lica zaposlena kod stečajnog dužnika imaju subjektivan – pristrasan stav prema stečajnom dužniku, radi očuvanja sopstvenog radnog statusa.

priznaje, kako su prijavljena. Kada stečajni upravnik ospori potraživanje, teret dokazivanja je na poveriocu koji mora da dostavi dodatne dokaze i da argumentuje svoj zahtev. Samo oni poverioci koji su obavešteni da je njihovo potraživanje sporno obavezni su da se dalje angažuju i dostave dokaze o svom potraživanju stečajnom upravniku. Time se eliminiše dalje angažovanje stečajnih poverilaca, čija potraživanja nisu osporena, tako da oni nisu više dužni da prisustvuju ročištu i dostavljaju dokumentaciju pošto njihova potraživanja budu priznata, već čekaju deobu stečajne mase. Samim tim problem, koji se tiče nedostatka odredbi, koje regulišu poziciju i nadležnosti poverilaca u korporativnoj strukturi u stečaju u odnosu na vlasnike kapitala i zaposlene je ipak manji, jer su stečajnim zakonom detaljno regulisani poverilački organi.[71]

Zakonom o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji bilo je uređeno da stečajni poverioci svoja potraživanja prema stečajnom dužniku ostvaruju isključivo u stečajnom postupku, a rešenje u našem važećem stečajnom zakonu je identično.[72] Našim prethodno važećim i aktuelnim zakonima propisano je da će se pokretanjem stečajnog postupka razlučno pravo ostvarivati isključivo u stečajnom postupku. Zakonom o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji[73] bilo je propisano da u slučaju da je razlučno pravo koje je stečeno izvršenjem ostalo na snazi, stečajno veće će na predlog poverioca dozvoliti nastavljanje izvršnog postupka i o tome će izvestiti sud pred kojim se vodi postupak izvršenja, što je odlično rešenje, koje postoji u stečajnim zakonima Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, s tim da se ne može ostvarivati u prethodnom stečajnom postupku i da je zakonodavac Republike Srpske izmenama zakona iz 2006. godine propisao proceduru za podnošenje zahteva stečajnom upravniku od razlučnog poverioca.[74] Tako na primer Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske propisuje da nakon otvaranja stečajnog postupka razlučni poverioci mogu da realizuju svoje pravo u izvršnom postupku, s tim da je precizirano da razlučni poverioci mogu svoja osigurana potraživanja ostvariti zasebno po pravilima izvršnog postupka uz prethodnu saglasnost stečajnog upravnika, kome podnose zahtev u roku od 30 dana od dana održavanja izvještajnog ročišta, o čemu stečajni upravnik odlučuje u roku od 15 dana po prijemu zahteva, a po pribavljanju mišljenja odbora poverilaca. Ukoliko stečajni upravnik odluči negativno o zahtevu razlučnog poverioca preduzeće u stečaju preuzima odgovornost za štetu, koju bi razlučni poverilac pretrpeo. Zakon o insolventnosti privrednih društava sadrži specifično rešenje po kome upravnik može ustupiti imovinu, koja je predmet zaloge zalogoprimcu, ako je vrednost tih sredstava manja od ukupne vrednosti potraživanja i ako ta imovina nije nužna za sprovođenje reorganizacije.

---

[71] U tom pravcu odličnim se u praksi pokazalo rešenje hrvatskog zakonodavca, obzirom da je članom 7. Zakona o izmenama i dopunama Stečajnog zakona iz 1999.godine, kojim je revidiran član 41.Zakona propisano da u slučaju kada radnici pokreću stečajni postupak nisu dužni predujmiti troškove postupka

[72] Spasić S., Odnos i razgraničenje između izvršnog i stečajnog postupka u Srbiji, Aktuelna pitanja stečajnog prava, Banja luka, 2008., str.107.

[73] Član 117. stav 4. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji.

[74] Član 18.Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

4. Procesuiranje prijave i utvrđivanje potraživanja

Rešenjem o otvaranju stečajnog postupka stečajni sudija zakazuje ročište za ispitivanje potraživanja i prvo poverilačko ročište.[75]Našim aktuelnim Zakonom o stečaju i to članom 72. propisano je da rešenjem o otvaranju stečajnog postupka stečajni sudija zakazuje ročište za ispitivanje potraživanja (ispitno ročište) i prvo poverilačko ročište. Ispitno ročište će se održati u roku koji nije kraći od 30 dana i duži od 60 dana od dana isteka roka određenog rešenjem za prijavljivanje potraživanja. Prvo poverilačko ročište održava se u skladu sa odredbama člana 36. Zakona, dakle najkasnije 40 dana nakon otvaranja stečajnog postupka. Propust zakonodavca je što nije odredio da se prvo poverilačko ročište održava nakon ispitnog ročišta. Prema odredbama člana 47. stečajnog zakona Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine ročište ne smije se održati prije ročišta za ispitivanje potraživanja, a ni kasnije od 15 dana od ročišta za ispitivanje podnesenih potraživanja", dok period između isteka roka za prijave i ročišta za ispitivanje treba da iznosi najmanje osam dana, a najviše 30 dana, mada se ročišta mogu održati i istovremeno. Zbog procesne specifičnosti crnogorskog Zakona o insolventnosti privrednih društava ne uočavaju se tipično prvo poverilačko ročište ili ispitno ročište, ali zakonodavac predviđa odredbama člana 57. da se utvrđeni spisak potraživanja[76] formira nakon ročišta, koje se održava u roku od 10 dana nakon isteka roka od 30 dana u kome je stečajni upravnik osporavao prijavljena potraživanja. Zakonodavac je inovirao rešenje iz osnovnog zakonskog teksta i to člana 47. propisujući članom 13. da ukoliko stečajni upravnik utvrdi da dužnik nema imovinu, sud će donijeti rešenje da se postupak prijavljivanja potraživanja neće sprovoditi i zaključiti postupak.[77]

---

[75] "Stečajni upravnik bi trebalo da počne od postojeće računovodstvene dokumentacije, a naročito od tabele dugovanja koju je stečajni dužnik predložio prilikom pokretanja stečajnog postupka u smislu člana 40. stav 4. Zakona o stečajnom postupku. Takođe, bivša uprava stečajnog dužnika ili zaposleni kod stečajnog dužnika, a naročito računovodstvo stečajnog dužnika treba da pomognu stečajnom upravniku prilikom početnog ispitivanja prijavljenih potraživanja. Upoređenjem prijavljenih potraživanja sa tabelom dugovanja bilansom stanja dužnika stečajni upravnik može da ustanovi da ima nesaglasnosti između prijavljenih potraživanja i bilansa stanja dužnika, koje se mogu rešiti neformalnim putem na taj način što će stečajni upravnik preduzeti inicijativu i zatražiti od poverilaca dodatne informacije. Time stečajni upravnik ne bi morao da uloži formalni prigovor kojim bi se zadovoljio obostrani interes i stečajnih poverilaca i stečajnog upravnika da se izbegne postupak ispitivanja potraživanja na ispitnom ročištu i nakon toga, kako bi se razrešila neslaganja između ove dokumentacije koje su u većini slučajeva neznatne."- Vidi Slijepčević, D. – Spasić, S.: Komentar Zakona o stečajnom postupku, Cesmecon, Beograd, 2006, str.315.

[76] Član 16.Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o insolventnosti privrednih društava

[77]Ročište na kome se ispituju potraživanja poverilaca u crnogorskom stečajnom zakonu regulisano je odredbama člana 56.-57., a specifičnost u odnosu na ostale stečajne zakone iz okruženja uočava se u postojanju Registra potraživanja, u koji sud po isteku roka od 10 dana od isteka roka za prijavljivanje potraživanja šalje predati dokument.Stečajni upravnik osporava potraživanja u roku od 30 dana, nakon čega u roku od 10 dana se održava ročište, koje mora biti održano najkasnije 60 dana od prvog ročišta.Konačan spisak priznatih potraživanja formira se prema članu 57. po isteku 10 dana od odluke suda na održanom ročištu.

«Isto tako ukoliko je za utvrđivanje osnovanosti potraživanja potrebno vođenje parničnog postupka, taj postupak vodi isti sudija koji odlučuje o prigovorima, s tim da samo izuzetno i ukoliko je to celishodno za efikasno vodjenje postupka, sud može podnosioca prigovora uputiti da pred drugim sudijom, drugim sudom, organom uprave, arbitražom ili drugim nadležnim organom pokrene postupak za utvrđivanje osnovanosti potraživanja.[78]» Hrvatski zakonodavac je odredbama člana 55. stečajnog zakona predvideo da „između posljednjega dana roka za prijavljivanje tražbine i ispitnoga ročišta ne smije proteći manje od osam dana niti više od dva mjeseca“, dok je sa istom preciznošću odredio i održavanje izvještajnog ročišta, koje se ne može održati pre ispitnog ročišta niti petnaest dana od dana održavanja toga ročišta.

Posle isteka roka za prijavljivanje potraživanja stečajni sudija dostavlja sve prijave potraživanja stečajnom upravniku. Stečajni upravnik utvrđuje osnovanost, obim i isplatni red svakog potraživanja i o tome sačinjava listu priznatih i osporenih potraživanja u roku od 40 dana od dana isteka roka određenog od strane stečajnog sudije za podnošenje prijave potraživanja. Potraživanje prijavljeno na osnovu izvršne isprave može se osporiti ako je: izvršna isprava ukinuta, poništena, preinačena ili stavljena van snage; potraživanje prestalo na osnovu činjenice koja je nastupila nakon izvršnosti; protekao rok u kome se po zakonu može tražiti izvršenje; potraživanje nije prešlo na stečajnog poverioca, odnosno ako obaveza nije prešla na stečajnog dužnika; izvršna isprava takva da bi radnja njenog izvršenja mogla biti predmet pobijanja u skladu sa ovim zakonom. Stečajni upravnik je dužan da u roku od pet dana od dana isteka roka, dostavi listu potraživanja stečajnom sudiji koji je dužan da istu objavi na oglasnoj tabli suda ili, ukoliko je lista nesrazmerno velika, da na oglasnoj tabli istakne obaveštenje o mestu gde se lista nalazi. Stečajni upravnik je dužan da izvrši ličnu dostavu obaveštenja onim poveriocima čija su potraživanja osporena. Na zahtev poverioca čije je potraživanje osporeno, stečajni upravnik je dužan da zajedno sa poveriocem pregleda ponovo njegovu prijavu sa dodatnim dokazima i da posle toga odluči konačno da li će priznati ili osporiti potraživanje.[79] Ako stečajni upravnik ne postupi na taj način, poverilac čije potraživanje je osporeno može uložiti primedbu o

[78] Član 14.Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o insolventnosti privrednih društava.

[79] Odredbama člana 111-114 stečajnih zakona Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine propisan je postupak utvrđivanja potraživanja, koji je jednostavniji nego postupak propisan od našeg zakonodavca. Načelno, zakoni izričito regulišu da prijavljena potraživanja ispituje stečajni sudija uz sudelovanje stečajnog upravnika, poverilaca koji su prijavili potraživanja i drugih lica, tako da se stečajni upravnik izjašnjava da li potraživanje priznaje ili ga osporava, s tim da prigovor stečajnog dužnika ili poverilaca ne sprečava priznavanje. Odredbe člana 115. zakona jasno upućuju da parnicu u slučaju osporavanja izvršnog naslova pokreće stečajni upravnik, a ne poverilac, što je znatno kvalitetnije rešenje od rešenja našeg ranije važećeg stečajnog zakona. U svakom slučaju kod spornih potraživanja parnica se pokreće u roku od 30 dana od dana održavanja ročišta na kome je potraživanje osporeno.Hrvatski zakonodavac odredbama člana 177. stečajnog zakona reguliše kao naš zakonodavac da “tražbina se smatra utvrđenom ako ju na ispitnom ročištu ne ospori stečajni upravitelj, koji od stečajnih vjerovnika, odnosno ako izjavljeno osporavanje bude otklonjeno.”Što se tiče izvršne isprave, odredbama člana 178.stav 2. zakona propisano je da će „stečajno vijeće na parnicu uputiti osporavatelja da dokaže osnovanost svoga osporavanja.“, što je takođe kvalitetnije rešenje od rešenja našeg zakonodavca.

kojoj odlučuje stečajni sudija. Ako stečajni upravnik posle ponovnog pregleda prijave promeni svoju odluku, dužan je da ispravi navedenu listu.[80]

Konačna lista o svim prijavama potraživanja sačinjava se na ispitnom ročištu.[81] Na ispitno ročište se poziva stečajni upravnik i poverioci, a može se pozvati i stečajni dužnik, kao i lica koja su obavljala poslove kod stečajnog dužnika, a mogu da pruže podatke o postojanju i visini potraživanja, kao i revizori koji su vršili pregled poslovanja stečajnog dužnika. Ispitno ročište će se održati i ako mu ne prisustvuju svi poverioci koji su prijavili svoja potraživanja. Poverioci mogu osporavati prijavljena potraživanja drugih poverilaca. Ako poverioci nisu osporavali potraživanja drugih poverilaca u propisanom roku, to ne mogu učiniti u kasnijem postupku.[82]

Novina, koju predviđa domaći zakonodavac po Zakonu o stečaju je i medijacija, te je predviđeno da poverilac osporenog potraživanja, odnosno stečajni upravnik uz saglasnost odbora poverilaca, može predložiti rešavanje spornog odnosa putem medijacije, u skladu sa zakonom kojim se uređuje postupak medijacije. Ukoliko do zaključenja ispitnog ročišta postoji saglasnost stečajnog upravnika i odbora poverilaca, odnosno poverioca osporenog potraživanja, o rešenju spornog potraživanja putem medijacije, stečajni sudija će sporne prijave izdvojiti iz liste potraživanja. Postupak medijacije može trajati najduže 30 dana od dana zaključenja ispitnog ročišta, u kom roku je stečajni upravnik dužan da obavesti stečajnog sudiju o rezultatu sprovedenog postupka. Izuzetno, u opravdanim slučajevima, na saglasan predlog svih učesnika u postupku posredovanja, stečajni sudija može odobriti produženje roka, a najduže do isteka roka od 60 dana od dana zaključenja ispitnog ročišta. Poverilac koji je po sprovedenom postupku medijacije, utvrdio svoje potraživanje, ima pravo da traži da se uvrsti u listu utvrđenih potraživanja u skladu sa ovim zakonom. Poverilac osporenog potraživanja koje po isteku rokova nije utvrđeno u sprovedenom postupku medijacije stiče status poverioca osporenog potraživanja.

Potraživanje se smatra utvrđenim ako nije osporeno od strane stečajnog upravnika ili od strane poverilaca do zaključenja ispitnog ročišta. Stečajni sudija će usvojiti konačnu listu na osnovu liste potraživanja koju je sastavio stečajni upravnik i na osnovu izmena unetih na ročištu. Konačna lista sadrži podatke o svim prijavljenim potraživanjima, o tome ko ih je osporio i u kom iznosu su utvrđena, odnosno

[80] Član 113. Zakona o stečaju.

[81] Već je ukazano da prema odredbama člana 47.stečajnog zakona Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine "izvještajno ročište" ne smije se održati prije ročišta za ispitivanje potraživanja, a ni kasnije od 15 dana od ročišta za ispitivanje podnesenih potraživanja", dok period između isteka roka za prijave i ročišta za ispitivanje treba da iznosi najmanje osam dana, a najviše 30 dana, mada se ročišta mogu održati i istovremeno. Hrvatski zakonodavac propisuje odredbama člana 55. zakona da se ispitno ročište održava u intervalu od 8 dana do dva meseca od poslednjega dana roka za prijavljivanje potraživanja. Zbog procesne specifičnosti crnogorskog Zakona o insolventnosti privrednih društava ne uočavaju se tipično prvo poverilačko ročište ili ispitno ročište, ali zakonodavac predviđa odredbama člana 57. da se konačni spisak potraživanja formira nakon održavanja ročišta, koje se održava u roku od 10 dana nakon isteka roka od 30 dana u kome je stečajni upravnik osporavao prijavljena potraživanja.

[82] Član 114. Zakona o stečaju.

osporena, kao i potraživanja o kojima će biti donet zaključak o listi utvrđenih i osporenih potraživanja. Na osnovu konačne liste stečajni sudija donosi zaključak o listi utvrđenih i osporenih potraživanja. Zaključak o listi utvrđenih i osporenih potraživanja dostavlja se stečajnom upravniku i svakom stečajnom poveriocu i objavljuje se na oglasnoj tabli suda. Konačna lista kojom se utvrđuje potraživanje i njegov isplatni red obavezujuća je za stečajnog dužnika i za sve stečajne poverioce. Zaključak se dostavlja stečajnom upravniku i svakom stečajnom poveriocu čije je potraživanje osporeno i koji je upućen na parnicu i objavljuje se na oglasnoj tabli suda. Stečajni poverilac koji dokaže svoje potraživanje u parnici na koju je upućen, ima pravo da traži ispravljanje konačne liste utvrđenih potraživanja.

Potraživanje može biti osporeno kako po osnovu tako i po visini ali i u pogledu redosleda naplate. Poverilac čije je potraživanje osporeno upućuje se na parnicu radi utvrđivanja osporenog potraživanja, koju može da pokrene u roku od osam dana od dana prijema zaključka iz člana 116. Zakona o stečaju, odnosno od dana isteka roka za medijaciju u skladu sa članom 115. Poverilac koji je osporio potraživanje drugog poverioca priznato od strane stečajnog upravnika, upućuje se na parnicu. Osporeno potraživanje smatra se priznatim ako poverilac koji je osporio potraživanje drugog poverioca ne pokrene parnicu u zakonom propisanom roku. Poverilac koji je upućen na parnicu dužan je da o pokretanju parnice odnosno o nastavku prekinute parnice obavesti postupajućeg stečajnog sudiju u roku od 15 dana od dana pokretanja ili nastavka parnice. Ako poverilac ne obavesti stečajnog sudiju o pokretanju parnice, odgovoran je za troškove i štetu prouzrokovanu propuštanjem. U slučaju osporavanja potraživanja prijavljenih na osnovu izvršne isprave stečajni sudija zaključkom upućuje stečajnog upravnika ili poverioca koji je osporio potraživanje na parnicu. Osporeno potraživanje smatra se priznatim ako stečajni upravnik ili poverilac ne pokrene parnicu u zakonom propisanom roku,[83] ali to može biti i upućivanje i na upravni ili neki drugi postupak radi dokazivanja[84]

III Zaključak

U izvođenju relevantnih zaključaka kada je u pitanju pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu nužno je hronološki sumirati rezultate istraživanja, do kojih smo došli u analizi Zakona o stečaju Republike Srbije, te komparaciji sa rešenjima iz stečajnih zakona, koji su

[83] Član 115. - 116. Zakona o stečaju.

[84] Potraživanje se smatra utvrđenim ako nije osporeno od strane stečajnog upravnika ili od strane poverilaca do zaključenja ispitnog ročišta. Poverilac čije je potraživanje osporeno upućuje se na parnicu radi utvrđivanja osporenog potraživanja, koju može da pokrene u roku od osam dana od dana prijema zaključka iz člana 116. ovog zakona, odnosno od dana isteka roka za medijaciju u skladu sa članom 115. ovog zakona. Značajno je da u slučaju osporavanja potraživanja prijavljenih na osnovu izvršne isprave stečajni sudija zaključkom upućuje stečajnog upravnika ili poverioca koji je osporio potraživanje na parnicu. Osporeno potraživanje smatra se priznatim ako stečajni upravnik ili poverilac ne pokrene parnicu u zakonom propisanom roku.. – Vidi član 117.-118. Zakona o stečaju.

prestali da važe, te stečajnim zakonima bivših jugoslovenskih republika. Esencijalni rezultat istraživanja svakako je vrednosni sud o tome koji od analiziranih zakona omogućava svojim procedurama najcelishodnije namirenje. Nakon sveobuhvatnog ukazivanja na paralele sličnosti i razlike našeg prethodnog Zakona o stečajnom postupku i važećeg Zakona o stečaju treba istaći da je domaći aktuelni stečajni zakon moderan, reformatorski zakon, u još većoj meri nego što je to bio prethodni, a koji je takođe bio velika prekretnica u stečajnom zakonodavstvu Srbije. Novi zakon unosi inovacije kako u sudski postupak, tako i u vansudsko restruktuiranje, pojednostavljuje procese, nudi efikasna rešenja, smanjuje troškove, štiti poverioce i kroz poboljšanje korporativne strukture, ali i poboljšava položaj dužnika, omogućavajući mu veći stepen samostalnosti i kontrole posebno kod *pre pack* reorganizacije, što sve zajedno mora dovesti do ublažavanja finansijskog tereta privrednog subjekta sa teškoćama u poslovanju, te je u poređenju sa stečajnim zakonima u okruženju celishodniji, što je posledica i toga da je to kod nas drugi stečajni zakon nakon što je prestao da važi Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, te da je većim delom do izmena u stečajnim procedurama došlo nakon analize praktične primene Zakona o stečajnom postupku i teškoća sa kojima su se praktičari suočavali.Imajući u vidu tu činjenicu, da je domaći zakonodavac bio kvantitativno aktivniji od zakonodavaca u regionu, ali i da je Zakon o stečaju doneo kvalitetnija rešenja u odnosu na prethodno važeći zakon, možemo očekivati da će zakonodavci u regionu na praktičnim iskustvima primene svojih zakona, ali čitajući i naš Zakon o stečaju doneti stečajne zakone, koji će biti interesantni za analizu i našem zakonodavcu.

Marijana Dukic - Mijatovic, Ph.D
Assistant Professor at the Faculty of Law, University Commercial Academy of Novi Sad

OVERVIEW OF LEGAL PROCEDURES IN THE PROCESS OF DETERMINING THE CLAIMS OF BANKRUPTCY LAWS IN THE REGION

Summary

Overview of legal procedures in the process of determining the claims of bankruptcy laws in the region, imposed as a necessary and essential legal issues in economic reality, a very topical for legal theorists and practitioners of the Roman law up to date, from the personal to the execution of real satisfaction. Economic entities in the legal trade alone the rights and obligations and is therefore the protection of creditors' issues of great importance, given the large number of debt creditors relations, that business entity based in their operations. If we take into account the relevant data on the number of current bankruptcy in Serbia in the immediate environment and the region, and the fact that liquidity has reduced the economic difficulties of the subject indicates to creditors that will be in charge of his claim and of course the impossibility of complete satisfaction, the aim of this paper is indication of any legal problems related to the treatment of creditors in the bankruptcy proceedings and analysis of positive legislation, in light of modalities of protection that provides our current bankruptcy law, whose adoption and entry into legal force was abolished by the Law on Bankruptcy Procedure that was the first law in this area to us and so are all the former Yugoslav republic passed its bankruptcy laws, the Law on Compulsory Settlement, Bankruptcy and Liquidation bankruptcy has become a part of legal history.

Key words: bankruptcy proceedings, bankruptcy debtor, bankruptcy creditors, bankruptcy reason.

Doc. dr Darko Marinković
Doc. dr Saša Mijalković
Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

SPECIJALNI ISTRAŽNI METODI U KRIVIČNIM POSTUPCIMA ZEMALjA „DRUGE JUGOSLAVIJE“ – KOMPARATIVNA ANALIZA

Apstrakt

Kao spoj tradicionalnih obaveštajnih i kriminalističko-istražnih mera i radnji, specijalni istražni metodi su najefikasnije radnje dokazivanja savremenih teških, perfidnih i sofisticiranih zločina. U mnogim zemljama postoje procedure koje se primenjuju za suzbijanje i dokazivanje posebno teških krivičnih dela, kada je uz povećanje efikasnosti istražnih organa i redukcije vremena za obezbeđenje dokaza, neophodna i upotreba podataka do kojih se dolazi primenom raznih vidova elektronskog monitoringa, tajnih agenata, kontrolisanih isporuka, iskaza svedoka-saradnika i drugih metoda.

Sve zemlje koje su činile SFRJ danas svojim nacionalnim zakonodavstvima, odnosno zakonima o krivičnom postupku, takođe propisuju specijalne istražne metode i procedure njihove primene. Formalnopravno, ovi metodi imaju značaj dokaznih radnji i koriste se u otkrivanju i dokazivanju izvršenih, ali i sprečavanju planiranih, teških krivičnih dela, u slučajevima kada je primena drugih mera i radnji neefikasna. Utisak je da se zadovoljavajuća zakonska regulativa u ovoj oblasti još uvek traži, na šta ukazuju česte izmene zakona o krivičnoj proceduri u svim zemljama ex Jugoslavije. Jedan od presudnijih razloga svakako je i večita „dilema pretežnosti“ na relaciji efikasna kontrola teškog kriminala – slobode i prava građana u koje se zadire primenom specijalnih istražnih metoda.

Ključne reči: specijalne istražne metode, zakon o krivičnom postupku, zakonodavstvo zemalja bivše SFRJ, načela primene specijalnih istražnih metoda, organizovani kriminal, dokazne radnje.

Umesto uvoda – pojam i vrste specijalnih istražnih metoda

Sa ekspanzijom organizovanog kriminala i terorizma poslednjih dvadesetak godina, međunarodnoj zajednici se nametnula potreba iznalaženja adekvatnih mera i postupaka namenjenih njihovom suprotstavljanju. Tradicionalne policijske (kriminalističke) metode očigledno više za to nisu bile dovoljne, a ni efikasne. Rešenje problema bilo je u njihovom kombinovanju sa tradicionalnim metodama obaveštajnih službi.[1] Uključujući u ovu kombinaciju još i nove tehnologije,

[1] Mijalković, S.: Nacionalna bezbednost, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2009, str. 344.

savremena naučna znanja i donekle promenjene kriminalno-političke ciljeve, takve mere i radnje uspevaju u mnogome da odgovore složenosti i perfidnosti najtežih oblika kriminala.

Iako su u naslovu rada navedene kao *specijalne istražne metode*, u savremenoj nauci krivičnog prava, kao ni u praksi suzbijanja zločina, nema jedinstvenog i opšteprihvaćenog naziva za takve, uslovno shvaćeno „nove" istražne mere i radnje.[2] Tako u Nemačkoj srećemo izraze posebne istražne mere ili posebne policijske istražne metode, do najuobičajenog naziva prikrivene istrage, koji u stvari objedinjuje više ovih metoda u jedan složen pristup borbi protiv određenih vrsta kriminala (pre svega organizovanog), čiji je zajednički imenitelj tajnost preduzimanja. U zemljama iz našeg okruženja ove mere i radnje se najčešće nazivaju posebnim ili specijalnim istražnim (dokaznim) merama, metodama ili radnjama. U SAD-u one se nazivaju metodama tajnog nadzora i tajnim (prikrivenim) metodama, odnosno tajnim operacijama.[3]

Analizirajući rešenja stranih zakonodavstava i međunarodnih dokumenata o ovoj problematici, kao i odredbe naših zakona, uz istovremeno uvažavanje teorijskih stavova, mišljenja smo da se izraz specijalne istražne metode može shvatiti u užem i širem smislu. U *užem smislu*, to su sledeće istražne, kriminalističko-taktičke i tehničke mere i radnje:

- nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora, odnosno komunikacija koje se obavljaju posredstvom tehničkih uređaja na daljinu;
- nadzor i snimanje neposredne verbalne komunikacije, ozvučenjem prostorija ili lica;
- optički nadzor lica i prostorija;
- elektronsko pozicioniranje lica i objekata;
- kontrolisana (nadzirana) isporuka predmeta krivičnih dela;
- angažovanje informatora, najčešće lica iz kriminalne sredine;
- angažovanje prikrivenih islednika, odnosno tajnih agenata,

[2] Specijalni istražni metodi nisu ekskluzivitet današnjice i savremenih tendencija u krivičnom pravu i kriminalistici. Naime, one suštinski postoje prilično dugo i prilično dugo se, u različitim modalitetima, i primenjuju u otkrivanju i suzbijanju krivičnih dela, te u prikupljanju činjenica od značaja za bezbednost države ili društva. Kao takve, spadale su u sferu tzv. tajnog policijskog arsenala koji je, shodno vremenu, bio izvan zakonske regulative. Vidi – Marinković, D.: Specijalne istražne tehnike – pojam, osnovi primene i rešenja u zakonodavstvu Crne Gore, Perjanik, Podgorica, br. 14–15, 2007, str. 57–72.

[3] Kada je reč o međunarodnim dokumentima koji sadrže odredbe o specijalnim istražnim metodama, pre svega treba istaći dve konvencije Ujedinjenih nacija, od kojih je prva doneta 1988, a druga 2000 godine. Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci je prvi međunarodni dokument koji je predvideo jednu od specijalnih istražnih radnji. Naime, članom 11 je definisana tehnika kontrolisane isporuke (na međunarodnom nivou), kao i mehanizmi njene realizacije. Na neophodnost primene posebnih istražnih mera u suprotstavljanju organizovanom kriminalu, ukazano je i Konvencijom UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala. Naime, članom 20 (Posebne istražne tehnike) ističe se da države potpisnice trebaju preduzeti potrebne mere kako bi omogućile ispravnu primenu kontrolisanih isporuka i drugih posebnih istražnih tehnika, poput elektronskih i drugih oblika kontrole i operacija otkrivanja od strane nadležnih vlasti. I zaista, danas se može reći da ne postoji država u svetu koja u svom zakonodavstvu ne predviđa neku od specijalnih istražnih metoda.

– realizacija simulovanih (pseudo) poslova, odnosno usluga i
– kompjutersko (automatsko) pretraživanje, upoređivanje i analiziranje podataka (en. *computer matching, data mining*, nm. *rasterfahndung*).

U *širem kontekstu*, specijalne istražne metode, pored prethodno navedenih, obuhvatale bi i neke specifične metode dokaznog, odnosno krivičnoprocesnog prava, i to:

– uvid i kontrolu stanja poslovnih i ličnih računa i novčanih transakcija određenog lica;
– institut svedoka saradnika (krunskog svedoka) i
– institut zaštićenog svedoka.

Za potrebe ovog rada izraz specijalni istražni metodi koristiće se u užem značenju. Mere i radnje u okviru njega mogu se diferencirati na dve skupine. Jednu čine metode tajne opservacije (nadzora), koju čine nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora, odnosno komunikacija koje se obavljaju posredstvom tehničkih uređaja na daljinu; nadzor i snimanje neposredne verbalne komunikacije; optički nadzor lica i prostora; elektronsko pozicioniranje lica i objekata i kontrolisana (nadzirana) isporuka predmeta krivičnih dela. Pod metode tajnog nadzora se može podvesti i automatsko pretraživanje i upoređivanje podataka, koje u širem kontekstu predstavlja modalitet nadziranja lica kroz podatke (en. *data surveillance*).[4] Drugu skupinu čine metode infiltracije, odnosno ubacivanja i prodora u kriminalnu sredinu. Ona obuhvata angažovanje informatora, infiltraciju prikrivenih islednika (tajnih agenata), realizaciju simulovanih poslova i usluga i slično.

Danas se specijalni istražni metodi primenjuju kako od strane pravosudnih organa i policije u krivičnim postupcima, prema odredbama zakona koji uređuju krivičnu proceduru, tako i od strane drugih subjekata, pre svega obaveštajno-bezbednosnih službi, na osnovu zakona koji ih uređuju i definišu. U radu ćemo analizirati samo prvi aspekt postojanja i primene specijalnih istražnih metoda.

Specijalni istražni metodi u zakonodavstvu SFRJ – administrativna procedura primene

Prema Ustavu iz 1974. godine, Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija je bila federalna država šest republika i dve autonomne pokrajine, u kojoj je zakonodavna nadležnost bila podeljena između federacije i republika članica. Zakon o krivičnom postupku bio je u nadležnosti savezne države. Poslednji takav pravni akt donet je 1976. godine.[5] On je „nadživeo“ SFRJ, s obzirom na to da su ga i nakon njenog raspada novostvorene, samostalne države inkorporirale u svoja nacionalna zakonadavstva, u kojima je važio do donošenja novih istovrsnih zakona. To je

[4] Marinkovic, D.; Milojkovic, B.; Brankovic, A.: Computer data search and comparison – general reviews and application in crime investigation, Nauka-Bezbednost-Policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo, broj 1, Beograd, 2009, str. 63–78.
[5] Zakon o krivičnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 4/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989 i 3/1990.

uglavnom učinjeno tokom druge polovine devedesetih godina prošlog veka (npr., Hrvatska 1997. godine) ili početkom novog milenijuma (SRJ, odnosno Srbija i Crna Gora 2001. godine), sa izuzetkom Slovenije, koja je svoj ZKP donela 1994. godine.

Zakonom o krivičnom postupku SFRJ iz 1976. godine nije bila predviđena ni jedna specijalna istražna metoda. To je i razumljivo ako se ima u vidu vreme njegovog donošenja i primene, s jedne, odnosno činjenica da su ove dokazne tehnike u krivične postupke većine evropskih zemalja počele da se uvode tek krajem dvadesetog veka, s druge strane. Ipak, interesantno je da je i u tom periodu, mimo samog ZKP-a i krivičnog postupka, postojala mogućnost primene određenih metoda koji su suštinski bili upravo ono što danas podvodimo pod pojam specijalnih istražnih metoda. To je prvenstveno bilo moguće na osnovu odredbi saveznog *Zakona o osnovama sistema državne bezbednosti* iz 1984. godine (ZOSDB)[6], kao i republičkih zakona o organima unutrašnjih poslova. Tako je na osnovu odredbi člana 24 ZOSDB-a bilo dato ovlašćenje funkcioneru koji rukovodi organom koji vrši poslove državne bezbednosti, da u slučaju kada je to potrebno iz razloga bezbednosti SFRJ, donese rešenje na osnovu kojeg će se prema određenim osobama i organizacijama preduzeti mere kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja. Član 23 istog zakona definisao je obavezu organa koji vrši poslove državne bezbednosti da sredstva i metode rada službe primenjuje po jedinstvenim načelima, koja je definisalo Predsedništvo SFRJ.[7]

Na osnovu odredbi člana 23 ZOSDB-a, Savezni sekretar za unutrašnje poslove je 1989. godine doneo *Pravila o radu Službe državne bezbednosti*.[8] Njima su, između ostalog, određivani uslovi za odobravanje i primenu sredstava i metoda Službe državne bezbednosti (SDB), i definisan je pojam metoda Službe. To su bili propisani specifični postupci i aktivnosti koje služba tajno i organizovano primenjuje u svom radu u cilju prikupljanja podataka i obaveštenja radi otkrivanja i sprečavanja delatnosti usmerenih na ugrožavanje ili rušenje ustavnog poretka, odnosno podataka od značaja za bezbednost i druge interese SFRJ. U Pravilima o radu Službe navedeni su i konkretni metodi službe, i to tajna saradnja, tajno prisluškivanje, tajna kontrola telefonskog i teleprinterskog saobraćaja, tajna kontrola poštanskih pošiljki, tajni pretres, tajno praćenje i osmatranje, tajno televizijsko, foto i tonsko snimanje, korišćenje dokumentacije i evidencije Službe državne bezbednosti, kao i drugi

[6] Službeni list SFRJ, broj 15/84, izmene i dopune 1990 godine (Službeni listu SFRJ, br. 42/90) i 2000 godine (Službnei list SRJ, br. 15/2000); Zakon o osnovama sistema državne bezbednosti iz 1984 godine bio je primer pravnog propisa iz doba komunizma koji je uređivao samo nebitne stvari, dok su izvršna vlast i direktori službi mogli tajnim internim propisima da urede ovlašćenja, način delovanja i odgovornost službi. Od takvih akata svakako su najvažnija bila Pravila o radu Službe državne bezbednosti, koja su predstavljala tajni (javnosti nedostupan) propis ministra (saveznog sekretara) za unutrašnje poslove. Više u – Mirkov Ž.: Demokratska civilna kontrola službi bezbednosti u Srbiji – reforma jedino rešenje,
Internet: http://centercivil.blogspot.com/2006/12/demokratska-civilna-kontrola-sluzbi_23.html.

[7] Đorđević O.: Osnove državne bezbednosti, Beograd, 1987, str. 48,49.

[8] Službeni list SFRJ – Poverljivo glasilo, broj 12/1989.; najveći deo sadržaja Pravila o radu SDB iz 1989. godine preuzet je iz Pravila Službe državne bezbednosti iz 1967. godine. Više u – Sačić Ž.: Organizirani kriminal – metode suzbijanja, Zagreb, 2001, str. 194–199.

propisani metodi. Primenu ovih metoda službe odobravao je pismenim rešenjem savezni, odnosno republički ili pokrajinski sekretar, a izuzetno i rukovodilac službe u republičkom ili pokrajinskom sekretarijatu, uz prethodnu saglasnost rukovodioca Službe u saveznom sekretarijatu, na osnovu pismenog predloga rukovodioca nadležne organizacione jedinice.

Pored prethodno navedenih rešenja ZOSDB, i zakoni o unutrašnjim poslovima pojedinih republika propisivali su primenu izvesnih modaliteta specijalnih istražnih metoda po administrativnoj proceduri. Tako je hrvatski *Zakon o organima unutrašnjih poslova*[9] predviđao mogućnost da republički sekretar za unutrašnje poslove u odnosu na pojedina lica, organe i organizacije rešenjem odredi primenu određenih mera kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava komuniciranja, u cilju očuvanja bezbednosti države. Slično tome, i srpski *Zakon o unutrašnjim poslovima*[10] iz 1991. godine je propisivao da na predlog republičkog tužioca, odnosno ministra unutrašnjih poslova, republički Vrhovni sud odluči da se odstupi od načela nepovredivosti tajne sredstava opštenja. Pri tome se nisu postavljali nikakvi uslovi u pogledu kojih krivičnih dela i lica se to moglo učiniti, koliko dugo, kakav pravni status će imati materijal pribavljen njihovom primenom i slično. Treba istaći da je navedena zakonska odredba primenjivana tokom cele poslednje decenije dvadesetog veka.

Pored toga, analogno prethodno navedenim pravilima o radu SDB, republičke i pokrajinske službe javne bezbednosti donosile su, na osnovu zakona o unutrašnjim poslovima, instrukcije o svom operativnom radu, kojima su definisana posebna sredstva i metode rada policije. Suštinski, ona su se velikim delom poklapala sa materijalnom stranom primene specijalnih istražnih metoda u savremenim zakonodavstvima. Tako npr., *Obavezna instrukcija o korišćenju sredstava i metoda u operativnom radu Službe javne bezbednosti*[11] iz 1985. godine je predviđala da ovlašćena službena lica Službe u svom operativnom radu mogu da koriste propisane metode i sredstva, u skladu sa ustavnim načelima, zakonima, propisima donetim na osnovu zakona i u skladu sa pravilima kriminalistike. Slične instrukcije, sa gotovo identičnim odredbama, postojale su u svim republikama i pokrajinama tadašnje SFRJ.

Specijalni istražni metodi u krivičnim postupcima država ex Jugoslavije – pozitivnopravna rešenja

Slovenija – Slovenija je prva država koja je nakon raspada SFRJ i osamostaljenja donela svoj Zakon o krivičnom postupku (*Zakon o kazenskem postopku*) 1994 godine, koji je, uz brojne izmene i dopune, i danas na snazi.[12] Zakon

[9] Narodne novine RH, broj 44/1979.
[10] Službeni glasnik RS, br. 44/1991.
[11] SR Srbija – SAP Vojvodina, Pokrajinski sekretarijat za unutrašnje poslove, Novi Sad, 1985.
[12] Zakon o kazenskem postopku, Uradni list RS, br. 63/1994, 70/1994, 72/1998, 6/1999, 66/2000, 111/2001, 110/2002, 56/2003, 43/2004, 101/2005, 14/2007, 32/2007, 102/2007, 21/2008, 23/2008, 65/2008, 68/2008, 89/2008, 77/2009, 88/2009, 109/2009, 29/2010.

ne daje naziv mera i radnji koje suštinski spadaju u specijalne istražne metode, ali ih normira u okviru Glave XV, koja reguliše pretkrivični postupak. Tako član 149a propisuje meru *tajnog nadzora*, član 149b meru *dostavljanja podataka o elektronskoj komunikaciji lica*, član 150 mere *nadzora elektronskih komunikacija, kontrole pisama i drugih pošiljki, računarskih sistema banaka i drugih pravnih lica, kao i prisluškivanja i snimanja razgovora uz saglasnost najmanje jedne osobe uključene u razgovor*, član 151 meru *prisluškivanja i nadzora u tuđem stanu ili drugim privatnim prostorijama, uključujući i tajni ulazak u te prostorije*, član 155 mere *simulovane kupovine predmeta i simulovanog primanja i davanja mita* i, na kraju, član 155a *meru tajnog delovanja i angažovanja prikrivenog islednika.*

Prema članu 149a ZKP-a, ako postoje razumne osnove za sumnju da je određeno lice izvršilo, izvršava, priprema i organizuje izvršenje nekog od zakonom određenih krivičnih dela, pri čemu se opravdano može zaključiti da primena drugih mera ne bi otkrila ili sprečila krivično delo, ili bi to bilo skopčano sa nesrazmernim teškoćama, prema tom licu se može odrediti mera tajnog nadzora (*tajno opazovanje*). Izuzetno, tajni nadzor se može preduzeti i u odnosu na lice koje nije osumnjičeni, ako se može opravdano pretpostaviti da će se na taj način osumnjičeni identifikovati, odrediti njihovo prebivalište ili boravište, odnosno odrediti lokacija lica koja treba lišiti slobode i koja se kriju, pri čemu se do takvih podataka ne može doći na drugi način ili je to skopčano sa znatnim teškoćama. Tajni nadzor se sprovodi kontinuiranim ili povremenim posmatranjem i praćenjem, uz korišćenje tehničke opreme za otkrivanje položaja i pokreta, kao i tehničkih uređaja za prenos i snimanje glasa, slike i video snimanje, a usmeren je na praćenje stanja, kretanja i aktivnosti navedenih lica. Tajni nadzor se vrši na javnom i javno dostupnom, otvorenom i zatvorenom prostoru, kao i na mestima i u prostoru koji su vidljivi sa javno dostupnih mesta ili prostora. Pod istim uslovima vrši se i tajni nadzor u privatnim prostorijama, uz saglasnost njihovog vlasnika.

Primenu mere tajnog nadzora određuje državni tužilac pisanom naredbom na predlog policije, osim u slučajevima kada meru naređuje istražni sudija na predlog državnog tužioca, i to: 1) ako sprovođenje mere predviđa upotrebu tehničkih sredstava za prenos i snimanje glasa, pri čemu je mera dozvoljeno samo za krivična dela iz stava 2 člana 150 ovog zakona;[13] 2) ako sprovođenje mere zahteva instalaciju tehničke opreme za otkrivanje položaja i kretanja osumnjičenog tajnim ulaskom u

[13] Reč je o sledećim krivičnim delima: 1) protiv bezbednosti Republike Slovenije i njenog ustavnog uređenja, kao i protiv čovečnosti i međunarodnog prava, za koja je u zakonu propisana kazna zatvora od pet ili više godina; 2) otmica (član 144 KZ), prikazivanje, posedovanje, proizvodnja i prenos pornografskog materijala (član 187 KZ), neovlašćena proizvodnja i trgovina drogom (član 196 KZ), omogućavanje upotrebe droga (član 197 KZ), iznuda (član 218 KZ), zloupotreba internih informacija (član 243 KZ), nezakonito uzimanje poklona (član 247 KZ), neprikladno davanje poklona (član 248 KZ), pranje novca (član 252 KZ), krijumčarenje (član 255 KZ), primanje mita (član 267 KZ), davanje mita (član 268 KZ), primanje poklona za nezakonito posredovanje (član 269 KZ), davanje poklona za nezakonito posredovanje (član 269 KZ), zločinačko udruživanje (član 297 KZ), nezakonita proizvodnja i trgovina oružjem ili eksplozivnim materijama (član 310 KZ) i 3) druga krivična dela za koja je u zakonu propisana kazna zatvora u trajanju od osam ili više godina.

vozilo ili drugi zaštićeni ili zatvoreni prostor ili objekat; 3) za primenu mera u privatnim prostorijama uz saglasnost vlasnika prostora; 4) za sprovođenje mere prema licima koja nemaju status osumnjičog.

Članom 149b ZKP-a propisuje se da, ako postoje osnovi sumnje da je određeno lice izvršilo, da čini ili da priprema i organizuje izvršenje krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti, te da su za otkrivanje tog krivičnog dela ili učinioca potrebni podaci o saobraćaju u elektronskoj komunikacionoj mreži, istražni sudija na obrazloženi zahtev javnog tužioca može da naredi operateru elektronske komunikacione mreže dostavljanje podataka o učesnicima, okolnostima i činjenicama vezanim za elektronsku komunikaciju, kao što su broj ili drugi identifikacioni podaci korisnika elektronskih komunikacijskih usluga, tip, datum, vreme i trajanje poziva ili drugih elektronskih komunikacionih usluga, količinu prenetih podataka i mesto iz kojeg se vrši usluga elektronske komunikacije.

Članom 150 ZKP-a propisuje se da ako postoje razumne osnove za sumnju da je određeno lice izvršilo, izvršava ili priprema i organizuje izvršenje bilo kog krivičnog dela navedenog u stavu 2 ovog člana, pri čemu postoji osnovana sumnja da se za komunikacije u vezi sa tim krivičnim delima koristi određeno komunikacijsko sredstvo ili računarski sistem, odnosno da će to sredstvo ili sistem biti upotrebljeni, uz opravdanu sumnju da druge mere ne mogu biti uspešne u prikupljanju dokaza ili bi njihova primena ugrozila život ili zdravlje ljudi, protiv tog lica se mogu primeniti sledeće mere: 1) nadzor elektronskih komunikacija, njihovo prisluškivanje i snimanje, kao i kontrola i čuvanje dokaza o svim vidovima komunikacija koje se prenose elektronskom komunikacijskom mrežom; 2) kontrola pisama i drugih pošiljki; 3) kontrola računarskog sistema banke ili drugih pravnih lica uključenih u finansijske ili druge privredne delatnosti; 4) prisluškivanje i snimanje razgovora uz saglasnost najmanje jedne osobe uključene u razgovor.

Članom 151 ZKP-a predviđa se svakako *najofanzivniji* metod dolaženja do dokaza u slovenačkom ZKP-u. Naime, ako postoji opravdana sumnja da je određeno lice izvršilo, izvršava ili da priprema i organizuje izvršenje bilo kog krivičnog dela navedenog u drugom stavu ovog člana, pri čemu se osnovano može očekivati da će se u tačno određenom prostoru doći do dokaza, do koji se ne može doći primenom blažih mera, uključujući i mere iz člana 149a, 149b i 150 ovog zakona, ili bi njihova primena ugrozila nečiji život, prema njemu se može odrediti mera prisluškivanja i nadzora u tuđem stanu ili drugim privatnim prostorijama, koristeći tehnička sredstva za dokumentovanje i, po potrebi, tajni ulazak u te prostorije.

Članom 155 propisuje se primena mere simulovane kupovine predmeta, kao i sumulovanog primanja i davanja mita. Meru određuje javni tužilac na obrazloženi predlog policije. Naredba se odnosi na realizaciju samo jedne mere, a predlog za dalju primenu mere mora da sadrži razloge koji iziskuju njenu dalju primenu. Pri realizovanju simulovanih delatnosti policija i njeni saradnici ne smeju da podstrekavaju na krivično delo.

Članom 155a predviđa se da u slučaju postojanja osnovanih razloga za sumnju da je određeno lice izvršilo neko od krivičnih dela navedenih u članu 149a st. 4, ili je

moguće osnovano pretpostaviti da je određeno lice upleteno u kriminalnu delatnost čiji su sastavni deo ova krivična dela, pri čemu se osnovano pretpostavlja da se drugim radnjama ne bi mogli pribaviti dokazi ili bi to bilo skopčano s nesrazmernim teškoćama, protiv te osobe se može odrediti mera tajnog delovanja. Ona se realizuje periodičnim ili stalnim prikupljanjem podataka o licu i njegovim kriminalnim aktivnostima od strane jednog ili više prikrivenih islednika (*tajni delavec*), pod rukovodstvom i nadzorom policije. Prikriveni islednik tokom tajnog delovanja može da bude snabdeven dokumentima u kojima je njegov identitet fingiran, kako bi se olakšalo prikupljanje potrebnih podataka i istovremeno onemogućilo otkrivanje njegovog pravog identiteta. Sa takvim fingiranim dokumentima prikriveni islednik može biti uključen i u pravni promet.

Hrvatska – Specijalni istražni metodi su u krivični postupak Hrvatske uvedeni *Zakonom o krivičnom postupku* iz 1997 godine. Član 180 ovog zakona, pod nazivom *Privremeno ograničenje ustavnih prava i sloboda radi pribavljanja podataka i dokaza za sprovođenje krivičnog postupka* propisivao je da, ako se istrage krivičnih dela ne bi mogle sprovesti na drugi način ili bi bile skopčane sa nesrazmernim teškoćama, istražni sudija na zahtev državnog tužioca može protiv osobe za koju postoje osnovi sumnje da je sama, ili zajedno s drugim licima učinila određena, zakonom propisana krivična dela, odrediti mere kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to: 1) nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, odnosno sredstava za tehničko komuniciranje na daljinu; 2) nadzor i tehničko snimanje prostorija; 3) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta; 4) upotrebu prikrivenih istražitelja; 5) simulirani otkup predmeta i simulirano davanje mita; 6) nadzirani prevoz i isporuku predmeta krivičnog dela.

Hrvatski *Zakon o krivičnom postupku* iz 2008. godine, u okviru XVIII glave koja se odnosi na dokazne radnje, definiše i normira *Posebne dokazne radnje*. U tom smislu, članom 332 propisuje se da ako istraga ne može da se realizuje na drugi način ili bi to bilo moguće samo uz nesrazmerne teškoće, na pisani obrazloženi zahtev državnog tužioca, sudija istrage može protiv osobe za koju postoje osnove sumnje da je sama izvršila, ili zajedno s drugim osobama učestvovala u krivičnom delu iz člana 334 ZKP-a, pisanim, obrazloženim nalogom odrediti posebne dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana, i to: 1) nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu; 2) presretanje, prikupljanje i snimanje računarskih podataka; 3) ulazak u prostorije radi sprovođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija; 4) tajno praćenje i tehničko snimanje lica i predmeta; 5) upotrebu prikrivenih istražitelja i pouzdanika; 6) simuliranu prodaju i otkup predmeta, te simulirano davanje i primanje mita; 7) pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova; 8) nadzirani prevoz i isporuku predmeta krivičnog dela.[14]

[14] Pored navednih radnji, član 340 ZKP-a predviđa i upoređivanje ličnih podataka građana, smeštenih u zbirkama i drugim registrima, sa podacima iz policijskih evidencija, registara i zbirki sa automatskom

Izuzetno, kada okolnosti nalažu da se sa izvršenjem radnji započne odmah, nalog za primenu navedenih mera, pre početka istrage na vreme od dvadeset četiri sata, može da izda državni tužilac. Nalog s oznakom vremena izdavanja i obrazloženjem državni tužilac mora u roku od osam sati od izdavanja da dostavi sudiji istrage, koji odmah odlučuje o zakonitosti takvog naloga.

Posebne dokazne radnje mogu se primene i prema licima za koja postoje osnovi sumnje da učiniocu ili od učinioca krivičnih dela za koja se mogu primeniti ove mere prenose saopštenja i poruke u vezi s delom, odnosno da se učinilac služi njihovim priključcima na telefon ili drugim telekomunikacijskim uređajem, koje kriju učinioca krivičnog dela ili mu prikrivanjem sredstava kojima je krivično delo izvršeno, tragova krivičnog dela ili predmeta nastalih ili pribavljenih krivičnim delom ili na drugi način pomažu da ne bude otkriven. Takođe, zakon propisuje da se posebne dokazne radnje, sa izuzetkom upotrebe prikrivenog istražitelja i pouzdanika, uz pisani pristanak određenog lica mogu primeniti i na njegova sredstva, prostorije i predmete. Angažovanje prikrivenog istražitelja i pouzdanika, kao i simulovana prodaja i otkup predmeta, primanje i davanje mita, moraju se realizovati na takav način da ne predstavljaju podstrekavanje na izvršenje krivičnog dela.[15]

Kada je reč o trajanju primene posebnih dokaznih radnji, hrvatski ZKP propisuje da ove radnje mogu da traju najduže šest meseci, s tim da na predlog državnog tužioca sudija istrage iz važnih razloga njihovu primenu može da produži za još šest meseci, odnosno u posebno složenim predmetima, nakon tog produžetka za još šest meseci (ukupno 18 meseci).

Ako se prilikom preduzimanja posebnih radnji zabeleže podaci koji upućuju na neko drugo krivično delo i učinioca iz člana 334 ZKP-a, taj deo snimka će se prepisati i dostaviti državnom tužiocu i može se upotrebiti kao dokaz u postupku za to krivično delo. U slučaju da su posebne dokazne radnje preduzete bez rešenja sudije istrage, ili je postupljeno protivno proceduri koja reguliše njihovu primenu, dokazi za koje se iz tako prikupljenih podataka saznalo ne mogu se upotrebiti u postupku. Zakon predviđa

---

obradom. Radnja se može preduzeti kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti.

[15] Članom 333 zakona propisuje se da se materijal, odnosno snimci, isprave i predmeti koji su pribavljeni sprovođenjem posebnih dokaznih radnji mogu upotrebiti kao dokaz u krivičnom postupku. Prikriveni istražitelj i pouzdanik se mogu ispitati kao svedoci o sadržaju razgovora koje su vodili sa osobama prema kojima je određeno njihovo angažovanje, kao i svim drugim učesnicima ostvarenja krivičnog dela radi čijeg otkrivanja i dokazivanja je ta dokazna radnja bila određena, pri čemu se njihovi iskazi mogu upotrebiti kao dokaz u postupku. Ipak, presuda i ocena zakonitosti dokaza ne mogu se zasnivati isključivo na iskazima ovih lica.

Nalog kojim se određuje primena posebnih dokaznih radnji sadrži raspoložive podatke o osobi protiv koje se radnje primenjuju, činjenice iz kojih proizilazi potreba njihovog preduzimanja, kao i rok trajanja koji mora biti primeren ostvarenju cilja, način, obim i mesto realizovanja. Posebne dokazne radnje izvršava policija, pri čemu zakon navodi da službena i odgovorna lica koja učestvuju u postupku njihovog odlučivanja i izvršenja moraju kao tajnu čuvati sve podatke koje su saznale u vezi sa radnjama. Operativno-tehnički centar za nadzor telekomunikacija, kao i davaoci telekomunikacijskih usluga, dužni su da policiji obezbede potrebnu tehničku pomoć u realizaciji posebnih dokaznih radnji. U protivnom će biti kažnjeni zakonom propisanom kaznom.

obavezu tužioca i sudije istrage da na odgovarajući način spreče da neovlašćene osobe, te okrivljeni i njegov branilac, ustanove identitet prikrivenog istražitelja i pouzdanika, kao i lica koja su realizovala simulovane delatnosti. U slučaju da se te osobe ispituju kao svedoci, sud će primeniti proceduru ispitivanja zaštićenog svedoka. Sva lica koja na bilo koji način saznaju podatke o sadržaju radnji ili o licima koja su učestvovala u njihovom sprovođenju, dužna su da te podatke čuvaju kao tajnu.[16]

Bosna i Hercegovina – Bosna i Hercegovina, kao složena i po mnogo čemu specifična država, sastoji se iz dva entiteta, Federacije Bosna i Hercegovina i Republike Srpske, kao i Brčko distrikta koji ima poseban status. U sva tri kompozitna dela Bosne i Hercegovine danas su na snazi posebni zakoni o krivičnom postupku, koji su doneti 2003 godine.[17] Ovi zakoni su međusobno veoma slični, što važi i za normiranje specijalnih istražnih metoda, koje su na gotovo identičan način, pod nazivom *Posebne istražne radnje*, normirane u njima. U delu koji sledi izložićemo rešenja Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske.[18]

Glava XIX ZKP-a nosi naziv *Posebne istražne radnje* i definiše primenu specijalnih istražnih metoda u krivičnom postupku Republike Srpske. U članu 234, na početku, određuju se vrste posebnih istražnih radnji i uslovi za njihovu primenu. U tom smislu, navodi se da se protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u izvršenju krivičnog dela iz člana 235 ovog zakona,[19] mogu odrediti posebne istražne radnje, ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmernim teškoćama.

[16] Posebne dokazne radnje izvršava policija, o čemu sastavlja dnevne izveštaje i dokumentaciju tehničkog zapisa, koje dostavlja državnom tužiocu na njegov zahtev. Po isteku primene radnji policija sastavlja poseban izveštaj državnom tužiocu i sudiji istrage u kojem navodi vremenski početak i završetak radnje, kao i broj i identitet lica obuhvaćenih radnjom. Dokumentaciju tehničkog zapisa policija izrađuje u dva primerka, pri čemu jedan čuva u policijskoj arhivi a drugi, uz poseban izveštaj, dostavlja državnom tužiocu uz prikupljene snimke i dokumentaciju. Hrvatski ZKP navodi da upotreba prikrivenih istražitelja uključuje pravo ovih lica da uđu u nečiji dom, pod uslovom da su ispunjeni zahtevi koje zakon propisuje vezano za ulazak policije u stan bez sudskog naloga. Takođe, ako pored uslova predviđenih za primenu posebnih dokaznih radnji postoje i dokazi za osnovanu sumnju da će doći do izvršenja posebno teških krivičnih dela iz člana 334 ovog Zakona, ili su neka od njih već izvršena, sudija istrage na predlog državnog tužioca može odrediti da prikriveni istražitelj uz ulazak u tuđi dom upotrebi tehnička sredstva za snimanje nejavnih razgovora. Primena posebnih dokaznih radnji prestaje čim prestanu razlozi radi kojih su bile određene, pri čemu državni tužilac i sud po službenoj dužnosti paze na postojanje razloga iz kojih je konkretna radnja određena. Ministar nadležan za unutrašnje poslove, uz prethodnu suglasnost ministra nadležnog za pravosuđe, donosi propise kojima se uređuje način izvršenja posebnih dokaznih radnji.

[17] Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 35/2003; Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 50/2003; Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta, Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/2003.

[18] Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 50/2003, 111/2004, 115/2004, 29/2007, 68/2007, 119/2008, 55/2009, 80/2009, 88/2009 i 92/2009

[19] Prema članu 235, posebne istražne radnje mogu da se odrede za krivična dela: 1) protiv Republike Srpske; 2) protiv čovečnosti i međunarodnog prava; 3) terorizma; 4) za koja se prema KZ-u može izreći kazna zatvora najmanje tri godine ili teža kazna.

Posebne istražne radnje su: 1) nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija; 2) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka; 3) nadzor i tehničko snimanje prostorija; 4) tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji su u vezi sa njima; 5) korišćenje prikrivenih istražitelja i korišćenje informatora; 6) simulovani i kontrolisani otkup predmeta i simulovano davanje potkupnine; 7) nadzirani prevoz i isporuka predmeta.

Posebne istražne radnje se mogu odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da učiniocu, odnosno od učinioca krivičnog dela iz člana 235 ZKP-a, prenosi informacije u vezi s krivičnim delom, odnosno da učinilac koristi njegovo sredstvo telekomunikacije. Pri tome zakon navodi da se na razgovore lica prema kojima se mogu odrediti posebne istražne radnje i njihovih branilaca shodno primenjuju odredbe ZKP-a o komunikaciji osumnjičenog i branioca. Zakon precizira i da policijski organi ili druga lica, pri izvršavanju mera angažovanja prikrivenog istražitelja i informatora,[20] odnosno simulovanih radnji, ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na izvršenje krivičnog dela. Ako su takve aktivnosti ipak preduzete, to će predstavljati okolnost koja isključuje krivično gonjenje podstrekivanog lica za krivično delo učinjeno u vezi sa ovim radnjama.

Članom 236 određuje se nadležnost za primenu i trajanje posebnih istražnih radnji. U tom smislu, ove radnje određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi predlog tužioca koji sadrži podatke o licu protiv koga se radnja preduzima, osnove sumnje u odnosu na lica prema kojima se radnja može preduzeti, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahteva i način njenog izvođenja, obim i trajanje. Naredba sadrži iste podatke kao i predlog tužioca, uz utvrđivanje trajanja naređene radnje. Izuzetno, ako se pismena naredba ne može dobiti na vreme i ako postoji opasnost od odlaganja, zakonom se predviđa mogućnost započinjanja izvršavanja posebne istražne radnje i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak, pri čemu njegov pismeni nalog mora biti pribavljen u roku od 24 časa od izdavanja usmene naredbe.[21]

Naredba sudije za prethodni postupak kojom se nalaže primena radnje, kao i predlog tužioca, čuvaju se u posebnom omotu. Tužilac i sudija za prethodni postupak

[20] Prikriveni istražitelj je posebno obučeno ovlašćeno službeno lice koje istražuje pod izmenjenim identitetom. Pod svojim izmenjenim identitetom može da učestvuje u pravnom prometu. Ukoliko je to neophodno za formiranje i održavanje tog identiteta, mogu se izraditi, izmeniti ili koristiti odgovarajuća dokumenta.

[21] Kada je reč o trajanju primene posebnih istražnih radnji, zakon navodi da sve one, sa izuzetkom prikrivenog istražitelja i simulovanih radnji, mogu trajati najduže do mesec dana. Iz posebno važnih razloga, na obrazloženi predlog tužioca, mogu se produžiti za još mesec dana, s tim da mere nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, pristupa kompjuterskim sistemima i kompjuterskog sravnjenja podataka i nadzora i tehničkog snimanja prostorija mogu trajati ukupno najduže šest meseci. Mere tajnog praćenja i tehničkog snimanja lica, transportnih sredstava i predmeta koji su u vezi sa njima, kao i nadziranog prevoza i isporuke predmeta ukupno mogu trajati najduže tri meseca. Zahtev za radnju simulovanog otkupa i davanja potkupnine može se odnositi samo na jednokratni akt, a zahtev za svaku narednu radnju protiv istog lica mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu. Zakon ćuti kada je reč o trajanju primene radnje korišćenja prikrivenog istražitelja i informatora.

će sastavljanjem ili prepisom zapisnika bez navođenja ličnih podataka prikrivenog istražitelja i informatora, ili na drugi odgovarajući način, sprečiti da neovlašćena lica, osumnjičeni i njegov branilac, otkriju identitet ovih lica. Zakon nalaže obavezu sudije za prethodni postupak da pismenim nalogom, bez odlaganja, obustavi dalje izvršenje preduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje bile određene. Naredbu o preduzimanju posebnih istražnih radnji izvršavaju policijski organi, dok su preduzeća koja vrše prenos informacija dužna da tužiocu i policijskim organima omoguće sprovođenje radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija.[22]

Članom 238 ZKP-a definiše se status tv. *slučajnih nalaza*. Naime, ne mogu se koristiti kao dokaz informacije i podaci koji su dobijeni preduzimanjem posebnih istražnih radnji ako se ne odnose na krivično delo za čije se otkrivanje i dokazivanje radnje ne mogu preduzeti. Ako su, pak, radnje preduzete bez naloga sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom, sud na pribavljenim podacima ili dokazima ne može da zasnuje svoju odluku (član 239). Najzad, zakonom se precizira i da se tehnički snimci, isprave i predmeti koji su pribavljeni pod uslovima i na način propisan ovim zakonom mogu koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Takođe, prikriveni istražitelj i informator, kao i lica koja su sprovela simulovani otkup predmeta i davanje potkupnine, mogu se saslušati kao svedoci o toku sprovođenja radnji ili drugim važnim okolnostima.

Crna Gora – Parlament Crne Gore je u julu 2009. godine doneo *Zakonik o krivičnom postupku*[23], koji je počeo da se primenjuje u drugoj polovini 2010. godine. Prema njegovim odredbama, specijalne istražne metode su normirane u okviru Glave VII, koja se odnosi na dokazne radnje. Odeljak deveti na kraju glave definiše *Mere tajnog nadzora*, pri čemu član 157 propisuje dve vrste mera tajnog nadzora i različite uslove za njihovu primenu. Tako, ako postoje osnovi sumnje da je neko lice samo ili u saučesništvu sa drugim izvršilo, vrši ili se priprema za vršenje krivičnih dela iz člana 158 ovog zakonika,[24] a na drugi način se ne mogu prikupiti dokazi ili bi njihovo

[22] Nakon prestanka primene posebnih istražnih radnji policijski organi moraju sve informacije, podatke i predmete dobijene preduzetim radnjama, kao i izveštaj o tome, predati tužiocu, koji će pismeni izveštaj o preduzetim radnjama dostaviti sudiji za prethodni postupak. Na osnovu podnetog izveštaja, sudija za prethodni postupak proverava da li je postupljeno po njegovoj naredbi, odnosno da li je bilo eventualnih zloupotreba i nepravilnosti. U slučaju da tužilac odustane od krivičnog gonjenja, odnosno ako informacije i podaci pribavljeni primenom naređenih radnji nisu potrebni za krivični postupak, uništiće se pod nadzorom sudije za prethodni postupak, koji će o tome sastaviti zapisnik. O preduzimanju radnji, razlozima za njihovo preduzimanje, informaciji da dobijeni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pismeno se obaveštava lice protiv koga je neka od posebnih istražnih radnji bila preduzeta. Ono može od suda da zatraži ispitivanje zakonitosti naredbe i načina sprovođenja mere.

[23] Službeni list CG, br. 57/2009.

[24] Reč je o krivičnim delima: 1) za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna; 2) sa elementima organizovanog kriminala; 3) sa elementima korupcije, i to: pranje novca, prouzrokovanje lažnog stečaja, zloupotreba procene, primanje mita, davanje mita, odavanje službene tajne, protivzakonito posredovanje, kao i zloupotreba ovlašćenja u privredi, zloupotreba službenog položaja i prevara u službi za koja je propisana kazna zatvora od osam godina ili teža kazna; 4) otmica, iznuda, ucena, posredovanje u vršenju prostitucije, prikazivanje pornografskog materijala, zelenaštvo,

prikupljanje zahtevalo nesrazmerni rizik ili ugrožavanje života ljudi, prema tim licima mogu se odrediti sledeće mere tajnog nadzora:

1)tajni nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora, odnosno druge komunikacije koja se vrši putem sredstava za tehničku komunikaciju na daljinu, kao i privatnih razgovora koji se obavljaju u privatnim ili javnim prostorijama ili na otvorenom;[25]

2)tajno fotografisanje i vizuelno snimanje u privatnim prostorijama;

3)tajno praćenje i tehničko snimanje lica i predmeta.

Ako, pak, postoje osnovi sumnje da je neko lice samo ili u saučesništvu sa drugim izvršilo, vrši ili se priprema za vršenje krivičnih dela iz člana 158 ovog zakonika, a okolnosti slučaja ukazuju na to da će se sa najmanje povreda prava na privatnost prikupiti dokazi, prema tim licima se mogu odrediti i mere tajnog nadzora:

1) simulirana kupovina predmeta ili lica i simulirano davanje i primanje mita;

2) praćenje prevoza i isporuke predmeta krivičnog dela;

3) snimanje razgovora uz prethodno informisanje i saglasnost jednog od učesnika razgovora;

4) angažovanje prikrivenog islednika i saradnika.[26]

Zakon očigledno razlikuje dve vrste mera tajnog nadzora, pri čemu se obe primenjuju za sprečavanje i suzbijanje istih krivičnih dela. Prvonavedene mere koriste se kada se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi (*ultima ratio*), ili bi njihovo prikupljanje zahtevalo nesrazmerni rizik ili ugrožavanje života ljudi. Drugonavedene mere se primenjuju kada okolnosti slučaja ukazuju na to da će se sa najmanje povreda prava na privatnost prikupiti dokazi. Takođe, prvu grupu mera pisanom naredbom određuje sudija za istragu, na obrazloženi predlog državnog tužioca, dok je nadležnost za određivanje mera iz druge grupe u rukama državnog tužioca, na obrazloženi predlog policije. Izuzetno, ako se pisana naredba ne može izdati na vreme, a postoji opasnost od odlaganja, preduzimanje mera tajnog nadzora može započeti na osnovu usmene naredbe sudije za istragu (mere iz prve grupe), odnosno državnog tužioca (druga grupa mera). U tom slučaju pisana naredba mora da bude pribavljena u roku od 12 sati od izdavanja usmene naredbe.

Kada je reč o vremenu trajanja primene mera, Zakonik propisuje da mere iz prve grupe, kao i mere iz druge grupe, sa izuzetkom simulirane kupovine predmeta ili lica i simuliranog davanja i primanja mita, mogu da traju samo koliko je to neophodno, a najduže četiri meseca, pri čemu se iz opravdanih razloga mogu

---

utaja poreza i doprinosa, krijumčarenje, nedozvoljeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija, napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti, sprečavanje dokazivanja, zločinačko udruživanje, nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija, nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi; 5) protiv bezbjednosti računarskih podataka (član 158 ZKP-a).

[25] Mere iz stava 1 tačka 1 ovog člana mogu se narediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da izvršiocu ili od izvršioca krivičnih dela iz člana 158 ovog zakonika prenosi poruke u vezi sa krivičnim delom, odnosno da se izvršilac služi njihovim priključcima na telefon ili drugim sredstvima za elektronsku komunikaciju.

[26] Zakonom se propisuje da izvršenje ovih mera ne sme da podstrekava na izvršenje krivičnog dela.

produžiti za još tri mjeseca. Predlog za preduzimanje simulovanih radnji može se odnositi samo na jedan simulirani akt, a svaki naredni predlog za preduzimanje ove mere protiv istog lica mora sadržati razloge koji opravdavaju ponovno preduzimanje ove mere.[27]

Zakonik propisuje da će državni tužilac i sudija za istragu, na odgovarajući način (prepisom zapisnika ili službenih zabeleški bez ličnih podataka, izdvajanjem službene zabeleške iz spisa i sl.), sprečiti da neovlašćeno lice, osumnjičeni ili njegov branilac utvrde identitet lica koja su izvršila mere tajnog nadzora, kao i prikrivenog islednika i saradnika. Ako se ova lica trebaju saslušati kao svedoci, sud će postupiti na način kojim ZKP reguliše problematiku zaštićenog svedoka (čl. 120–123).[28]

Član 161 ZKP-a predviđa da, ako je prilikom preduzimanja mera tajnog nadzora postupljeno suprotno odredbama ovog zakonika, naredbi sudije za istragu ili državnog tužioca, sudska odluka se ne može zasnivati na prikupljenim podacima.

Makedonija – Specijalne istražne metode su u *Zakon o krivičnom postupku* Republike Makedonije[29] prvi put uvedene Zakonom o izmenama i dopunama ZKP-a iz 2004. godine, u posebnom odeljku Glave XV (Predistražni postupak) pod nazivom *Posebne istražne mere*. Nakon izmena i dopuna ZKP-a iz 2008. godine ove odredbe su pretrpele izvesne izmene, tako da danas u makedonskom ZKP-u imamo osam specijalnih istražnih mera (*posebni istražni merki*): 1) Praćenje i nadzor komunikacija i ulazak u stan i druge prostorije ili prevozna sredstva u cilju nadzora komunikacija, pod uslovima i na način koji određuje zakon; 2) Uvid i pretraživanje podataka

[27] Uz naredbu za izvršenje mere tajnog nadzora i tehničkog snimanja telefonskih razgovora, odnosno druge komunikacije koja se vrši putem sredstava za tehničku komunikaciju na daljinu, sudija za istragu izdaje poseban nalog u kojem navodi samo telefonski broj ili e-mail adresu i trajanje mere, koji policija predaje poštanskim, drugim privrednim društvima i pravnim licima registrovanim za prenošenje informacija, u postupku izvršenja mere. Oni su dužni da policiji omoguće izvršenje mere, dok su službena i odgovorna lica koja učestvuju u postupku donošenja naredbe i njenog izvršenju dužna da kao tajne čuvaju sve podatke koje su saznali u ovom postupku. Crnogorski ZKP reguliše i pitanje tzv. slučajnih dokaza – tako stav 8 člana 159 propisuje da ako se prilikom primene mera tajnog nadzora zabeleže podaci i obaveštenja koji upućuju i na neko drugo lice za koje postoje osnovi sumnje da je izvršilo krivično delo za koje je određena mera tajnog nadzora ili neko drugo krivično delo, taj deo materijala će se izdvojiti i dostaviti državnom tužiocu, i može se koristiti kao dokaz samo za krivična dela za koja se može odrediti primena mera tajnog nadzora, ne i za druga krivična dela.

[28] **Prema članu 160 Zakonika, mere tajnog nadzora izvršava policija, vodeći računa da se u što manjoj meri narušava privatnost lica na koja se mera ne odnosi. Kada je reč o personalnoj konkretizaciji prikrivenog islednika i saradnika, zakon precizira da ovu ulogu može uzeti ovlašćeni policijski službenik, zaposleni u drugom državnom organu, ovlašćeni policijski službenik druge države ili, izuzetno, ako se mera ne može sprovesti na drugi način, neko drugo lice. Pri tome zakon uvodi i ograničenje, prema kome prikriveni islednik i saradnik ne može biti lice za koje postoji osnovana sumnja da je bio ili je sada pripadnik kriminalne organizacije, odnosno kriminalne grupe ili lice koje je osuđivano za krivična dela organizovanog kriminala. Prikriveni islednik i saradnik može da učestvuje u pravnom saobraćaju koristeći lažne isprave, a pri prikupljanju obaveštenja može da koristi tehnička sredstva za prenos i snimanje zvuka, slike i video zapisa.**

[29] Služben vesnik na R. Makedonija, br. 15/1997, 44/2002, 74/2004 i 83/2008.

smeštenih u kompjuterskim sistemima ili bazama za skladištenje podataka; 3) Tajno osmatranje, praćenje i vizuelno-tonsko snimanje lica i predmeta tehničkim sredstvima; 4) Simulovani otkup predmeta, kao i simulovano davanje i primanje mita; 5) Kontrolisana isporuka i prevoz lica i predmeta; 6) Korišćenje lica sa prikrivenim identitetom za prikupljanje podataka; 7) Simulovano osnivanje bankarske ustanove radi ulaganja u istu sredstava proisteklih iz krivičnog dela; 8) Registrovanje simulovanih pravnih lica ili korišćenje postojećih pravnih lica radi prikupljanja podataka.[30]

Prema članu 142b ZKP-a, sud može da naredi primenu posebnih istražnih mera kada postoje osnovi sumnje da se priprema, da se vrši ili da je izvršeno krivično delo za koje je propisana kazna zatvora od najmanje četiri godine, kao i za krivična dela za koja postoje osnovi sumnje da se pripremaju, da se vrše ili da su izvršena od strane organizovane grupe, bande ili drugog zločinačkog udruženja, u cilju dolaženja do podataka i dokaza neophodnih za uspešno vođenje krivičnog postupka, koji se na drugi način ne mogu obezbediti ili bi njihovo pribavljanje bilo skopčano sa znatnim teškoćama.

Podaci dobijeni primenom specijalnih istražnih mera formalnopravno imaju značaj dokaza (čl. 142v, st.1). U cilju doslednog poštovanja principa neposrednosti i kontradiktornosti pri izvođenju dokaza, zakonodavac je predvideo mogućnost da se lica koja su realizovala mere saslušaju kao zaštićeni svedoci u krivičnom postupku, vezano za sam tok i način njihovog sprovođenja. Specijalne istražne mere se, na osnovu naredbe istražnog sudije ili javnog tužioca, mogu preduzimati i pre započinjanja istrage, da bi nakon njenog otpočinjanja nadležnost za primenu mera bila isključivo u rukama istražnog sudije. U predistražnom postupku, kada je identitet učinioca odnosno osumnjičenog poznat, primenu specijalnih istražnih mera, izuzev nadziranja i praćenja komunikacija, naredbom određuje istražni sudija na predlog javnog tužioca. U slučaju kada učinilac, odnosno osumnjičeni nije poznat, primenu mera, izuzev nadziranja i praćenja komunikacija, nalaže javni tužilac, na pismeni i obrazloženi predlog Ministarstva unutrašnjih poslova (MUP), tj. policije. Naredbu za sprovođenje specijalnih istražnih mera realizuju pripadnici MUP-a, Carinske uprave i Finansijske policije.

ZKP Makedonije sumarno, za sve specijalne istražne mere određuje vreme trajanja primene – mere se određuju na period od četiri meseca, uz mogućnost produženja za još tri meseca. Dalje, zakon predviđa obavezu izuzimanja iz krivičnih spisa dokaza do koji se došlo primenom specijalnih istražnih mera, ukoliko su mere realizovane bez naredbe istražnog sudije ili javnog tužioca, ili protivno odredbama

[30] Zakon propisuje i da se lica koja realizuju posebne istražne mere simulovanog otkupa predmeta i simulovanog primanja i davanja mita, korišćenja lica sa prikrivenim identitetom za prikupljanje podataka, osnivanja simulovane bankarske ustanove ili registrovanja simulovanih pravnih lica, odnosno korišćenja postojećih radi prikupljanja podataka, neće krivično goniti za radnje koje predstavljaju pomaganje za izvršenje krivičnog dela, koje su preduzete u cilju obezbeđivanja podataka i dokaza nužnih za uspešno vođenje krivičnog postupka.

ZKP-a. Propisana je i sadržina naredbe kojom se određuje primena mera,[31] kao i izveštaja koji državnom tužiocu, odnosno istražnom sudiji podnosi organ koji neposredno realizuje mere.[32] U slučaju da javni tužilac, nakon dobijanja izveštaja i celokupne dokumentacije, oceni da nema mesta za krivično gonjenje, materijal dobijen primenom specijalnih istražnih mera će se uništiti, uz prisustvo tužioca i istražnog sudije, o čemu se sastavlja zapisnik

Srbija – U Srbiji je, zajedno sa Crnom Gorom (u sastavu SRJ), sve do 2001. godine važio Zakon o krivičnom postupku SFRJ iz 1976 godine. Donošenjem Zakonika o krivičnom postupku 2001 godine,[33] u krivični postupak je prvi put uvedena jedna specijalna istražna metoda – u pitanju je mera *nadzora i snimanja telefonskih i drugih razgovora i optičkog snimanja lica* (član 232). Kada je reč o ZKP-u iz 2001. godine, treba istaći da u njemu specijalne istražne metode, sve do izmena i dopuna iz 2009. godine nisu bile normirane na jednom mestu, niti, kako bi to sa stanovišta pravne tehnike bilo celishodno, u okviru posebne glave. Ipak, to je i razumljivo, s obzirom na vreme kada je donet osnovni tekst Zakonika i njegove kasnije izmene i dopune.

Do svojih prvih promena Zakonik je u okviru odredbi koje se tiču krivične prijave i ovlašćenja organa pretkrivičnog postupka (glava VIII), regulisao samo pomenutu meru iz člana 232. Izmenama i dopunama iz decembra 2002. godine, u okviru posebnih odredbi za krivična dela organizovanog kriminala, članom 504lj predvidjeno je pružanje simulovanih poslovnih usluga, sklapanje simulovanih pravnih poslova i angažovanje prikrivenih islednika. Članom 504o predviđena je mera kontrolisane isporuke. *Zakonik o krivičnom postupku* iz 2006 godine[34] je na drugačiji, i moglo bi se reći logičniji i racionalniji pravno-tehnički način, propisao konkretne specijalne istražne metode, kao i uslove njihove primene. Ovaj zakon je uveo izraz *Posebne dokazne radnje* i normirao ih u okviru istoimene glave (Glava VIII ZKP-a). Reč je o sledećim posebnim dokaznim radnjama: 1) tajni zvučni i optički nadzor osumnjičenog (član 146 i 147), pružanje simulovanih poslovnih usluga i sklapanje simulovanih pravnih poslova (član 148, 149 i 150), angažovanje prikrivenog islednika (član 151, 152 i 153), kontrolisana isporuka (član 154), automatsko računarsko pretraživanje ličnih i drugih podataka (član 155), i na kraju, saslušanje svedoka saradnika (čl. 156 – 164).

---

[31] Naredba sadrži podatke o licu protiv koga se primenjuju posebne istražne mere (kada je ono poznato), osnove sumnje za krivično delo, činjenice iz kojih proizilazi primena mera, kao i način, obim i vreme njihove primene.

[32] Prema ZKP-u izveštaj treba da sadrži vreme početka i vreme prestanka primene posebnih istražnih mera, broj i opis radnji službenih lica koja su realizovala posebne istražne mere, vrstu i broj tehničkih sredstava koja su korišćena, broj i identitet lica obuhvaćenih primenom mera, krivična dela čije je eventualno izvršenje sprečeno primenom posebnih istražnih mera i, na kraju, kratak zaključak koja je posebna mera doprinela ostvarenju cilja radi kojeg je primena mera i određena, ili da taj cilj nije ostvaren.

[33] Službeni list SRJ, br. 70/2001, 68/2002 i Službeni glasnik RS, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009 i 72/2009.

[34] Službeni glasnik RS, br. 46/06, 49/2007 i 122/2008.

Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku (2001) iz 2009. godine[35] zamenio je sam naziv glave XXIX-a i njenu sadržinu, tako da ona sada glasi *Posebne odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela*. Između ostalog, u ovoj glavi su propisane dve vrste mera, i to: 1) Mere organa gonjenja za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela iz člana 504a ovog zakonika, i 2) Posebne mere organa gonjenja za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela iz člana 504a stav 3. ovog zakonika. U prvu grupu mera spadaju nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora ili komunikacija (čl. 504e-504z), pružanje simulovanih pravnih usluga i sklapanje simulovanih pravnih poslova (čl. 504i-504k), kontrolisana isporuka (čl. 504l) i automatsko računarsko pretraživanje ličnih i drugih sa njima povezanih podataka (čl. 504lj). U drugu grupu mera spadaju prikriveni islednik (čl. 504m-504nj) i svedok saradnik (čl. 504o-504ć).[36] Podela koju uvodi ZKP na dve, prethodno navedene kategorije mera, uvedena je iz razloga što zakon predviđa da se mere iz prve grupe mogu primenjivati za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela navedenih u članu 504a, i to organizovanog kriminala, korupcije i drugih izuzetno teških krivičnih dela, dok se prikriveni islednik i svedok saradnik mogu koristiti samo za krivična dela organizovanog kriminala, odnosno na osnovu odredbi stava 7 i 8 člana 504a i za druga krivična dela.

ZKP usvaja princip prema kojem svaku meru, odnosno posebnu meru, samostalno normira i uređuje proceduru i uslove njene primene. Nadležnost za primenu svih mera iz glave XIX-a je *u rukama* istražnog sudije, koji to čini na predlog javnog tužioca, sa izuzetkom mere kontrolisane isporuke, koju određuje javni tužilac.[37] To i ne treba posebno da čudi ako se ima u vidu da srpski ZKP propisuje sudski koncept istrage.

Opšti standardi primene specijalnih istražnih metoda u krivičnim postupcima zemalja ex Jugoslavije – kratak prikaz

S obzirom na činjenicu da se specijalnim istražnim merama i radnjama često duboko zadire u zonu zaštićenih i garantovanih sloboda i prava građana, to njihova primena mora da bude precizno podvedena pod pravne norme i u skladu sa određenim načelima. Tako se u rezoluciji donetoj od strane Međunarodnog udruženja za krivično pravo, na njegovom XVI kongresu održanom 1999 godine,[38] kao i u Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope o specijalnim istražnim tehnikama iz

[35] Službeni glasnik RS, br. 72/2009.

[36] Svedok saradnik se samo uslovno može podvesti pod pojam specijalnih istražnih radnji, i to shvaćenih u širem smislu, kao što smo i naveli u prethodnom delu rada.

[37] Više u Zakoniku o krivičnom postupku.

[38] Résolutions adoptées lors du XVIème Congrès International de Droit Pénal, Le XVIème Congrès international de droit pénal s'est tenu à Budapest (Hongrie) du 5 au 11 septembre 1999. Il avait pour thème: "Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé"; Internet: http://www.penal.org/test/pdf/ridp-p99-34-11.pdf

2005 godine[39], ističe da se rezultati, odnosno saznanja (činjenice) do kojih se dolazi primenom specijalnih istražnih radnji mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku samo ukoliko su ove radnje preduzete u skladu sa načelima legaliteta, supsidijariteta, srazmernosti i sudskog nadzora.

Može se reći da su u zakonima o krivičnim postupcima zemalja bivše Jugoslavije, pri normiranju specijalnih istražnih metoda, uvaženi standardi i načela koji se zahtevaju u većini drugih zemalja, i koji u stvari predstavljaju njihove opšte, univerzalne principe primene.

Ako se uzmu u obzir sadržina specijalnih istražnih metoda i međunarodna akta kojima se štite čovekove slobode i prava (posebno pravo na intimu, nepovredivost tajnosti komuniciranja i sl.),[40] sasvim je nesporan i opravdan stav da se ove metode mogu primenjivati samo na osnovu zakona, odnosno uz uvažavanje činjenice da je zakon ekskluzivni akt koji propisuje njihovu primenu u demokratskim društvima. To nikako ne znači da država, čak i na osnovu zakona, može neograničeno da podvrgava svoje građane njihovoj primeni. Bez obzira na to o kojoj meri ovog karaktera da je reč nužno je da se, pored ostalog, obezbede čvrsti mehanizmi kontrole i nadzora postupka i vremena primene, pre svega od strane sudskih organa. Time se, između ostalog, garantuje poštovanje načela zakonitosti. U prethodnim izlaganjima smo se uverili da su specijalne istražne metode u svim navedenim zemljama bivše SFRJ propisane pravnim aktom koji ima rang zakona, odnosno u zakonu koji uređuje krivični postupak, a ne, kao što je bio slučaj u bivšoj SFRJ, podzakonskim aktima tipa pravila ili instrukcija.

Primena specijalnih istražnih metoda u krivičnom postupku zahteva i poštovanje načela supsidijarnosti, tj. da njihova aplikacija dolazi u obzir samo kada se drugim, obično *blažim* merama ne može ostvariti željeni cilj – sprečavanje, otkrivanje i dokazivanje određenih krivičnih dela. U tom smislu specijalne istražne metode su krajnje sredstvo, odnosno garantij da će država i pravosudni organi biti jači od organizovanog kriminala, terorizma i drugih, izuzetno teških i složenih krivičnih dela. I zaista, u svim zakonima o krivičnim postupku čije smo odredbe analizirali, eksplicitno se zahteva poštovanje ovog načela u primeni specijalnih istražnih metoda.

U bliskoj vezi sa načelom supsidijarnosti nalazi se načelo srazmernosti, koje zahteva postojanje približnog *egala*, odnosno jednakosti između povreda sloboda i prava građana uzrokovanih primenom specijalnih istražnih metoda i težine krivičnih dela u čijem otkrivanju i dokazivanju se one primenjuju. Obim krivičnih dela za čije se otkrivanje i dokazivanje ove tehnike mogu primeniti ne sme, sa jedne strane, biti previše uzak (u kom slučaju bi njihovom udaru izmakla ona krivična dela koja, s obzirom na njihovu fenomenologiju, upravo izuskuju primenu ovih istražnih metoda),

[39] Recommendation Rec(2005)10 of the Committee of Ministers to member states on "special investigation techniques" in relation to serious crimes including acts of terrorism, Adopted by the Committee of Ministers on 20 April 2005 at the 924th meeting of the Ministers' Deputies;
Internet:https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849269&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75

[40] Pre svega, reč je o Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava iz 1950. godine, kao i o Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine.

ali s druge strane ni previše širok, budući da bi se u tom slučaju ove tehnike izjednačile sa opštim, tradicionalnim metodama prikupljanja dokaza. Rečju, primena posebnih istražnih metoda treba da se odnosi na inkriminacije kod kojih je prikupljanje dokaza na tradicionalan način nemoguće, ili u najmanju ruku skopčano sa nizom teškoća. Kada je reč o ovom načelu, naš utisak je da se u zakonima o krivičnom postupku pojedinih zemalja bivše SFRJ ono najmanje poštuje u odnosu na ostala tri, prethodno navedena načela (npr. u ZKP-u Makedonije ili Slovenije), odnosno da je krug krivičnih dela za čije otkrivanje i dokazivanje se specijalne istražne metode mogu primeniti određen prilično široko. U početku, pri uvođenju posebnih istražnih metoda u krivični postupak, katalog krivičnih dela je bio prilično kraći nego danas, i uglavnom je obuhvatao organizovani kriminal, krivična dela protiv ustavnog uređenja države i inkriminacije usmerene protiv dobara zaštićenih međunarodnim pravom.[41]

Kada je reč o načelu sudskog nadzora u primeni specijalnih istražnih metoda, treba ukazati na činjenicu da tužilac sve više postaje ovlašćeni organ koji nalaže njihovu aplikaciju, u skladu sa tendencijom uvođenja tužilačkog koncepta istrage u savremena krivičnih zakonodavstava, uključujući i zemlje bivše SFRJ. I pored toga, sud u bilo kom organizacionom obliku ostaje nezamenljiv subjekt koji kontroliše zakonitost primene specijalnih istražnih metoda. Ovo posebno u slučajevima njihove preventivne primene, što se može videti i u rešenjima koja sadrže analizirani zakoni o krivičnom postupku.

Posebno je značajno pitanje primene specijalnih istražnih metoda u preventivne svrhe, radi dolaženja do saznanja o planiranju ili pripremanju izvršenja određenih zločina. Iako se proaktivna (preventivna) upotreba tako složenih i osetljivih istražnih metoda, posebno sa stanovišta povrede ljudskih prava, može podvrći ozbiljnoj kritici, tendencija je da ona ipak bude zastupljena u praktičnom radu policije i organa pravosuđa. Tako se u *Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope* iz 2005. godine naglašava da specijalne istražne tehnike treba koristiti kako u onim slučajevima kada postoji dovoljan razlog da se veruje da je učinjen težak zločin, tako i kada se priprema njegovo izvršenje, od strane određenih osoba ili još uvek neidentifikovanih lica ili grupa. U velikom broju evropskih država i SAD-u se već duže vreme, u cilju efikasnijeg suprotstavljanja određenim vrstama kriminala, neke specijalne istražne metode, kao i druge dokazne i operativno-taktičke mere i radnje, mogu primenjivati i pre izvršenja konkretnih krivičnih dela (lt. *ante delictum*), radi njihovog sprečavanja. Očigledno je da većina zakona o krivičnom postupku zemalja bivše SFRJ propisuje mogućnost primene specijalnih istražnih metoda ne samo kada se vrši, ili kada je izvršeno određeno krivično delo, nego i kada se ono priprema, što je zasigurno dobro rešenje.

[41] Čini nam se da se prilično jasno nazire tendencija što šire primene specijalnih istražnih metoda u krivičnom postupku, tako da će načelo supsidijarnosti ubuduće sve više gubiti na značaju, u smislu da zakon njihovu primenu neće vezivati samo za određena, teška krivična dela. Ipak, svakako se mora poštovati minuciozna zakonska regulativa uslova primene ovih istražnih tehnika.

Zaključna razmatranja

Sa sigurnošću se može reći da se danas ne osporava opravdanost postojanja i primene specijalnih istražnih metoda u suprotstavljanju savremenim složenim, perfidnim i izuzetno opasnim kriminalnim formama. Naprotiv, sa pojačanom frekventnošću i intenzitetom terorističkih napada u svetu, kao i sa eskalacijom raznih oblika organizovanog kriminala i korupcije, evidentno je širenje upotrebe ovakvih istražnih tehnika u praksi, odnosno zahteva za njihovim uvođenjem u krivičnu proceduru. Dobar primer su aktivnosti koje je preduzela britanska vlada, kao i Evropska unija uopšte, nakon terorističkih napada u Londonu, u drugoj polovini 2005 godine.[42] Takođe, Rezolucija koja je doneta na XVII Kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo u Pekingu 2005. godine[43] propisuje da nacionalni zakoni treba da predvide odgovarajuće metode za istragu korupcije i drugih teških krivičnih dela, koje u najozbiljnijim slučajevima obuhvataju tajne istrage i prisluškivanje razgovora.

Očigledno je da su specijalne metode „najdoraslije“ savremenom zločinu, njegovim karakteristikama, perfidnosti i sofisticiranosti. Njima je moguće obezbediti dokaze i u krivičnim stvarima koje su posebno kompleksne, kada su tradicionalne istražne tehnike „nemoćne“, efikasnost istražnih organa dovedena u pitanje, kada je neophodno redukovati vreme potrebno za obezbeđenje valjanih i podobnih dokaza i kada su za to neophodne informacije (obaveštenja, saznanja) do kojih se dolazi primenom raznih vidova elektronskog monitoringa, tajnih agenata, kontrolisanih isporuka, iskaza svedoka-saradnika i drugih metoda.

Sve zemlje koje su do pre gotovo dve decenije činile veliku i moćnu SFRJ, u svojim nacionalnim zakonodavstvima, odnosno zakonima o krivičnom postupku, predvidele su tzv. specijalne istražne metode i propisale procedure njihove primene. One i formalnopravno imaju značaj dokaznih radnji koje se koriste u otkrivanju i dokazivanju izvršenih, ali i sprečavanju planiranih, teških krivičnih dela, u slučajevima kada se drugim (*blažim*) merama i radnjama ne može postići uspeh.

Utisak je da se zadovoljavajuća zakonska regulativa u ovoj oblasti još uvek traži, na šta ukazuju česte izmene zakona o krivičnoj proceduri. To i ne treba posebno da čudi ako se ima u vidu da se ovim istražnim radnjama duboko zadire u sferu garantovanih sloboda i prava građana. Ipak, njihova aplikacija je nužna i zahteva je postojanje takvih krivičnih dela i složenih kriminalnih formi čije sprečavanje i suzbijanje bez primene ovih radnji nije moguće. Zato se može reći da se kroz prizmu specijalnih istražnih metoda danas najjasnije odslikava vekovna konfrontacija dva sukobljena zahteva krivičnog postupka – da bude što efikasniji, odnosno da omogući maksimalno poštovanje univerzalnih sloboda i prava građana.

---

[42] Bejatović S.: Krivičnoprocesna pitanja novih metoda otkrivanja i istrage krivičnih dela organizovanog kriminaliteta, Organizovani kriminalitet - stanje i mere zaštite, Beograd, 2005, str. 73.

[43] Tekst Rezolucije je kod nas objavljen u Reviji za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1, 2005, str. 220–238.

Assistant professor, Darko Marinković, PhD
Assistant professor, Saša Mijalković, PhD
Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, Republic of Serbia

SPECIAL INVESTIGATION METHODS WITHIN CRIMINAL PROCEDURES OF THE COUNTRIES OF FORMER YUGOSLAVIA – COMPARATIVE ANALYSIS

Summary

Special investigation methods nowadays represent evidence procedures that are most suitable to cope with contemporary crimes, their characteristics, perfidy and sophistication. The experiences of many countries have constituted the rule that in cases of particularly serious crimes it is necessary to use the data provided using various forms of electronic surveillance, secret agents, controlled deliveries, testimonies of cooperating witnesses and other methods in order to increase the efficiency of investigating bodies and to reduce the time required to provide evidence.

All countries that used to constitute the Socialist Federative Republic of Yugoslavia two decades ago prescribe special investigation methods and the procedures of their application in their national legislations today. In these countries they are considered important as evidence procedures which are used both to detect and prove the crimes that have been committed as well as to prevent the planned serious crimes, in cases when other measures and activities fail to yield success. It is the impression that the satisfactory legal regulations in this field have not yet been found, which is suggested by frequent amendments to laws on criminal proceedings in all countries mentioned in the paper within the context of regulations related to special investigation methods. This is not particularly surprising if we bear in mind that these investigation activities invade deeply into the sphere of guaranteed freedoms and rights of citizens.

Key words: special investigation methods, law on criminal proceedings, legislations of former SFRY countries, principles of special investigation methods application, organized crime, evidence procedures

Anđelka Plavšić - Nešić
dipl. pravnik, Beograd

ORGANIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI I CRNOJ GORI

Apstrakt

U procesu promena, reforme i modernizacije upravnog sistema i jačanja kapaciteta organa državne uprave u zemljama u tranziciji Zapadnog Balkana, poseban značaj i aktuelnost ima organizacija državne uprave u Republici Srbiji i Crnoj Gori. Organizacija državne uprave je strateški, sistemski, komplementarni i integralni deo i element depolitizovane, profesionalne, efikasne i efektivne državne uprave. U tom smislu, u okviru organizacije državne uprave u Republici Srbiji i Crnoj Gori, razmatraju se relevantna pitanja koja se odnose na pravni osnov, organizacionu strukturu, tj. oblike, vrste i broj organa državne uprave i njihovo unutrašnje uređenje - organizaciju, a na osnovu iznetih aspekata postojeće organizacije državne uprave u ovim državama, daju se određene konstatacije.

Ključne reči: Državna uprava. Upravna reforma. Organizacija državne uprave. Pravni osnov. Organi državne uprave. Unutrašnje uređenje organa. Republika Srbija. Crna Gora.

„ Ni jedan značajan društveni poduhvat ne može da se ostvari ako nije prikladno organizovan, ako ne postoje (...), pre svega, odgovarajući oblici organizacionog povezivanja.“
D. Kavran (Nauka o upravljanju)

Moderna i efikasna državna uprava treba da se, na osnovu načela pravne države i vladavine prava, naročito zasniva na strategiji reforme, depolitizaciji, racionalizaciji, profesionalizaciji, novom javnom menadžmentu, e-upravi i standardima i pravu Evropske unije. Implementacija strategije reforme državne uprave u zemljama u tranziciji je složen i dugoročan proces, koji predstavlja sistemsko, normativno, funkcionalno, organizaciono i kadrovsko unapređenje i razvoj upravnog sistema. Zato, u okviru upravljanja promenama, reforme i modernizacije državne uprave i procesa jačanja sistema i kapaciteta organa državne uprave, poseban značaj i aktuelnost ima organizacija državne uprave, naročito u državama Zapadnog Balkana, jer predstavlja strateški, sistemski, integralni i komplementarni segment

racionalne, efikasne i efektivne državne uprave. Zbog važnosti organizacionog aspekta za funkcionisanje i delovanje depolitizovanog i profesionalnog upravnog sistema, posebno su značajni osnovni elementi organizacije državne uprave u Republici Srbiji i Crnoj Gori, kao bivšim republikama, odnosno državama članicama Savezne Republike Jugoslavije (SRJ) i državne zajednice Srbija i Crna Gora (DZ SCG).

1. ORGANIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE

Pojam uprave[1], koji je veoma složen, može se odrediti u teorijskom i pozitivnopravnom smislu, koji se ponekad poklapaju. Savremeni teorijski pojam uprave, sa sistemskog stanovišta, podrazumeva upravu kao složeni i dinamični upravni sistem socijalne regulacije države i uprave i njihove uloge u ostvarivanju opšteg interesa i društvene dobrobiti (bono publico), koji je, kao osnovni društveni proces, bitan osnov i pretpostavka opšteg društvenog razvoja u svim oblastima državnog delovanja. U cilju utvrđivanja opšte koncepcije uprave, može se odrediti: 1) savremeni teorijski pojam uprave u funkcionalnom smislu, odnosno pojam upravne delatnosti, upravne funkcije (upravna delatnost obuhvata vršenje javnih službi kao ukupnost autoritarnih i neautoritarnih aktivnosti, kojima država neposredno ostvaruje svoje socijalne ciljeve) i 2) savremeni teorijski pojam uprave u organizacionom smislu, odnosno pojam upravnog organa, upravne organizacije (obavljanje upravnih aktivnosti dobija svoj institucionalni i organizacioni okvir obrazovanjem upravne organizacije, čiji je osnovni cilj vršenje upravne delatnosti). S drugog aspekta, pozitivnopravni pojam uprave polazi od pozitivnih propisa, koji su značajni za praktičnu primenu određenih pravnih normi o organizaciji i radu uprave. Tako i pozitivnopravni pojam uprave može biti u: 1) funkcionalnom smislu, koji podrazumeva utvrđivanje konkretnih poslova uprave i 2) u organizacionom smislu, koji se odnosi na utvrđivanje određenih vrsta i oblika upravnih organa.

Organizaciju uprave, pored upravnog prava, naročito proučavaju javna uprava (public administration), nauka o upravljanju (science administratif), javni menadžment (public management) i vođenje javnih poslova (public policy), kao srodne, specijalizovane upravne discipline.

"U organizacionom smislu, javna uprava obuhvata: a) državnu upravu, tj. organe uprave (npr. ministravstva i uprave) i upravne organizacije (npr. zavodi, direkcije, agencije), čija je osnovna delatnost obavljanje upravnih poslova, a koji se nalaze u okvirima formalne državne strukture i b) nedržavnu upravu, tj. organizacije kojima upravni poslovi nisu osnovna delatnost, ali koji upravnu delatnost mogu obavljati na osnovu povernih javnih ovlašćenja (npr. javne agencije i javne ustanove), a koje se ne nalaze u okvirima formalne organizacione strukture države."[2]

Tako pojam "državna uprava u organizacionom smislu obuhvata: a) organe uprave i b) upravne organizacije, kao osnovne organizacione oblike u okviru državne

[1] Videti više: Lilić, S., Upravno pravo-upravno procesno pravo, JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 33-96

[2] Op. cit. str. 200

strukture, kojima je obavljanje upravnih i stručnih poslova osnovna delatnost."[3] Znači, "u organizacionom smislu, uprava se javlja kao složena upravna organizacija sastavljena od brojnih i raznovrsnih organa i organizacionih oblika, koji uspostavljaju međusobnu komunikaciju na osnovu unapred utvrđenih pravila i propisa",[4] a u cilju vršenja upravne delatnosti.

S druge strane, "nedržavna uprava u organizacionom smislu obuhvata raznovrsne nedržavne organizacije, kao što su javne agencije (npr. Agencija za privatizaciju), javne ustanove (npr. škole i bolnice) i javna preduzeća (npr. javno preduzeće za komunalne usluge), kojima obavljanje upravnih poslova nije osnovna delatnost, ali koje na osnovu posebno povernih javnih ovlašćenja mogu biti zakonom ovlašćene da obavljaju pojedine upravne poslove." [5]

Danas se za određivanje teorijskog pojma uprave u organizacionom smislu uglavnom koristi izraz javna uprava, a izraz državna uprava je karakterističan za gledišta koja organizacioni pojam uprave određuju kao organski pojam uprave, koji obuhvata samo organe državne uprave kao vršioce upravne vlasti. U anglosaksonskoj, francuskoj i nemačkoj stručnoj literaturi upotrebljava se izraz javna uprava, odnosno javna administracija. U tim državama javna uprava ili javna administracija obuhvata stručni deo državne upravne organizacije i razlikuje se od tzv. poslovne uprave privrednih korporacija i nedržavnih vršilaca usluga.

"Za razliku od upravnog prava, javna uprava kao naučna disciplina i oblast praktične analize može se razvijenije definisati kao povezano istraživanje ciljnih, pravnih, organizacionih, funkcionalnih, komunikacionih i drugih obeležja javne uprave kao sistema organa i organizacija.(...) U teorijskom smislu predstavlja složeno jedinstvo teorije, pravnih normi koje počivaju na demokratskim vrednostima, organizacionih i funkcionalnih instrumenata, upravnih postupaka i procedura."[6] Pojam javna uprava obuhvata "sistem organa, organizacija, tela i međusobni skup nadležnosti, poslova i zadataka, specifično povezan i vođen sa ciljem primene pravnih normi, organizacionih instrumenata, metoda upravljanja, procesa i procedura, radi ispunjenja mandata izabrane vlasti, skupštine i njene vlade. Njene osnovne funkcije su uslužna, regulativna, organizatorska i izvršna." [7] Osim toga, "javna uprava se često temelji na pravnom sistemu, kojim se zaštićuje skup vrednosti, specifičnih instrumenata, procedura i procesa. Ali, javna uprava predstavlja i poslove i zadatke kod kojih je neophodna inicijativa i kreativnost svih koji u sve složenijim aktivnostima učestvuju. Hijerarhijsko načelo, subordinacija ustupaju pred saradnjom, timskim radom, principima transformisanog vođstva (transformational leadership), jer specijalistička znanja zahtevaju sve veću autonomnost onih koji rade.[8]

---

[3] Ibid.
[4] Ibid. str. 62
[5] Ibid. str. 201
[6] Kavran, D., Javna uprava (reforma - trening - efikasnost), Savet za reformu državne uprave Vlade Republike Srbije i dr., Beograd, 2003, str. 58 i 56
[7] Op. cit. str. 62
[8] Ibid. str. 60

Javna uprava je relativno novi koncept u tranzicionom okruženju. (...). Za razliku od koncepta autoritarne, inertne, statične i nemaštovite državne mašinerije, nasleđene iz perioda realnog socijalizma, moderna javna uprava danas postaje dinamičan servis građana i privrede. Zbog toga postaje specifična mešavina sve tri grane vlasti savremene države: zakonodavne, izvršne i sudske sa dominacijom izvršne vlasti u okviru koje se razvija upravna delatnost. Priroda delatnosti zahteva političku samostalnost svake od tri vlasti i istovremeno njihovo funkcionalno povezivanje u procesu pružanja usluga korisnicima.(...) Javna uprava je, dakle, podloga i osnova, centralni deo izvršne vlasti. Usmerena je na vršenje usluga javnog sektora, primenu zakona na pravna, administrativna i menadžerska pitanja. Efikasnost i efektivnost su ključna obeležja javne uprave, ne samo u direktnoj primeni zakona već i u celokupnom radu.“[9]

Pored navedenog, potrebno je istaći da u pravnoj doktrini i praksi nisu uvek usklađeni teorijski i pozitivnopravni pojam uprave u organizacionom smislu. Naime, pod državnom upravom, pored organizacionog aspekta (organi državne uprave) podrazumevaju se i poslovi državne uprave, odnosno poslovi koji ti organi obavljaju (državna uprava u funkcionalnom smislu). To je posledica pozitivnog zakonodavstva u oblasti državne uprave, odnosno njene organizacije u Republici Srbiji i Crnoj Gori.[10]

Bitno je, takođe, nagllasiti da se ”pod položajem i ulogom uprave uopšte podrazumeva mesto uprave u političkom i ustavnom sistemu, dok se pod ulogom uprave uopšte podrazumeva ukupnost osnovnih zadataka i poslova koje uprava obavlja i koji, pre svega, proističu iz ustava i zakona.“[11] S tim u vezi, u okviru razmatranja organizacije državne uprave u Republici Srbiji i Crnoj Gori, posebno je značajno pitanje položaja i uloge uprave u odnosu na prethodni period posle prestanka bivše SFRJ 1991. godine, koji je bio zasnovan na principu jedinstva vlasti i skupštinskog sistema. S obzirom na nastale promene, pravni položaj i uloga državne uprave postavljeni su na osnovu principa podele vlasti, parlamentarizma i političkog pluralizma. Znači, i u ulozi i organizaciji državne uprave je došlo do značajnijih promena, posebno posle prestanka SRJ, a 2006. godine i DZ SCG.[12] Zato su neki poslovi preneti u nadležnost državne uprave Republike Srbije, dok su drugi na odgovarajući način izostavljeni, prošireni, preformulisani ili pregrupisani, odnosno stvoreni su novi zakonodavni okviri i pojedini organi državne uprave/državni organi i institucije u Republici Srbiji, kao državi sledbeniku i Crnoj Gori, kao osamostaljenoj državi, koji su bili u nadležnosti SRJ/DZ SCG .

---

[9] Ibid. str. 56

[10] Videti čl. 12. do 21. Zakona o državnoj upravi (“Sl. glasnik RS”, br. 79/05 i 101/07) i čl. 11. do 23. Zakona o državnoj upravi (“Sl. list RCG”, br. 38/03 i “Sl. list CG”, br 22/08)

[11] Op. cit. Lilić, S., str. 202

[12] Videti: Plavšić-Nešić, A., Institucije državne zajednice Srbija i Crna Gora, Pravna riječ, br. 4/05, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2005. i Organizacija uprave državne zajednice Srbija i Crna Gora, zbornik - Budvanski pravnički dani, Savez Udruženja pravnika Srbije i Udruženja pravnika Crne Gore, Beograd, 2005.

2. ORGANIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI

2.1. PRAVNI OSNOV

Organizacija i rad državne uprave u Republici Srbiji[13] uređeni su pravnim normama datim u Ustavu, zakonima i drugim propisima, kojima se, pored ostalog, uređuju i položaj, uloga, i poslovi državne uprave, kao i druga relevantna pitanja od značaja za organizacionu strukturu upravnog sistema i obavljanje upravne delatnosti (načela delovanja, organizacioni oblici, unutrašnja organizaciona i kadrovska struktura, odnosi sa drugim državnim organima, građanima, drugim nedržanim subjektima i javnošću, ovlašćenja rukovodilaca, akta koja se donose, sredstva rada, finansiranje i dr.). Pravni osnov za organizaciju i funkcionisanje državne uprave, odnosno organa državne uprave su: 1) Ustav Republike Srbije[14], 2) Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji sa Akcionim planom za sprovođenje reforme državne uprave za period od 2004. do 2008. godine i Akcioni plan za sprovođenje reforme za period od 2009. do 2012. godine,[15] 3) Zakon o Vladi,[16] 4) Zakon o državnoj upravi, 5) Zakon o ministarstvima,[17] 6) Uredba o Generalnom sekretarijatu Vlade,[18] 7) Uredba o službama Vlade[19], 8) Uredba o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade,[20] 9) Uredba o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika,[21] 10) Uredba o razvrstavanju radnih mesta nameštenika,[22] 11) Uredba o načelima i kriterijumima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u Ministarstvu odbrane,[23] 12) Uredba o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u Ministarstvu spoljnih poslova [24] i 13) Uredba o načeliam za unutrašnje uređenje u Ministarstvu unutrašnjih poslova.[25]

U članu 1. Ustava Republike Srbije, propisano je da je Republika Srbija, između ostalog, i država zasnovana na vladavini prava i socijalnoj pravdi, tako da državna uprava, treba da, u okviru socijalne funkcije, kao javna služba bude

---

[13] Videti: Plavšić-Nešić, A., Organizacija državne uprave u Republici Srbiji, Pravni informator, br. 9/09, Intermeks, Beograd, 2009.

[14] "Sl. glasnik RS", br. 98/06

[15] "Sl. glasnik RS", br. 113/04; http://www.drzavnauprava.gov.rs i http://srbija.gov.rs/dokument/strategija

[16] Zakon o Vladi ("Sl. glasnik RS", br. 55/05, 71/05, 101/07 i 65/08) predstavlja razradu ustavnih regula o ovom državnom organu i prethodio je hronološki i tematski drugim zakonima o izvršnoj vlasti, odnosno državnoj upravi.

[17] "Sl glasnik RS", br. 65/08 i 36/09

[18] "Sl. glasnik RS", br. 75/05, 71/08 i 109/08

[19] "Sl. glasnik RS", br. 75/05

[20] "Sl. glasnik RS", br. 81/07-prečišćen tekst i 69/08

[21] "Sl. glasnik RS", br. 117/05, 118/08 i 109/09

[22] "Sl. glasnik RS", br. 5/06 i 30/06

[23] "Sl. glasnik RS", br. 106/08

[24] "Sl. glasnik RS", br. 68/09

[25] "Sl. glasnik RS", br. 8/06 i 14/09

transparentan servis za pružanje usluga građanima. Ustav sadrži organski pojam državnih funkcija i, polazeći od podele državne vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, čiji se odnos zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli (član 4. st. 2. i 3.), ne određuje njihovu pojedinačnu sadržinu već nosioce sve tri vlasti. Odeljci 3. i 4. Petog dela Ustava – Uređenje vlasti odnose se na Vladu[26] i državnu upravu, odnosno položaj državne uprave i poveravanje javnih ovlašćenja i javne službe. Članom 122. Ustava je utvrđeno da je Vlada nosilac izvršne vlasti u Republici Srbiji. Pored ostalog, nadležnost Vlade, propisana članom 123. tačka 5), je i usmeravanje i usklađivanje rada organa državne uprave i vršenje nadzora nad njihovim radom, a Vlada je, saglasno članu 124, odgovorna Narodnoj skupštini za politiku Republike Srbije, izvršavanje zakona i drugih opštih akata Narodne skupštine i rad organa državne uprave. Vladu čine predsednik, jedan ili više potpredsednika[27] i ministri, a ministri su za svoj rad i za stanje u oblasti iz delokruga ministrstva odgovorni predsedniku Vlade, Vladi i Narodnoj skupštini (član 125. st. 1. i 3.).

Na osnovu odredbi člana 136. Ustava, u Odeljku 4 - Državna uprava, uređuje se položaj državne uprave, na sledeći način: 1) državna uprava je samostalna, vezana Ustavom i zakonom, a za svoj rad je odgovorna Vladi, 2) poslove državne uprave obavljaju ministarstva i drugi organi državne uprave određeni zakonom, 3) poslovi državne uprave i broj ministarstava određuju se zakonom i 4) unutrašnje uređenje ministarstava i drugih organa državne uprave i organizaciju propisuje Vlada. Ministarstva su jedini Ustavom predviđeni organizacioni oblik za vršenje poslova državne uprave, s tim što Ustav dopušta da se zakonom mogu utvrditi i drugi organi državne uprave. Član 137. istog odeljka Ustava se odnosi na poveravanje javnih ovlašćenja i javne službe.

Prvi korak u procesu reforme državne uprave predstavljali su Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji sa Akcionim planom za sprovođenje reforme državne uprave za period od 2004. do 2008. godine, koju je Vlada donela u novembru 2004. godine i obrazovanje Saveta za reformu državne uprave, kao centralnog strateškog tela Vlade za tu oblast.[28] Ovim dokumentom, zasnovanim na analizi postojećeg stanja, uz sagledavanje uporednopravnih iskustava i prihvatanje principa i standarda Evropskog administrativnog okvira (European Administrative Space),[29] postavljeni su: 1) osnovni strateški pravci i principi, koji će biti trajna

---

[26] Videti više: Marković, R., Ustavno pravo i političke institucije, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd, 2009.

[27] Međutim, član 13a Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Vladi ("Sl. glasnik RS", br. 65/08) nije u saglasnosti sa stavom 1. člana 125. Ustava Republike Srbije, jer propisuje da predsednik Vlade određuje jednog potpredsednika Vlade za prvog potpredsednika Vlade - zamenika predsednika Vlade, koji ga zamenjuje za vreme odsutnosti ili sprečenosti sa svim ovlašćenjima predsednika Vlade, izuzev ovlašćenja na predlaganje izbora ili razrešenja člana Vlade.

[28] Odluka o obrazovanju Saveta za reformu državnu upravu ("Sl. glasnik RS", br. 73/04)

[29] Videti više: Funkcionalna analiza - ponovna izgradnja strukture države: metodi i postupci, priredio Kavran, D., Program za razvoj Ujedinjenih nacija i Savet za državnu upravu, Beograd, 2001; Izazovi reforme - dijagnostička studija organa državne uprave Republike Srbije (preporuke grupe eksperata Kraljevine Norveške), Agencija za unapređenje državne uprave, Beograd, 2002; Elementi strategije upravne reforme, zbornik Javna uprava, br. 1/02, Savet za državnu upravu, Beograd, 2002; Eriksen, S.,

osnova sveobuhvatne reforme državne uprave (decentralizacija, depolitizacija, profesionalizacija, racionalizacija i modernizacija), 2) novi koncept državne uprave, 3) osnovni ciljevi reforme (pravna država i vladavina prava, odgovornost, javnost, ekonomičnost, efikasnost i usmerenost uprave ka građanima, kao njihovog servisa, na osnovu koncepta socijalne funkcije države) i 4) konkretne etape, mere i aktivnosti do 2008. godine. Zato, u procesu reforme državne uprave, poseban značaj ima organizacija državne uprave, radi ostvarivanja racionalnog, ekonomičnog, efikasnog, efektivnog, profesionalnog i stručnog rada organa državne uprave, odnosno vršenja upravne delatnosti. Imajući, pored ostalog, u vidu i ovaj aspekt i segment reforme državne uprave, Vlada je, u aprilu 2009. godine, donela Odluku o obrazovanju Saveta za reformu državne uprave ("Sl. glasnik RS", br. 29/09)[30], koji u okviru utvrđenih zadataka, razmatra i daje prethodno mišljenje Vladi o strategijama razvoja i nacrtima zakona i drugim aktima koji se odnose na organizaciju i rad Vlade i organa državne uprave, a naročito one kojima se predlaže osnivanje novih državnih organa, organizacija, službi ili tela Vlade - tačka 2. podtačka 5) Odluke.[31] Značajno je napomenuti da je Savet za reformu državne uprave, na prvoj sednici održanoj 25. maja 2009. godine, pored ostalog, doneo i odluke da se bez njegove saglasnosti i odobrenja Vlade, do kraja 2009. godine, ne mogu zapošljavati novi državni službenici, kao i da se ubrzaju aktivnosti na depolitizaciji i sveobuhvatnoj reformi državne uprave.

Zakon o državnoj upravi je sistemski zakon, koji pod državnom upravom podrazumeva granu državne vlasti, jer u članu 1. stav 1. izričito propisuje da je državna uprava deo izvršne vlasti Republike Srbije, koji vrši upravne poslove u okviru prava i dužnosti Republike Srbije. Tako je u funkcionalnom smislu državna uprava grana dražavne vlasti data kao poslovi državne uprave, odnosno kao javna služba - opštekorisna delatnost. U organizacionom smislu, međutim, prema stavu 2. istog člana Zakona, državnu upravu čine ministarstva, organi uprave u sastavu ministarstava i posebne organizacije (u daljem tekstu: organi državne uprave). Organi državne uprave se obrazuju zakonom, a njihov delokrug se, takođe, uređuje zakonom (član 2.).

Kojim putem? – Struktura ministarstava u Holandiji, V. Britaniji, Švedskoj, Finskoj i Danskoj, Agencija za unapređenje državne uprave, Beograd, 2002; Elementi strategije upravne reforme Srbije, zbornik Javna uprava - posebno izdanje, Udruženje za javnu upravu i Savet za državnu upravu, Beograd, 2003; Bilanovac, Z. i Damjanović, J., Vlada i sistem državne uprave u Republici Srbiji - zbirka propisa sa komentarima, DIAL, Beograd, 2006; Pregled realizacije Strategije reforme državne uprave u RS i Akcionog plana (2004 -2008); Akcioni plan za sprovođenje reforme državne uprave u RS za period od 2009. do 2012. godine i Izveštaj sa međunarodne konferencije: Savremena uprava za evropsku Srbiju - reforma državne uprave 2009-2012 (http://www.drzavnauprava.gov.rs).

[30] Ovom odlukom je prestala da važi Odluka o obrazovanju Saveta za reformu državne uprave (" Sl. glasnik RS", br. 73/04).

[31] U organizaciji Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu i Organizacije za razvoj Ujedinjenih nacija, u maju 2009. godine, održana je dvodnevna radionica za medije o praćenju reforme državne uprave, s obzirom na značaj javnosti rada organa državne uprave i Saveta za reformu državne uprave i blagovremeno i tačno informisanje javnosti o tome, prema zakonu kojim se uređuje slobodan pristup informacijama od javnog značaja.

Načela delovanja organa državne uprave i poslovi državne uprave izričito su utvrđeni u Zakonu. Saglasno odredbama članova 7. do 11. načela delovanja organa državne uprave su: 1) samostalnost i zakonitost, 2) stručnost, nepristrasnost i politička neutralnost, 3) delotvornost u ostvarivanju prava stranaka, 4) srazmernost i poštovanje stranaka i 5) javnost rada. Poslovi državne uprave su utvrđeni članovima 12. do 21. Zakona. Statusna komponenta je, takođe, jedna od značajnih elemenata organa državne uprave, tako da je u Zakonu posebno poglavlje posvećeno odnosu organa državne uprave sa drugim organima (čl. 61. do 75). Sredstva za rad organa državne uprave se obezbeđuju u budžetu Republike Srbije (član 6.).

2.2. ORGANI DRŽAVNE UPRAVE

Pod uređenjem organa državne uprave podrazumeva se obrazovanje ministarstava, organa uprave u sastavu ministrastava, posebnih organizacija, upravnih okruga i unutrašnje uređenje organa državne uprave (članovi 22. do 44. Zakona o državnoj upravi). Ministarstva se formiraju prema resornoj varijanti realnog principa, odnosno za obavljanje poslova državne uprave u jednoj ili više međusobno povezanih oblasti. Takođe, ministarstvo pripada tipu inokosnog organa, kojim rukovodi ministar, koji može imati jednog ili više državnih sekretara i pomoćnika ministra i sekretara ministarstva, kao i posebne savetnike. Status funkcionera imaju samo ministar i državni sekretar, što je zakonska novina i njegova dužnost prestaje sa prestankom dužnosti ministra.

Ministarstvo može imati jedan ili više organa uprave u svom sastavu, koji se obrazuju za izvršne, odnosno inspekcijske i sa njima povezane stručne poslove, ako njihova priroda ili obim zahtevaju veću samostalnost od one koju ima sektor u ministarstvu. Organ uprave u sastavu ministarstva može steći svojstvo pravnog lica kad je to zakonom određeno. Na osnovu člana 29. Zakona, vrste organa uprave u sastavu su: 1) uprave (obrazuju se za izvršne i sa njima povezane inspekcijske i stručne poslove), 2) inspektorati (za inspekcijske i sa njima povezane stručne poslove) i 3) direkcije (za stručne i sa njima povezane izvršne poslove koji se, po pravilu, odnose na privredu). Organom uprave u sastavu ministarstva rukovodi direktor, koji za svoj rad odgovara ministru. Mada poslove iz svog delokruga organ uprave u sastavu ministarstva obavlja samostalno, on nema isti status u sitemu državnih organa, kakav ima samostalni organ, jer ministar usmerava rad organa uprave u sastavu ministarstva, donosi propise iz njegovog delokruga i predstavlja ga pred Vladom i Narodnom skupštinom. Takođe, nadzor nad radom organa uprave u sastavu vrši ministarstvo u čijem je sastavu taj organ.

Relativizovanje monotipskog organa za vršenje poslova državne uprave, pored organa uprave u sastavu ministarstva, doprinose i posebne organizacije, koje se obrazuju za stručne i sa njima povezane izvršne poslove, čija priroda zahteva veću samostalnost od one koju ima organ uprave u sastavu ministarstva. Saglasno članu 34. Zakona, sledeće su vrste posebnih organizacija: 1) sekretarijati (obrazuju se za stručne poslove značajne za sve organe državne uprave i sa njima povezane izvršne

poslove) i 2) zavodi (za stručne poslove koji iziskuju primenu posebnih metoda i saznanja i sa njima povezane izvršne poslove), ali zakonom se mogu obrazovati i posebne organizacije sa drukčijim nazivom. Posebne organizacije mogu steći status pravnog lica kad je to zakonom određeno. Direktor rukovodi posebnom organizacijom i za svoj rad je odgovoran Vladi. Zakonom, međutim, može biti određeno ministarstvo koje vrši nadzor nad radom posebne organizacije.

Za vršenje poslova državne uprave izvan sedišta organa državne uprave obrazuje se upravni okrug, kao oblik dekoncentracije državne uprave.[32] Vlada obrazuje ove okruge uredbom, kojom određuje njihovo područje i sedište, kao i uslove pod kojima organi državne uprave mogu obrazovati područne jedinice za dva ili više upravna okruga, jednu ili više opština, grad ili autonomnu pokrajinu. Upravni okrug ima načelnika, koji za svoj rad odgovara ministru nadležnom za poslove uprave i Vladi. Organ državne uprave koji u upravnom okrugu vrši jedan ili više poslova državne uprave, obrazuje svoju okružnu područnu jedinicu aktom o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta.

Zakonom o ministarstvima obrazuju se ministarstva i posebne organizacije i utvrđuje njihov delokrug. Posebne organizacije se mogu obrazovati i njihov delokrug utvrditi i posebnim zakonom. U julu 2008. godine, Zakonom su obrazovana sledeća ministarstva i organi uprave u njihovom sastavu: 1) Ministarstvo spoljnih poslova; 2) Ministarstvo odbrane (u sastavu: Inspektorat odbrane, Vojna služba bezbednosti i Vojno-obaveštajna služba); 3) Ministarstvo unutrašnjih poslova; 4) Ministarstvo finansija (u sastavu je Uprava carina); 5) Ministarstvo pravde; 6) Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede (u sastavu: Generalni inspektorat poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, Uprava za veterinu, Uprava za zaštitu bilja, Republička direkcija za vode i Uprava za šume); 7) Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja (u sastavu je Direkcija za mere i dragocene metale); 8) Ministarstvo rudarstva i energetike; 9) Ministarstvo za infrastrukturu; 10) Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu; 11) Ministarstvo trgovine i usluga (u sastavu je Republička direkcija za robne rezerve); 12) Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj; 13) Ministarstvo prosvete; 14) Ministarstvo omladine i sporta; 15) Ministarstvo zdravlja; 16) Ministarstvo za telekomunikacije i informaciono društvo; 17 Ministarstvo rada i socijalne politike (u sastavu: Uprava za rodnu ravnopravnost i Inspektorat za rad); 18) Ministarstvo životne sredine i prostornog planiranja (u sastavu je Agencija za zaštitu životne sredine); 19) Ministarstvo kulture; 20) Ministarstvo za Nacionalni investicioni plan; 21) Ministarstvo za Kosovo i Metohiju; 22) Ministarstvo vera; 23) Ministarstvo za dijasporu i 24) Ministarstvo za ljudska i manjinska prava.

Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, saglasno članu 12. Zakona, pored ostalog, obavlja i poslove državne uprave koji se odnose na sistem

[32] Centralizacija i decentralizacija, u okviru organizacione strukture uprave, su dva značajna principa organizacionog povezivanja, kojima se uspostavlja uspešnije vršenje poslova državne uprave. Dekoncentracijom se, kao jednim od modula centralizacije, obavljanje određenih poslova i zadataka prenosi na organizacione celine nižeg nivoa istog organa državne uprave.

državne uprave i organizaciju i rad ministarstava i posebnih organizacija. Prema pravilniku o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta ovog ministarstva, u Sektoru za državnu upravu utvrđene su sledeće uže unutrašnje jedinice: 1) Grupa za normativne poslove, 2) Grupa za upravne poslove, stručno usavršavanje i državne stručne ispite i 3) Grupa za organizaciju i rad organa državne uprave, stručno osposobljavanje, stručno usavršavanje i ispite za komunalnu policiju.

Saglasno odredbama Zakona, posebne organizacije su: 1) Republički sekretarijat za zakonodavstvo; 2) Republički zavod za razvoj; 3) Republički zavod za statistiku; 4) Republički hidrometeorološki zavod; 5) Republički geodetski zavod; 6) Republička direkcija za imovinu Republike Srbije; 7) Republički zavod za informatiku i internet; 8) Centar za razminiranje; 9) Zavod za intelektualnu svojinu; 10) Direkcija za unutrašnje plovne puteve "Plovput"; 11) Geomagnetski zavod i 12) Zavod za socijalno osiguranje.[33]

Pored obrazovanih navedenih organa državne uprave, Vlada je donela i Uredbu o službama Vlade, kojom je propisano da Vlada uredbom osniva službe za stručne ili tehničke poslove za potrebe Vlade ili za poslove koji su zajednički ministarstvima i posebnim organizacijama, određuje i delokrug, uređenje i druga pitanja za rad službe, kojom rukovodi direktor, a može da je vodi i ministar bez portfelja. Tako su, pored ostalih, osnovani i: 1) Genaralni sekretarijat Vlade, 2) Uprava za zajedničke poslove republičkih organa, 3) Kancelarija za evropske integracije, 4) Služba za upravljanje kadrovima, 5) Avio- služba Vlade, 6) Kancelarija za saradnju s medijima i 7) Kancelarija za saradnju sa civilnim društvom.[34]

---

33 Radi komparacije podataka o organizaciji, vrsti i broju organa državne uprave u prethodnom peridu, daje se nekoliko podataka o tome: 1) Na nivou SRJ, 1997. god., saglasno Uredbi o obrazovanju saveznih ministarstava, drugih saveznih organa i saveznih organizacija ("Sl. list SRJ", br. 6/94...), bila su obrazovana tri oblika organa uprave (14 saveznih ministarstava, jedna savezna uprava i 6 saveznih inspektorata) i savezne organizacije (po jedna savezna uprava i savezna direkcija, 13 saveznih zavoda, dva savezna sekretarijata i jeden arhiv, u sastavu ili van resornog ministarstva). 2) U RS je 1998, na osnovu Zakona o ministarstvima iz 1997. god., bilo 22 republička ministarstva i 8 republičkih upravnih organizacija (posebne organizacije) -po jedna republička uprava, direkcija i sekretarijat i četiri zavoda. 3) U DZ SCG je, u skladu sa Ustavnom poveljom DZ SCG ("Sl. list SCG", br. 1/03) i Zakonom o Savetu ministara ("Sl. list SCG", br. 21/03), doneta Uredba o obrazovanju ministarstava, organizacija i službi Saveta ministara ("Sl. list SCG", br. 25/03), kojom je obrazovano po pet ministarstava i službi, kao i četiri zavoda, tri kancelarije i po jedna direkcija, akreditaciono telo i arhiv, u sastavu ili van ministarstava. 4) U RS je 2005. godine, saglasno Zakonu o ministarstvima ("Sl. glasnik RS", br. 19/04 i 79/05), bilo obrazovano 17 republičkih ministarstava, sa 6 republičkih uprava, dve direkcije i jednom agencijom, kao organima uprave u sastavu odgovarajućih ministarstava i 10 posebnih organizacija (jedan republički sekretarijat, pet zavoda, po jedna direkcija i centar i dve agencije). 5) U RCG je 2005. godine, na osnovu Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave ("Sl. list RCG", br. 78/04, 62/05 i 61/05), bilo 15 ministarstava i sledećih drugih organa uprave: 11 uprava, dva sekretarijata, 6 zavoda, pet direkcija i jedna agencija. 6) U uslovima prestanka DZ SCG juna 2006. godine, Republika Srbija je pitanja reorganizacije države i njene državne uprave, formiranja novih organa državne uprave i prenosa nekih nadležnosti i organa sa nivoa SCG na republički, odn. nivo jedne države, sprovela donošenjem neustavne i nezakonite Uredbe o položaju pojedinih institucija bivše Srbije i Crne Gore i službi Saveta ministara i Uredbe o finansiranju nadležnosti koje su prešle na Republiku Srbiju s bivše Srbije i Crna Gore ("Sl. glasnik RS", br. 4/06), koje izlaze iz kategorije

2.3. UNUTRAŠNJE UREĐENJE ORGANA DRŽAVNE UPRAVE

U okviru razmatranja organizacije državne uprave, unutrašnje uređenje organa državne uprave je posebno pitanje, koje se odnosi na oblast unutrašnje organizacije i sistematizacije radnih mesta u ovim organima. S tim u vezi, članom 43. Zakona o državnoj upravi utvrđuju se osnove akta o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta, a Uredbom o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade propisana su načela za unutrašnje uređenje i sistematizaciju i način pripreme i donešenja pravilnika o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u navedenim organima državne uprave i službama Vlade (u daljem tekstu: pravilnik). Unutrašnje uređenje i sistematizacija radnih mesta moraju da: 1) se zasnivaju na delokrugu organa i službi i radnim procesima u njima, 2) budu prilagođeni celini poslova, 3) obezbede delotvoran i skladan rad organa i službi, 4) obezbede brzo i delotvorno ostvarivanje prava i pravnih interesa stranaka, 5) omoguće grupisanje istovrsnih ili srodnih i međusobno povezanih poslova u odgovarajuće unutrašnje jedinice i 6) obezbede javnost rada organa i službi. Unutrašnje uređenje i sistematizacija radnih mesta se uređuju pravilnikom. Ministar, direktor posebne organizacije i službe Vlade donosi pravilnik, uz saglasnost Vlade, po pribavljenom mišljenju Ministarstava za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Ministarstva finansija i Službe za upravljanje kadrovima. Pravilnik u prvom delu sadrži: 1) unutrašnje jedinice, njihov delokrug i međusobni odnos, 2) rukovođenje unutrašnjim jedinicama, 3) ovlašćenja i odgovornosti rukovodilaca unutrašnjih jedinica i 4) način saradnje organa i službi sa

---

podzakonskih akata, već postaju akta sa originernom i autoritativnom snagom, koja menjaju i zakonske i ustavne norme. S tim u vezi, Ustavni sud Srbije je doneo odluke da odredbe ovih uredbi kojima se reguliše radnopravni položaj zaposlenih u institucijama i organima DZ SCG nisu u saglasnosti sa Ustavom i zakonom, kao i rešenja kojima se pokreće postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti ostalih odredbi uredbi, jer je Ustavni sud postavio Vladi RS pitanje može li se uredbom Vlade uređivati prestank rada organizacija SCG ili se to uređuje zakonom ("Sl. glasnik RS" br. 63/06). Vlada RS nije poslala Ustavnom sudu odgovore na dostavljena rešenja, a ni Ustavni sud, s tim u vezi, ni posle tri godine nije doneo odluke. Naime, Vlada RS, je tek decembra 2008. godine, donela uredbe o prestanku važenja ovih uredbi ("Sl. glasnik RS", br. 118/08), ne vodeći, pri tom, računa o pravnim posledicama koje su one izazvale. 7) Narodna skupština RS je, međutim, tek u maju 2007. god., donela Zakon o ministarstvima ("Sl. glasnik RS", br. 43/07), kojim je bilo obrazovano 22 ministarstva sa po dva inspektorata i službe, četiri uprave, tri direkcije i jednom agencijom, kao organima uprave u sastavu ministarstava i 14 posebnih organizacija (po jedan sekretarijat i centar, dve direkcija, osam zavoda i dve agencije). Posebno se, međutim, napominje da su, posle godinu dana od proglašenja nezavisnosti RCG i prestanka DZ SCG, ovim zakonom obrazovani Ministarstvo spoljnih poslova i Ministarstvo odbrane, koje je bilo neophodno odmah osnovati 2006. godine dopunama važećeg Zakona o ministarstvima, radi uređenja i usklađivanja sistema državne uprave u RS sa nastalim promenama. 8) Vlada RCG je u novembru 2006. godine donela Uredbu o izmenama i dopunama Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave, kojom je obrazovala 13 ministarstava (prvi put je osnovano Ministarstvo odbrane), kao i određeni broj drugih organa uprave.

34 "Sl. glasnik RS", br. 75/05, 71/08 i 109/09; "Sl.glasnik RS", br. 67/91, 79/02, 13/04 i 117/08; "Sl. glasnik RS", br. 126/07 i 117/08; "Sl. glasnik RS", br. 106/05 i 109/09; "Sl. glasnik RS", br. 51/06; "Sl. glasnik RS", br. 75/05 i "Sl. glasnik RS", br. 26/10

drugim organima i organizacijama. Drugi deo pravilnika sačinjavaju: 1) broj državnih sekretara i državnih službenika koji rade na položaju i opis njihovih poslova, 2) broj radnih mesta po svakom zvanju za državne službenike i svakoj vrsti radnih mesta za nameštenike i 3) nazivi radnih mesta, opisi poslova radnih mesta i zvanja za državne službenike, odnosno vrste za nameštenike u koje su radna mesta razvrstana. Pravilnik mora biti usklađen sa donesenim kadrovskim planom.

Unutrašnje jedinice se obrazuju kao: 1) osnovne (sektor - za vršenje poslova koji predstavljaju zaokruženu oblast rada), posebne (sekretarijat - za vršenje poslova koji su vezani za kadrovska, finansijska i informatička pitanja, usklađivanje rada unutrašnjih jedinica i saradnju sa drugim organima i kabinet –za savetodavne i protokolarne poslove, poslove odnosa sa javnošću i administrativno-tehničke poslove od značaja za rad ministra, a u Ministarstvu odbrane obrazuje se i Generalštab Vojske Srbije) i 2) uže unutrašnje jedinice (odeljenje - za vršenje međusobno povezanih poslova na kojima radi najmanje osam državnih službenika i/ili nameštenika, odsek - za vršenje međusobno srodnih poslova koji zahtevaju neposrednu povezanost i organizacionu posebnost i najmanje petoro državnih službenika i/ili nameštenika i grupa - za vršenje međusobno povezanih poslova na kojima radi najmanje troje državnih službenika i/ili nameštenika). Rukovodilac unutrašnje jedinice planira, usmerava i nadzire rad unutrašnje jedinice i vrši najsloženije poslove iz njenog delokruga i odgovoran je za zakonit, pravilan i blagovremen rad.

Uredbom o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika dele se radna mesta na: položaje (radna mesta koja podrazumevaju ovlašćenja i odgovornosti vezane za vođenje organa i službi i usklađivanje rada u njima i razvrstavaju se u pet grupa) i izvršilačka radna mesta (ostala radna mesta, uključujići i radna mesta rukovodilaca užih unutrašnjih jedinica i razvrstavaju se u zvanja određena Zakonom o državnim službenicima[35]: viši savetnik - ne više od 10% državnih službenika, samostalni savetnik - ne više od 20% državnih službenika, savetnik, mlađi savetnik, saradnik, mlađi saradnik, referent i mlađi referent). Merila za procenu radnog mesta su složenost poslova, samostalnost u radu, odgovornost, poslovna komunikacija i kompetentnost. Radna mesta rukovodilaca užih unutrašnjih jedinica (načelnik odeljenja, šef odseka, rukovodilac grupe i dr). mogu, sa određenim izuzetkom, da se razvrstavaju u sva zvanja. Sastavljanje opisa radnih mesta obuhvata dve faze: sastavljenje prethodnog opisa radnog mesta i sastavljanje konačnog opisa radnog mesta (obrasci su deo Uredbe), a konačni opis radnog mesta postavlja se pošto se radnom mestu odredi zvanje. Uredbom o razvrstavanju radnih mesta nameštenika reguliše se ovo razvrstavanje nameštenika u šest vrsta i iskazuje se njihov doprinos u obezbeđivanju pratećih, tehničkih i drugih poslova potrebnih za redovan rad organa i službi, a merila za procenu ranih mesta su isto utvrđena kao za državne službenike.

[35] "Sl. glasnik RS", br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 i 104/09

3. ORGANIZACIJA DRŽAVNE UPRAVE U CRNOJ GORI

3.1. NORMATIVNI OKVIRI

Organizacija i rad državne uprave u Crnoj Gori[36] regulisani su pravnim normama datim u Ustavu, zakonima i drugim propisim, kojima se uređuju i položaj, uloga i poslovi državne uprave i druga značajna pitanja u vezi sa organizacijom državne uprave i vršenjem upravne delatnosti. Normativni okviri organizacije i funkcionisanja državne uprave, odnosno organa državne uprave regulisani su: 1) Ustavom Crne Gore,[37] 2) Strategijom upravne reforme Crne Gore (2002-2009),[38] 3) Zakonom o državnoj upravi,[39] 4) Uredbom o Vladi Crne Gore,[40] 5) Uredbom o Generalnom sekretarijatu Vlade Crne Gore,[41] 6) Uredbom o organizaciji i načinu rada državne uprave[42] i 7) Uredbom o grupama poslova, kriterijumima za unutrašnju organizaciju i sistematizaciju, nomenklaturi poslova i okvirnom broju izvršilaca u organima državne uprave.[43]

Odredbama člana 1. Ustava Crne Gore utvrđeno je da je Crna Gora država republikanskog oblika vladavine, a pored ostalog, i država socijalne pravde, zasnovana na vladavini prava, čime državna uprava treba da ostvari socijalne funkcije kao javna služba. Na osnovu odredbi člana 11, vlast je uređena po načelu podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, koja je ograničena Ustavom i zakonom, a odnos vlasti počiva na ravnoteži i međusobnoj kontroli. Izvršnu vlast vrši Vlada Crne Gore, koju čine predsednik, jedan ili više potpredsednika i ministri.[44] Osim toga, saglasno članovima 1. i 2. Uredbe o Vladi Crne Gore,[45] Vlada vrši izvršnu vlast u skladu sa Ustavom i zakonom i odgovorna je Skupštini Crne Gore za vođenje unutrašnje i vanjske politike Crne Gore, izvršavanje zakona i drugih propisa i rad organa državne uprave.

Položaj i uloga uprave u Ustavu nisu detaljnije uređeni u posebnom delu, već su odredbe o državnoj upravi date u 1. i 3. odeljku Trećeg dela - Uređenje vlasti, u kojima su odredbe o Skupštini Crne Gore i Vladi Crne Gore. Tako je u članu 82. st. 1. tač. 9) Ustava propisano da Skupština, u okviru nadležnosti, utvrđuje i sistem državne uprave, a u Odeljku o Vladi, u članu 111, regulisano je da poslove državne

---

[36] Videti: Blažić, Đ., Organizacija državne uprave u Crnoj Gori, Pravni život, br. 10/06, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2006. i Nedržavna uprava u upravnom sistemu Crne Gore, Pravni život, br. 11/09, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009.

[37] "Sl. list CG", br. 1/07

[38] Ministarstvo pravde Vlade Republike Crne Gore, Podgorica, mart, 2003. godine

[39] "Sl. list RCG", br. 38/03 i "Sl. list CG", br 22/08

[40] "Sl list CG", br 80/08

[41] "Sl. list CG", br. 4709

[42] " Sl. list CG, br. 59/09 i 15/10

[43] "Sl. list RCG", br. 54/04

[44] Videti: Vodič kroz Vladu Republike Crne Gore (pripremljen pre donošenja Ustava Crne Gore), Centar za demokratsku tranziciju, Podgorica, mart 2007. godine (http://www.gov.me)

[45] Danom stupanja na snagu ove uredbe prestala je da važi Uredba o Vladi Republike Crne Gore (" Sl. list RCG", br. 15/94 i 4/97)

uprave vrše ministarstva i drugi organi uprave, dok se član 112. odnosi na prenošenje i poveravanje poslova. [46] Prema navedenim ustavnim odredbama, u sistemu podele vlasti, državna uprava je deo izvršne vlasti.

Zakon o državnoj upravi[47] je sistemski zakon, kojim je u članu 1. i stavu 1. člana 2, propisano da državna uprava vrši poslove uprave u okviru prava i dužnosti Crne Gore, na osnovu Ustava, zakona i drugih propisa i opštih akata, pa je tako u funkcionalnom smislu državna uprava grana državne vlasti koju čini skup poslova koje ona, kao javna služba, obavlja u sistemu vlasti. S druge strane, u organizacionom smislu državna uprava je sastavljena od brojnih i raznovrsnih organa, jer na osnovu stava 1. člana 3. Zakona, poslove državne uprave vrše ministarstava i drugi organi uprave (u daljem tekstu: organi državne uprave). Vlada, na osnovu člana 24. Zakona i člana 18. Uredbe o Vladi Crne Gore, uredbom osniva ministarstva i druge organe državne uprave, utvrđuje, odnosno uređuje organizaciju i način rada državne uprave, kao i druga pitanja od značaja za organizaciju i rad državne uprave, u skladu sa zakonom.

Načela delovanja organa državne uprave nisu utvrđena u posebnoj glavi Zakona, kao što su taksativno u članu 11. – Glava II dati poslovi državne uprave. Naime, u Osnovnim odredbama Zakona propisana su sledeća načela za rad i odlučivanje organa državne uprave: 1) zakonitost, 2) stručnost (profesionalnost, nezavisnost, samostalnost i nepristrasnost), 3) javnost rada, 4) jednakost i efikasna zaštita prava i interesa fizičkih i pravnih lica i odlučivanje u razumnom roku, 5) kontrola rada, 6) odgovornost, 7) zaštita jezičkih prava u postupcima u kojima učestvuju pripadnici manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica i 8) politička neutralnost i zabrana političkog organizovanja i delovanja u organima državne uprave. Glava IX Zakona reguliše statusna pitanja organa državne uprave, odnosno njihove međusobne odnose i saradnju, kao i odnose sa drugim organima, javnim ustanovama, javnim preduzećima i drugim pravnim licima čiji je osnivač država i nevladinim organizacijama.

Sredstva i uslovi za rad organa državne uprave obezbeđuju se u budžetu Crne Gore. Kod utvrđivanja sredstava za vršenje redovne delatnosti organa državne uprave, vodi se posebno računa o potrebi vršenja poslova kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava fizičkih i pravnih lica, a organi samostalno raspolažu sredstvima za vršenje delatnosti (čl. 10, 87. i 88. Zakona).

Vlada Republike Crne Gore je, u martu 2003. godine, donela Strategiju upravne reforme Crne Gore za period od 2002. do 2009. godine.[48] Upravna reforma je deo

---

[46] Prema Ustavu Republike Crne Gore iz 1992. godine, Skupština Republike Crne Gore je uređivala načela za organizaciju državne uprave, dok je Vlada Republike Crne Gore, na osnovu odredbi člana 94, uređivala organizaciju i način rada državne uprave, s tim da poslove državne uprave vrše ministarstva i drugi organi državne uprave.

[47] Stupanjem na snagu ovog zakona prestao je da važi Zakon o načelima organizacije državne uprave ("Sl. list RCG", br. 56/93).

[48] Videti: matrijal sa Konferencije o reformi državne uprave u Crnoj Gori (2002-2009)- http://www.uzk.co.me i izveštaje sa godišnjih konferencija Regionalne škole za državnu upravu na Zapadnom Balkanu (http://www.gov.me i http://www.szz.gov.me).

sveobuhvatnih transformacionih i reformskih procesa u Crnoj Gori. Radi promene uprave u javni servis građana i njenog uspešnijeg uključivanja u tranzicione promene i šire društvene sisteme i procese evropskih i evroatlantskih integracija, utvrđeni su reformski ciljevi, koji su naročito usmereni na: 1) ostvarivanje pravne i institucionalne konsolidacije, 2) povećanje kapaciteta i efikasnosti delovanja upravnog sistema (reforma i usklađivanje pravnog sistema sa standardima Evropske unije), 3) dosledno sprovođenje propisa i 4) osposobljavanje i stimulisanje upravnih kadrova za zakonit i kvalitetan rad državne uprave. U oblasti reforme državne uprave date su strateške osnove i dugoročna opredeljenja, koji se prevashodno odnose na: 1) razvoj i modernizaciju državne uprave, 2) poboljšanje nivoa kvaliteta pravne regulative, 3) usmeravanje javnih službi ka korisnicima usluga, 4) delegiranje nadležnosti i povećanje fleksibilnosti upravnog sistema, 5) kontrolni mehanizam i implementaciju principa veće odgovornosti, 6) upravljanje ljudskim potencijalima i 7) druge funkcionalne elemente upravne reforme. Obim potrebnih reformskih aktivnosti je podeljen u dve grupe sistemskih odnosa, tj. spoljašnju, koja se odnose na relevantno sistemsko okruženje upravnog sistema sa aspekta uključenja Crne Gore u međunarodne institucije i unutrašnju, radi promene unutrašnje strukture i funkcija upravnog sistema. Sastavni delovi Strategije su prilozi: 1) Uloga Vlade i uprave u procesu upravne reforme, 2) Metodološki i organizacioni aspekti i zaključci i 3) Vremenski okvir i finansijske posledice izvođenja Strategije.

Realizaciju Strategije, kao dugoročno opredeljenje, Vlada je predvidela preko značajnog broja projektnih zadataka, aktivnosti i međuresorskih radnih grupa, koji su jedinstveno bili usmeravani i praćeni u okviru posebne ministarske koordinacije (predsednik Vlade, ministar pravde i ministri i starešine najvažnijih resora i organa za ovu oblast), kao i Saveta Ministarstva pravde za reformu državne uprave. Ovakav oblik i način koordinacije i praćenja rezultata upravne reforme na nivou Vlade, odnosno nadležnog ministarstva je uspostavljen radi jasne i permenentne političke podrške reformskim procesima. U 2010. godini se, međutim, izrada mera i aktivnosti za sprovođenje upravne reforme za naredni period sprovodi u okviru koordinacije kabineta potpredsednika Vlade Crne Gore za politički sistem, unutrašnju i spoljnu politiku.

3. 2. VRSTE ORGANA DRŽAVNE UPRAVE

Glava III Zakona o državnoj upravi odnosi se na organe državne uprave, odnosno ministarstva i druge organe uprave (članovi 24. do 35.), s tim što su se određene nadležnosti i delogrug ovih organa transformisali u društvene službe uslužnog karaktera. Iz ustavnog i zakonskog određenja, proizlazi razlika između pojma organi državne uprave, koji podrazumeva ministarstva i druge organe uprave i pojma organi uprave, koji obuhvata samo pet vrsta tih organa. Kao osnovni oblik organa državne uprave, ministarstva se osnivaju za jednu ili više povezanih upravnih oblasti, zavisno od prirode, značaja i obima tih poslova i potrebe obezbeđenja

strategije razvoja. Ministarstva, na osnovu člana 27. Zakona, vrše poslove predlaganja unutrašnje i vanjske politike, vođenja razvojne politike, normativne delatnosti i vršenja upravnog nadzora u skladu sa zakonom. Tako se, saglasno realnom principu organizacionog povezivanja i uspostavljanja organizacione strukture, ostvaruje koncentracija istih ili međusobno povezanih poslova, radi adekvatnijeg vršenja svih poslova državne uprave. Ministarstvo, kao inokosni organ, predstavlja ministar, koji i upravlja i rukovodi njegovim radom, a za svoj i rad ministarstva, kao i za stanje u upravnoj oblasti odgovara Skupštini i predsedniku Vlade. Ministarstvo ima sekretara, a može se postaviti jedan ili više pomoćnika ministra, koji su rukovodeća lica, saglasno članu 31. Zakona o državnim službenicima i namještenicima.[49]

Drugi organi uprave se, saglasno članu 28. Zakona, osnivaju za vršenje poslova izvršavanja zakona i drugih propisa, upravnih i stručnih poslova u upravnim oblastima u kojima se osnivaju ministarstva i u drugim oblastima, kada obim i priroda poslova zahtevaju samostalnost u radu. Organi uprave su: 1) uprave, kao organi koji vrše pretežno upravne i sa njima povezane stručne poslove i 2) sekretarijati, zavodi, direkcije i agencije, kao organi koji vrše pretežno stručne poslove. Uprave su organi koji neposredno izvršavaju zakone i druge propise i odlučuju o pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica i drugih subjekata. Sekretarijati neposredno vrše pretežno stručne poslove, uz mogućnost vršenja određenih upravnih i drugih poslova. Zavodi vrše stručne i sa njima povezane upravne poslove, uz primenu naučnih metoda i saznanja. Direkcije vrše pretežno stručne i sa njima povezane upravne poslove koji se odnose na oblast privrede. Agencije su organi koji vrše stručne i sa njima povezane upravne poslove, koji se vrše uz primenu tržišnih principa, odnosno pružanja usluga i obezbeđuju unapređenje i razvoj. Organi uprave, u skladu sa aktom o osnivanju, mogu imati svojstvo pravnog lica, a u okviru svog delokruga mogu da uz naknadu vrše usluge fizičkim i pravnim licima. Upravom, zavodom, direkcijom i agencijom rukovodi direktor, a sekretarijatom sekretar (u daljem tekstu; starešina organa uprave). Na osnovu navedenog člana Zakona o državnim službenicima i namještenicima, rukovodeća lica su i pomoćnik starešine organa uprave i službe Vlade. Nadzor nad zakonitošću rada organa uprave vrše nadležna ministarstva, na osnovu stava 1. člana 25. Zakona.

Saglasno članu 55. Zakona o državnoj upravi i članu 71. Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave, organi državne uprave mogu organizovati rad u mestu van svog sedišta ili izvan sedišta unutrašnje organizacione jedinice (upravni dani) za obavljanje određenih, odnosno pojedinih upravnih poslova iz svoje nadležnosti, posebno u ostvarivanju prava građana. Upravne dane i ove poslove, mesto i vreme njihovog vršenja određuje ministar, odnosno starešina organa uprave, posebnim aktom koji se objavljuje u medijima ili na drugi način.

Članom 1. Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave osnivaju se ministarstava i drugi organi uprave, utvrđuje organizacija i rad i način rada državne

[49] "Sl. list CG", br 50/08 i 86/09

uprave, kao i druga pitanja od značaja za organizaciju i rad državne uprave.[50] Na osnovu člana 2. Uredbe iz 2009. i njenim izmenama i dopunama u 2010. godini, obrazovana su sledeća ministarstva: 1) Ministarstvo pravde, 2) Ministarstvo unutrašnjih poslova i javne uprave, 3) Ministarstvo odbrane, 4) Ministarstvo finansija, 5) Ministarstvo inostranih poslova, 6) Ministarstvo prosvjete i nauke, 7) Ministarstvo kulture, 8) Ministarstvo ekonomije, 9) Ministarstvo saobraćaja, pomorstva i telekomunikacija, 10) Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, 11) Ministarstvo turizma, 12) Ministarstvo zdravlja, 13) Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, 14) Ministarstvo za informaciono društvo, 15) Ministarstvo uređenja prostora i zaštite životne sredine, 16) Ministarstvo rada i socijalnog staranja i 17) Ministarstvo za evropske integracije.

Ministarstvo unutrašnjih poslova i javne uprave, saglasno članu 4. Uredbe, između ostalog, vrši i poslove uprave koji se odnose na oblast državne uprave u delu organizacije, načina i metoda rada, upravljanja, odgovornosti, odnosno saradnje, javnosti i transparentnosti rada organa državne uprave, obezbeđenja i praćenja izvršavanja zakona i drugih propisa u oblasti državne uprave u odnosu na stručnost i efikasnost i dr. poslove. Prema pravilniku o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji ovog ministarstava, u okviru Sektora za državnu upravu, obrazovani su: 1) Odsek za strateško-razvojne i normativne poslove, 2) Odsek za praćenje sprovođenja propisa, 3) Grupa za pružanje stručne pomoći u procesu reforme i 4) Odsek za inspekcijski nadzor.

Na osnovu člana 20. Uredbe, obrazovane su sledeće uprave: 1) Poreska uprava, 2) Uprava za nekretnine, 3) Uprava carina, 4) Uprava pomorske sigurnosti, 5) Lučka uprava, 6) Veterinarska uprava, 7) Uprava za antikorupcijsku inicijativu, 8) Uprava za sprječavanje pranja novca i finansiranja terorizma, 9) Uprava za šume, 10) Uprava za vode, 11) Uprava za kadrove, 12) Uprava policije, 13) Uprava za zaštitu konkurencije, 14) Uprava za igre na sreću, 15) Fitosanitarna uprava, 16) Uprava za imovinu i 17) Uprava za mlade i sport.

Saglasno članovima 37. i 39. Uredbe, osnovani su Sekretarijat za zakonodavstvo i sledeći zavodi: 1) Zavod za statistiku, 2) Hidrometeorološki zavod, 3) Seizmološki zavod, 4) Zavod za međunarodnu naučnu, prosvjetno-kulturnu i tehničku saradnju, 5) Zavod za školstvo, 6) Zavod za izvršenje krivičnih sankcija, 7) Državni arhiv, 8) Zavod za metrologiju, 9) Zavod za zbrinjavanje izbjeglica i 10) Zavod za intelektualnu svojinu. Direkcije su osnovane članom 50. Uredbe, i to: 1) Direkcija javnih radova, 2) Direkcija za saobraćaj, 3) Direkcija za željeznice, 4) Direkcija za javne nabavke, 5) Direkcija za razvoj malih i srednjih preduzeća i 6) Direkcija za zaštitu tajnih podataka. Na osnovu člana 57. obrazovane su Agencija za duvan i Agencija za zaštitu životne sredine.

[50] Radi komparacije, navodi se broj organa državne uprave u 2007. godini, koji su bili osnovani Uredbom o organizaciji i radu državne uprave ("Sl. list RCG", br. 54/04, 78/04, 6/05, 61/05, 6/06, 32/06, 42/06, 56/06, 60/06, 72/06 i 6/07): 17 ministarstava, 13 uprava, tri sekretaraijata, 9 zavoda, četiri direkcije i jedna agencija.

Članom 31. Uredbe o Vladi Crne Gore propisano je da Vlada uredbom obrazuje Generalni sekretarijat Vlade za vršenje stručnih i drugih poslova za svoje potrebe. Vlada, takođe, može odlukom da osnuje službe za stručne ili tehničke poslove za svoje potrebe ili poslove zajedničke za sve ili više organa državne uprave, kojim rukovodi direktor, koga postavlja i razrešava Vlada, na predlog generalnog sekretara Vlade. Odlukom se, takođe, propisuje i uređenje i delokrug službe. Na osnovu navedenog člana, doneta je Uredba o Generalnom sekretarijatu Vlade Crne Gore, s tim što Vlada nije donela ni jednu odluku o osnivanju neke službe za vršenje stručnih ili tehničkih poslova. Međutim, Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji Generalnog sekretarijata Vlade Crne Gore, između ostalog, kao organizacione jedinice, obrazovani su: 1) Odeljenje - Biro za odnose s javnošću, 2) Avio servis, 3) Kancelarija za borbu protiv trgovine ljudima, 4) Kancelarija za sardnju s nevladinim organizacijama i 5) Kancelarija zastupnika Crne Gore pred Evropskim sudom za ljudska prava.

3.3. UNUTRAŠNJA ORGANIZACIJA ORGANA DRŽAVNE UPRAVE

Unutrašnja organizacija i sitematizacija u organima državne uprave je veoma bitna za racionalno, efikasno i stručno izvršavanje poslova iz nadležnosti i delokruga tih organa. Članom 36. Zakona o državnoj upravi i članom 1. Uredbe o grupama poslova, kriterijumima za unutrašnju organizaciju i sistematizaciju, nomenklaturi poslova i okvirnom broju izvršilaca u organima uprave, uređuju se osnovna pitanja od značaja za unutršnju organizaciju i sistematizaciju ministarstava i drugih organa uprave, zavisno od obima, vrste i složenosti poslova i na način kojim se obezbeđuje njihovo efikasno, ekonomično i efektivno vršenje.

Zavisno od vrste, složenosti, prirode i povezanosti poslova u organima državne uprave, utrđuju se dve grupe poslova, odnosno poslovi iz osnovne delatnosti i drugi poslovi. Članovima 12. do 19. Uredbe propisani su kriterijumi za unutrašnju organizaciju organa državne uprave. Poslovi organa državne uprave vrše se, po pravilu, u okviru unutrašnjih organizacionih jedinica, koje se, takođe, utvrđuju prema vrsti, složenosti, prirodi i međusobnoj povezanosti poslova u organima državne uprave. Unutrašnje organizacione jedinice su: 1) sektor, 2) odeljenje – osniva se za vršenje poslova iz osnovne delatnosti u određenoj upravnoj oblasti, odnosno ostvarivanje pojedinih funkcija organa državne uprave, 3) referat - za vršenje poslova u odrđenoj upravnoj oblasti za koje, s obzirom na obim poslova, specifičnost i potrebu samostalnog vršenja poslova nema uslova za osnivanje druge unutrašnje organizacione jedinice, 4) kabinet - za vršenje stručnih, organizacionih i administrativno-tehničkih poslova potrebnih za ostvarivanje funkcije ministra, 5) služba - za vršenje administrativno- tehničkih, pomoćnih i drugih pratećih poslova i 6) područna jedinica.

Sektor se osniva u ministarstvima za vršenje poslova: vođenja razvojne politike, normativne delatnosti, utvrđivanja strateških i dugoročnih planova, projekata,

programa i dokumenata, kao i vršenje određenih poslova koji su u funkciji ukupnog društvenog razvoja. U drugom organu uprave sektor se osniva za vršenje poslova iz osnovne delatnosti tog organa iz jedne ili više srodnih upravnih oblasti, odnosno za ostvarivanje pojedinih funkcija organa uprave. Mogu se, u okviru sektora, osnovati uže organizacione jedinice - odsek i grupa, za ostvarivanje pojedinih funkcija ministarstava, odnosno drugog organa uprave. U okviru službe se za vršenje pojedinih grupa poslova organa državne uprave, mogu osnovati uže organizacione jedinice - biro, kancelarija i pisarnica.

Dekoncentracija poslova državne uprave vrši se na osnovu akta Vlade ili ministarstva. Naime, na osnovu odredbi člana 19. Uredbe, organi državne uprave, svojim aktom o organizaciji i sistematizaciji, osnivaju područne jedinice van sedišta organa državne uprave, ako se na taj način obezbeđuje racionalnije, potpunije i efukasnije vršenje poslova, a naročito blagovremeno ostvarivanje prava i obaveza i na zakonu zasnovanih pravnih interesa građana i pravnih lica. U okviru područne jedinice može se osnovati ispostava, ekspozitura i filijala, kada je to neophodno za obavljanje poslova na području jedne opštine.

Saglasno st. 2. i 3. člana 37. Zakona o državnoj upravi, akt o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji organa državne uprave utvrđuje Vlada, na predlog ministra, odnosno starešine organa uprave. U postupku utvrđivanja ovog akta, Vlada obavezno pribavlja mišljenje ministarstva koje vrši nadzor nad radom tog organa uprave. Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji organa državne uprave utvrđuju se pitanja, koja se odnose na: 1) unutrašnju organizaciju (broj i vrsta organizacionih jedinica i sadržaj grupa poslova koji se vrše u unutrašnjim organizacionim jedinicama ili van njih) i 2 sistematizaciju poslova i zadataka (broj i sitematizaciju službenika i nameštenika u okviru i van unutrašnjih organizacionih jedinica, uslove za obavljanje utvrđenih poslova i zadataka, probni rad i njegovo trajanje, kao poseban uslov i opis utvrđenih službeničkih i namešteničkih mesta).

Na osnovu čl. 2, 36. i 38. Zakona o državnim službenicima i namještenicima, državni službenik, odnosno nameštenik je lice koje je zasnovalo radni odnos u organima državne uprave, za vršenje poslova u određenom zvanju, koja su za državne službenike raspoređena u tri razreda a nameštenike u pet. U okviru Odeljka IV i V Uredbe – Okvirni broj izvršilaca i Uslovi za vršenje poslova, propisani su način utvtrđivanja broja izvršilaca u organima državne uprave i poslovi iz osnovne delatnosti i drugi poslovi organa koje vrše viši državni službenik, državni službenik i viši nameštenik i nameštenik u odgovarajućim zvanjima.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na osnovu iznetih aspekata i relevantnih i aktuelnih pitanja organizacije državne uprave u Republici Srbiji i Crnoj Gori, odnosno polazeći od postojećeg stanja u toj oblasti u bivšim republikama i državama članicama SRJ i DZ SCG, daju se određene konstatacije.

I. S tim u vezi, u pogledu opštih karakteristika organizacije državne uprave, napominje se sledeće:

1) državna uprava je kompleksan i dinamičan sistem socijalne regulacije, odnosno bitan društveni podsistem državnog organizovanja, funkcionisanja.i delovanja; 2) reforma državne uprave predstavlja značajan element reforme sistema vlasti; 3) moderna državna uprava je moguća jedino uz jasno razdvajanje politike od administracije, koje su dva dela javnog sektora i koji su, iako povezani po prirodi, različiti, jer dosadašnje obrazovanje organa državne uprave nije uvek posledica realne, funkcionalne potrebe, već je uglavnom bilo uslovljeno promenama iz političkih razlozloga; 4) nije dovoljno jasno definisano razgraničenje između poslova državne uprave i drugih državnih poslova, naročito onih koje vrše drugi državni organi (agencije, regulatorna tela i dr.), što izaziva nejasnoće u organizacionom i funkcionalnom pogledu državne uprave, jer je naročito osnivanjem određenog broja agencija narušen sistem državne uprave; 5) u organizacionom smislu državna uprava predstavlja takvu upravu organizaciju i strukturu čija je osnovna funkcija obavljanje upravne delatnosti, a određivanje u zakonima sadržaja pojedinih poslova državne uprave, predastavlja unapređenje te delatnosti i državne uprave, koja ostvaruje socijalne ciljeve, kao javni servis građana; 6) organizaciona struktura državne uprave odnosi se na tri glavne oblasti: a) funkciju vlasti (spoljni i unutrašnji poslovi, odbrana, državna uprava, lokalna samouprava, pravosuđe i finansije), b) oblast privrede (ekonomija, saobraćaj, poljoprivreda, vodoprivreda i šumarstvo, trgovina, turizam, životna sredina i sl.) i v) oblast društvenih delatnosti (rad, zdravstvo, socijalna politika, nauka i tehnologija, prosveta, kultura i dr.); 7) organizacija državne uprave je celovit i složen organizacioni sistem organa državne uprave sa utvrđenim nadležnostima i delokrugom, međusobnim ovlašćenjima i obavezama i odnosima saradnje, tako da organizaciona struktura u upravnom sistemu predstavlja sistem veza i odnosa između pojedinih delova i elemenata te organizacije, radi postizanja efikasnijeg i kvalitetnijeg vršenja poslova državne uprave; 8) organi državne uprave predstavljaju posebnu vrstu državnih organa osnovanih za vršenje upravne delatnosti, a ministarstva su osnovni organizacioni oblik organa državne uprave; 9) odgovarajućim propisima su utvrđeni poslovi koje obavljaju ministarstva i drugi organi državne uprave, što omogućava viši stepen koncentracije i specijalizacije vršenja poslova i jasniju linijsku odgovornost i kontrolu, u okviru vertikalne resorne organizacije državne uprave; 10) u rukovođenju organima državne uprave usvojen je linijski sitem sa monokratskim upravljanjem, jer organima državne uprave - ministarstvima neposredno rukovodi ministar, koji je za svoj i rad ministarstva i stanje u oblasti iz delokruga ministarstva odgovaran predsedniku vlade, vladi i skupštini; 11) nadzora nad zakonitošću rada organa državne uprave uglavnom vrše nadležna ministarstva, čime je uspostavljena sektorska hijerarhijska podela i odnos, u zavisnosti od toga koje ministarstavo vrši nadzor nad organima državne uprave; 12) u državnoj upravi su postignuti određeni pozitivni funkcionalni efekti, koji nisu na odgovarajući način praćeni u organizacionom delu državne uprave, tako da je on

nestabilan, zbog čestih promena organizacione strukture i broja organa državne uprave; 13) postojeće stanje organizacije državne uprave je imperativ za sprovođenje dalje racionalizacije i utvrđivanje optimalnog broja organa državne uprave i njihovog unutrašnjeg uređenja (organizacije), koji će biti funkcionalni i društveno-ekonomski opravdani u odnosu na veličinu države i broj stanovnika, a zasnovani na principima pravne države i vladavine prava i postulatima struke, posebno u uslovima svetske ekonomske krize; 14) organizacija državne uprave je značajan i složen segment reforme državne uprave, u kojem se, na osnovu funkcionalne analize (vertikalne, sistemske i horizontalne), u narednom periodu moraju preduzeti dalji reformski procesi, aktivnosti i mere, radi racionalizacije i unapređenja postojećeg organizacionog okvira i dalje depolitizacije, racionalizacije, efikasnosti i efektivnosti delovanja državne uprave i 15) potrebno je istovremeno i kontinuirano preduzimati i odgovarajuće sistemske mere, u cilju daljeg razvoja racionalnog, profesionalnog i kompetentnog kadrovskog sistema i jačanja kapaciteta organa državne uprave i upravnog sistema u celini.

II. U odnosu na rzmatrane elemenate organizacije državne uprave, navode se njihova osnovna obeležja.

A. Pravni osnov:

1) organizacija i rad državne uprave utvrđeni su pravnim normama dati u ustavima, zakonima i drugim propisima Republike Srbije i Crne Gore; 2) Ustavom Republike Srbije je, u odnosu na Ustav Crne Gore, nešto detaljnije uređen položaj državne uprave, tako što je, pored ostalog, utvrđeno da poslove državne uprave obavljaju ministarstva i drugi organi državne uprave određeni zakonom, s tim što su ministarstva jedini Ustavom predviđeni organizacioni oblik za vršenje poslova državne uprave, a i poslovi i broj ministarstava se, takođe, određuju zakonom; 2) Ustavom Crne Gore samo je utvrđeno da poslove državne uprave vrše ministarstava i drugi organi uprave i ministarstva su, takođe, osnovni organizacini oblik, a zakonom je propisano da Vlada uredbom osniva ministarstava i druge organe uprave, utvrđuje organizaciju i način rada državne uprave i druga pitanja od značaja za organizaciju i rad državne uprave; 3) Republika Srbija i Crna Gora, kao zemlje u tranziciji, donele su strategije reforme drževne uprave, koje predstavljaju sistemsko, normativno, funkcionalno, organizaciono i kadrovsko unapređenje i razvoj upravnih sistema; 4) u Republici Srbiji je potrebno dalje aktivnosti u oblasti organizacije državne uprave sprovoditi saglasno Akcionom planu za sprovođenje reforme državne uprave (2009-2012) - (tač. I odeljka Racionalizacija - Unapređenje načina funkcionisanja sistema državne uprave) i 5) u Crnoj Gori treba, u narednom periodu, nastaviti realizaciju utvrđenih mera i aktivnosi u delu organizacije državne uprave, a na osnovu uspostavljene jedinstvene koordinacije procesa upravne reforme, u okviru kabineta potpredsednika Vlade za politički sistem i unutrašnju i spoljnu politiku.

B. Vrste organa državne uprave:

1) posebno važno pitanje je organizaciona struktura državne uprave, odnosno organizacioni oblici, vrste i broj organa državne uprave; 2) Zakonom o državnoj upravi Republike Srbije je propisano da, u organizacionom smislu, državnu upravu čine ministarstva, organi uprave u sastavu ministarstava i posebne organizacije; 3) Zakonom o državnoj upravi Crne Gore utvrđeno je da poslove državne uprave vrše ministarstva i drugi organi uprave; 4) Zakonom o ministarstvima Republike Srbije obrazovana su ministarstava i posebne organizacije i utvrđen njihov delokrug, tako da je osnovano 24 ministarstava, 14 organa uprave u sastavu ministarstava (uprve, inspektorati i direkcije) i 12 posebnih organizacija (sekretarijati i zavodi); 5) u Crnoj Gori se, na osnovu Uredbe o organizaciji i načinu rada državne uprave, osnivaju ministarstva i drugi organi uprave, uređuje organizacija i način rada državne uprave i druga pitanja od značaja za organizaciju i rad državne uprave, pa je osnovano 17 ministarstava i 36 drugih organa uprave (17 uprava, jedan sekretarijat, 10 zavoda, 6 direkcija i dve agencije); 6) u Republici Srbiji se ministarstava osnivaju za obavljanje poslova državne uprave u jednoj ili više međusobno povezanim oblastima, organi uprave u sastavu ministarstava za izvršne, odnosno inspekcijske i sa njima povezane stručne poslove, ako njihova priroda ili obim zahtevaju veću samostalnost od one koju ima sektor u ministarstvu, a posebne organizacije za stručne i sa njima povezane izvršne poslove, čija priroda zahtava veću samostalnost od one koju ima organ uprave u sastavu ministarstva i 7) u Crnoj Gori se ministarstva osnivaju za vršenje poslova predlaganja unutrašnje i spoljne politike, vođenja razvojne politike, normativne delatnosti i vršenja upravnog nadzora, a drugi organi uprave za poslove izvršavanja zakona i drugih propisa, upravne i stručne poslove u upravnim oblastima u kojima se osnivaju ministarstva i u drugim oblastima kada obim i priroda posla zahtevaju samostalnost u radu.

V. Unutrašnje uređenje (organizacija) organa državne uprave:

1) za racionalno, efikasno, profesionalno i kompetentno izvršavanje poslova iz nadležnosti i delokruga organa državne uprave i upravnog sistema, veoma je bitno unutrašnje uređenje (organizacija) i sistematizacija radnih mesta u organima državne uprave, koji se utvrđuju u zavisnosti od prirode, vrste, složenosti, obima i povezanosti poslova koje vrše ovi organi; 2) U Republici Srbiji su Uredbom o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade, Uredbom o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis ranih mesta državnih službenika i Uredbom o razvrstavanju radnih mesta nameštenika propisana načela za unutrašnje uređenje i sistematizaciju i druga pitanja od značaja za pripremu i donošenje akta - pravilnika o tome; 3) u Crnoj Gori je nvedena materija regulisana Uredbom o grupama poslova, kriterijumima za unutrašnju organizaciju i sistematizaciju, nomenklaturi poslova i okvirnom broju izvršilaca u organima državne uprave; 3) na osnovu Uredbe Vlade RS, unutrašnje jedinice organa državne uprave obrazuje se kao: a) osnovne (sektor), posebne (sekretarijat) i kabinet i b) uže unutrašnje jedinice (odsek, odeljenje i grupa) i 4)

saglasno Uredbi Vlade CG, unutrašnje organizacione jedinice su sektor, odeljenje, referat, kabinet, služba i područna jedinica, a u okviru sektora se mogu osnovati uže organizacione jedinice (ispostave, ekspoziture i filijale).

Andjelka Plavsic-Nesic, LLB
graduated lawyer, Belgrade

ORGANIZATION OF THE STATE ADMINISTRATION IN THE REPUPLIC OF SERBIA AND MONTENEGRO

Summary

Following the principles of the States of low and the reign of low, as well, a modern and efficient state should especially be based on the strategy of the reform, depolitreization, rationalization, professionalization, the new public menagment, e-administration and on the standards and low of the Euroean Community. Therefore, in the scope of the changes of governing, the reform and the modernization of the State administration, the process of the system streghtening and the capacities of the State administration organs, the special importance and actuality are given to the states of the West Balkans. Because of the special importance of the organizational aspect for the functioning of the administrative system, the basic elements of the State administration (law basis , types and numbers of the State administration organs and their internal organization) have been taken into consideration in the Republic of Serbia and Montenegro, as the former republics, i.e. the state members of the Federal Republic of Yugoslavia and in the state community Serbia and Montenegro.

In the limits of the menitioned aspects and the relevant and actual questions of the organization of the State administration in the Republic of Serbia and Montenegro, the definite statement referring to the following points, have been given:

1) The state administration is a complex and dynamic system of the social regulation, i.e. the essential social undersystem of the state oranization, functioning and acting;

2) The reform of the state administration represents the important element of the govermment system reform;

3) The organizational strucure of the state administration is in relation with three main fields: functioning of the authorities, the industrial field and the field of the social activities;

4) The state administration organ is an important and complex segment of the state administration reform by which, on the base of the functional analysis, the

further reform processes, activities and measures must be undertaken with following period;

5) It is necessary because of the further rationalization and the progress of the existing organizational structure and the further despoliticization, rationalization, efficency and effectivness of the state administration acting;

6) The organization and the work of the state administration have been determined by the low normativs given in the Constitutions and the other regulations of the Repuplic of Serbia and Montenegro;

7) The Republic of Serbia and Montenegro, as the countries in transition, have established the strategies of the state administration reform, resprezenting the systematic, normativ, functional, organizational and the staff advancement, as well as the development of the state systems;

8) The most important questions is related to the structure organization of the state administration i.e. the organizational forms, types and numbers of the state administration organs;

9) According to the low of the State administration of the Republic of Serbia, it is defined what in the organizational sense, the state administration consistes of the ministries, administration consists of the ministries, administration organs in the scope of the ministries , as well as the special organizations;

10) In the Republic of Serbia and Montenegro, the ministries are the basic forms of the state administration organization;

11) By the low on ministries of the Republic of Serbia, three ministries and the special oranizations have been founded, as well as twenty four ministries, fourteen state administration organs with scope of the ministres, twelve special organizations;

12) On the basis of the Authority regulations, seventeen ministres and thirty six other administrative organs have been founded in Montenegro;

13) The internal organization and the systematization of jobs in the state administration in the Republic of Serbia and Montenegro have been established by the regulationes and they are very important for the rational, efficient, professional and complete perfoming of the affairs in the compentence and the sphere of activity of these organs and the state administration on the whole.

Key words: State administration. Administration reform. Organization of the state administration. Low basis. State administration organs. Internal organization. Republic of Serbia. Montenegro.

mr Katarina Jovičić,
istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd

ARBITRAŽNO PRAVO DRŽAVA U REGIONU ZAPADNOG BALKANA

Apstrakt

Srbija, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Federacija BiH i Republika Srpska su države regiona čija su arbitražna prava predmet razmatranja u ovom radu. Iako su u pitanju prava čiji je prvi arbitražni zakon bio Zakon o parničnom postupku koji se primenjivao na teritoriji SFRJ, ona se među sobom danas razlikuju ne samo koncepcijski, već i sadržinski: jedna prihvataju koncept celovitog formalno-pravnog uređenja ove materije posebnim propisom, dok druga pravila o arbitraži i arbitražnom postupku zadržavaju u okviru zakona koji uređuje građanski sudski postupak; jedna su svoje nacionalno zakonodavstvo uredila na osnovama i principima UNCITRAL Model zakona o arbitraži dok su, druga, uz minimalne korekcije, zadržala rešenja bivšeg saveznog propisa.

Na početku rada daje se pregled nacionalnih izvora arbitržnog prava a središte rada posvećeno je analizi rešenja koja ta izvori predviđaju za sledeća bitna pitanja arbitražnog postupka: arbitrabilnost predmeta spora, kad je arbitraža međunarodna, arbitražni sporazum, arbitri i arbitražni sud, nadležnost arbitraže, pravila postupka, arbitražna odluka i sudska kontrola arbitražnih odluka.

Ključne reči: arbitraža, izvor prava, arbitražni sud, arbitri, arbitražni postupak, arbitražna odluka, sudska kontrola arbitražnih odluka.

UVOD

Rešavanje sporova pred arbitražom sve češće je u upotrebi kao vid alternativnog rešavanja sporova zbog višestrukih prednosti u odnosu na sudski postupak. Kao pogodnosti arbitraže izdvajaju se naročito: kraće trajanje postupka, uticaj na imenovanje arbitara, veća sloboda u ugovaranju merodavnog prava, tajnost postupka itd. Činjenica da se arbitražne odluke lakše priznaju i prinudno izvršavaju u inostranstvu[1] nego presude državnih sudova je posebno značajna u međunarodnim trgovinskim sporovima. U ovoj oblasti arbitraža je prihvatljivija i zbog toga što su razlike između nacionalnih propisa koji je uređuju sve manje budući da se veliki broj

[1] Arbitražne odluke se u praksi jednostavnije izvršavaju u inostranstvu nego presude državnih sudova što je u najvećoj meri posledica činjenice da je veliki broj država uskladilo svoja nacionalna prava o tom pitanju pristupivši Njujorškoj konvenciji o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine. Pregled država koje su ratifikovale ovu konvenciju videti na http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

njih zasniva na rešenjima UNCITRAL Model zakona o arbitraži[2]. To značajno doprinosi pravnoj sigurnosti stranaka jer im relevantni propis stranog poslovnog partnera najčešće nije nepoznat, kao što je to često slučaj sa propisima koji uređuju građanski sudski postupak.

Arbitraža, kao originalna institucija organizovanja stranaka za rešavanje njihovih međusobnih sporova, predmet je intenzivnog regulisanja kako na nacionalnom tako i na međunarodnom planu. Brojne države su u toku poslednje dve decenije uredile svoje arbitražno pravo, među kojima su i države Zapadnog Balkana koje su pre sticanja samostalnosti bile republike članice SFRJ. U pitanju su Srbija, Hrvatska, Crna Gora, Makedonija, Federacija BiH[3] i Republika Srpska, države sa zajedničkim pravnim, političkim i kulturnim nasleđem, zbog čega je bilo interesantno uporediti njihova prava u ovoj oblasti i utvrditi da li se ona i u kojoj meri danas među sobom razlikuju.

I) IZVORI PRAVA

Arbitražno rešavanje sporova je u bivšoj Jugoslaviji bilo uređeno u više izvora prava, kako međunarodnih, tako i unutrašnjih. Ta država je bila potpisnik najvažnijih međunarodnih konvencija u ovoj oblasti, i to su: Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine,[4] Ženevska konvencija o izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1927. godine,[5] Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine[6], Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine[7] i Vašingtonska konvencija o rešavanju međunarodnih investicionih sporova između država i građana drugih država iz 1965. godine[8]. Od sticanja samostalnosti i nezavisnosti sve novoformirane države su pristupile navedenim međunarodnim konvencijama, čije su već bile članice kao republike u sastavu SFRJ.[9]

Kada je o unutrašnjim izvorima prava reč, u bivšoj saveznoj državi nije postojao posebni zakon koji uređuje arbitraže i arbitiražno rešavanje sporova, već su

---

[2] UNCITRAL Model zakon o arbitraži je usvojila Komisija Ujedinjenih Nacija za međunarodno trgovinsko pravo 21. juna 1985. godine. U pitanju je akt koji je, pod okriljem UNCITRAL-a nastao kao plod višegodišnjeg rada eksperata i institucija koje se bave arbitražnim pravom. Jedan od osnovnih ciljeva njegovog donošenja je doprinos harmonizaciji i unifikaciji nacionalnih prava u ovoj oblasti.

[3] Kada je o Federaciji BiH posebno reč, u oblasti arbitražnog rešavanja sporova posebni propis primenjuje se za teritoriju Brčko Distrikt Federacije BiH, zbog čega je i ovaj propis bio predmet analize u radu.

[4] «Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori», br. 4/1959.

[5] "Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori», br. 4/1959.

[6] «Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori», br. 11/1981 pri čemu je pri ratifikacija stavljena rezerva na teritorijalni reciprocitet i komercijalni reciprocitet na osnovu člana I stav 3. Konvencije)

[7] «SLužbeni list SFRJ – Međunarodni ugovori» br. 12/1963

[8] «Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori», br. 7/1967.

[9] Podaci o ratifikacijama dostupni na http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid2&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en#Participants

pravila o tome bila sadržana u okviru posebne glave Zakona o parničnom postupku. Ovaj zakon je obuhvatao norme koje uređuju kako unutrašnju, tako i međunarodnu arbitražu[10] i on je regulisao sledeća pitanja: pojam arbitraže,[11] arbitrabilnost predmeta spora,[12] pojam vidovi i forma arbitražnog sporazuma, nadležnost arbitraže, arbitražni postupak, pojam i dejstvo arbitražne odluke i sudska kontrola arbitražnih odluka u postupku njihovog poništenja. Pitanje priznanja i prinudnog izvršenja stranih arbitražnih odluka uređivao je Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja,[13] koji je bio primarni izvor prava za to pitanje pod uslovom da nije reč o predmetu u domenu međunarodnih konvencija i bilateralnih međunarodnih ugovora čiji je bivša savezna država bila potpisnik. Na pojedina pitanja ovog postupka primenjivali su se i drugi propisi, pre svih zakon o ustrojstvu sudova kao i zakon kojim se uređuje izvršni postupak.

Republike članice bivše savezne države su po proglašenju nezavisnosti i samostalnosti u oblasti arbitražnog rešavanja sporova u početku primenjivale savezni Zakon o parničnom postupku kao republički propis, a vremenom su počele da donose svoje propise o građanskom sudskom postupku i o arbitražama. Pravila o arbitražnom rešavanju sporova danas su tim novim propisima formulisana u okviru posebnog zakona u nekoliko država, dok su negde ostala sistematizovana u okviru zakona koji uređuje građanski sudski postupak. U prvoj grupi nalaze se Republika Hrvatska, koja je 2001. godine usvojila Zakon o arbitraži[14], Republika Srbija koja je Zakonom o arbitraži iz 2006. godine[15] izvršila reformu svog arbitražnog prava i Republika Makedonija, koja je iste godine donela Zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.[16] Kada je o Makedoniji, posebno, reč, u ovoj državi je reforma obuhvatila samo međunarodnu trgovinsku arbitražu, dok je unutrašnja arbitraža i dalje ostala

[10] Zakon o parničnom postupku nije upotrebljavao termin «arbitraža» već «izbrani sud», koji je u pravo bivše Jugoslavije ušao pod uticajem nemačkog prava.

[11] Arbitraža odnosno «izbrani sud» je shvatana kao sud kome stranke poveravaju da im, umesto državnog suda, autoritativno reši jedan ili više sporova. One su to činile ugovorom o izbranom sudu. O ovome videti detaljnije kod Poznić, B., Građansko procesno pravo, Beograd, 1986, str. 402-403.

[12] Odredbe o arbitrabilnosti su bile sadržane u članovima 469. i 469a. Zakona o parničnom postupku, koje su svoj konačni oblik dobile novelama tog zakona iz 1990. godine (Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, «Službeni list SFRJ», br. 27/90). Ove odredbe predviđale su da stranke mogu u sporovima sa međunarodnim elementom o pravima kojima slobodno raspolažu ugovoriti nadležnost domaćeg ili stranog izbranog suda pod uslovom da za taj spor nije predviđena isključiva nadležnost domaćeg suda na osnovu zakonskih odredbi o isključivoj nadležnosti u sporovima sa međunarodnim elementom. (član 469. ZPP). Sporove bez međunarodnog elementa kojima slobodno raspolažu, stranke mogu iznositi pred stalne izbrane sudova, osnovane pri privrednim komorama i drugim organizacijama predviđenim zakonom, ako zakonom nije utvrđeno da određene vrste sporova rešavaju isključivo drugi sudovi. Nadležnost izbranih sudova u drugim slučajevima može se predvideti samo zakonom. (član 469a).

[13] Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, «Služeni list SFRJ», br. 43/82 i 72/82.

[14] Zakon o arbitraži, "Službene novine RH» br 88/2001

[15] Zakon o arbitraži, «Službeni glasnik Republike Srbije» br. 46/2006

[16] Zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije, «Služben vesnik na RM», br. 39/2006.

sistematizovana u posebnu glavu Zakona o parničnom postupku.[17] U drugoj grupi su Crna Gora koja je 2004. godine usvojila novi Zakon o parničnom postupku[18], zatim Federacija BiH sa Zakonom o parničnom postupku iz 2003. godine[19], Zakonom o parničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine iz 2009. godine[20], te Republika Srpska u kojoj se primenjuje Zakon o parničnom postupku iz 2003. godine[21]. Rešenja koja sadrže propisi Federacije BiH, Brčko Distrikta BiH i Republike Srpske su identična kako po sadržini tako i po formi[22] te se, kada je o ovom prostoru reč, može govoriti o jednom propisu.

Svi pomenuti zakoni ustanovljavaju i dopuštaju arbitražu kao način privatnog rešavanja sporova. Zakoni Srbije, Hrvatske, i Crne Gore razdvajaju unutrašnju i međunarodnu arbitražu i osim što predviđaju uslove pod kojima se trgovinska arbitraža smatra međunarodnom[23], sadrže i neka specijalna pravila koja se pred njom primenjuju[24]. Propisi koji se primenjuju na teritoriji BiH i Republike Srpske ne sadrže odredbe koje razdvajaju unutrašnju od međunarodne arbitraže, već se ista pravila primenjuju u oba slučaja. Oni su i najopštiji te se, radi rešavanja pojedinih pitanja koja se postavljaju povodom konkretnog spora, kao dopunski izvori prava moraju primeniti i odredbe pravilnika institucionalnih arbitraža, međunarodnih ili unutrašnjh, zbog čeg su i oni značajni izvori arbitražnog prava na tom prostoru.[25]

---

[17] Zakon o parničnom postupku, "Službeni vesnik na RM", br. 33/98, 22/2002-2, Glava XXX, članovi 438-459. U ovom zakonu u upotrebi je termin "izbrani sud", koji je osim u Makedoniji zadržan još i u Republici Srpskoj.

[18] Zakon o parničnom postupku, "Službeni list Republike Crne Gore", br. 22/04-1, 28/05-31 i 76/06-1.

[19] Zakon o parničnom postupku, "Službene novine Federacije BiH", br. 53/03 zamenjen je prethodni Zakon o parničnom postupku iz 1998. godine.

[20] Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH", br. 8/09.

[21] Zakon o parničnom postupku, «Službeni glasnik Republike Srpske», br. 58/03, 85/03, 74/05 i 63/07

[22] U Zakonima o parničnom postupku Federacije BiH i Republike Srpske se i brojevi članova poklapaju tako da će se u daljem tekstu upućivati samo na odgovarajući član Zakona o parničnom postupku Federacije BiH pri čemu se to isto podrazumeva i za Republiku Srpsku.

[23] Zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije se odnosi samo na međunarodnu trgovinsku arbitražu dok je pitanje unutrašnje arbitraže u ovoj državi uređeno Zakonom o parničnom postupku

[24] U pitanju su, obično, odredbe o jeziku arbitraže, nadležnom pravu, mogućnosti određivanja merodavnog procesnog prava itd.

[25] Pravilnik o organizaciji i radu arbitražnog suda Vanjskotrgovinske komore BiH, dostupno na adresi www.komora.ba , Pravilnik o spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Republike Srpske kao i Pravilnik o stalnom izbranom sudu (arbitraži) pri Privrednoj komori Republike Srpske, dostupno na adresi http://www.komorars.ba/a2/index.php/doc/1689 .

II) OSNOVNA PITANJA ARBITRAŽNOG POSTUPKA

1. Dopuštenost arbitraže

Pred arbitražom kao privatnim sudom mogu se rešavati samo određeni sporovi i u odnosu na ovo pitanje sve države regiona propisuju da to mogu biti samo sporovi o pravima kojima stranke mogu slobodno da raspolažu. I bivši savezni Zakon o parničnom postupku sadržao je isto rešenje, s tim što je on predviđao i jedno ograničenje a to je da za spor u pitanju nije propisana isključiva nadležnost državnog suda. Ovo ograničenje, međutim, nije opstalo u punom obliku u savremenom hrvatskom pravu, gde je domen njegove primene ograničen na međunarodnu arbitražu.[26]

U traženju odgovora na pitanje zbog čega je došlo do ove izmene u hrvatskom pravu,[27] mora se poći od rešenja bivšeg saveznog ZPP-a. Tim zakonom je bila postavljena jasna razlika u značenju navedene negativne pretpostavke za ugovaranje arbitraže u unutrašnjim i međunarodnim sporovima, a pravila o isključivoj nadležnosti suda u jednom i u drugom slučaju nisu ista. Tako se pred međunarodnom trgovinskom arbitražom moglo postaviti pitanje isključive međunarodne nadležnosti domaćeg suda, dok se pred arbitražom bez međunarodnog elementa tražilo da ne postoji isključiva stvarna i isključiva mesna nadležnost državnog suda.[28] Delokrug sporova za koje je bio predviđen neki od navedenih oblika isključive nadležnosti kod domaćih sporova nije uopšte bio tako mali i odredbe o tome nalazile su se u više propisa[29]. To nije pogodovalo pravnoj sigurnosti stranaka budući da one nisu mogle uvek unapred predvideti da li će sud poništiti arbitražnu odluku zbog povrede odredbi o isključivoj nadležnosti državnog suda, ili ne. Zbog toga se ova negativna pretpostavka izgubila kada je o unutrašnjoj arbitraži reč jer se veruje da će to pospešiti njenu primenu kao sredstva za alternativno rešavanje sorova.[30]

Ranijim saveznim Zakonom o parničnom postupku bilo je predviđeno i da se sporovi bez međunarodnog elementa mogu raspravljati samo pred stalnim arbitražama, dok su se sporovi sa međunarodnim elementom mogli rešavati i pred *ad*

---

[26] Stavom 2. člana 3. Zakona o arbitraži Republike Hrvatske predviđeno je da stranke u sporu sa međunarodnim elementom mogu predvideti nadležnost strane arbitraže, pod uslovom da posebnim zakonom nije propisano da se takav spor mora rešavati pred domaćim sudom.

[27] O isključivoj nadležnosti kao negativnoj pretpostavci ugovaranja arbitraže videti detaljnije kod Dika, M., Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova, Pravo u gospodarstvu, 36/1:97, str. 25-42.

[28] O ovome videti detaljnije kod Dika, M., op. cit, str. 33-36.

[29] To su bili, na primer: sporovi o pravu svojine i drugim svojinskim pravima na nepokretnostima (član 56. stav 1. ZPP i član 56. ZRSZ); sporovi zbog smetanja poseda na nepokretnosti (član 56. stav 1. ZPP i člana 56. ZRSZ); sporovi iz ugovora o korišćenju stana ili poslovnih prostorija (član 56. stav 1. ZPP i član 56. ZRSZ); sporovi o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na vazduhoplovima, brodovima (član 57. stav 1. ZPP); sporovi koji nastaju u toku ili povodom sudskog ili administrativnog postupka izvršenja (član 57. ZPP), itd. Ovo nije potpuna lista a dopunjuju je, osim domaćih propisa, i odredbe pojedinih bilateralnih i multilateralnih međunarodnih ugovora. Videti detaljnije kod Uzelac, A., Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži, Pravo i porezi broj 2, januar 2002, str. 13.

[30] Ibidem.

hoc arbitražama. Ovo pravilo, takođe, nije svuda zadržano i institucionalne granice arbitrabilnosti, kada je o unutrašnjim sporovim reč, su u novim zakonima Srbije, Hrvatske i Crne Gore određene tako da se oni mogu raspravljati ne samo pred stalnim, već i pred *ad hoc* arbitražama. Propisi koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH i Republike Srpske ne sadrže odredbu po kojoj je raspravljanje sporova bez međunarodnog elementa ograničeno na institucionalne arbitraže, ali ni ne daju preciziranje o tom pitanju na način koji srećemo u propisima Srbije, Hrvatske i Crne Gore. U Republici Makedoniji je, jedinoj od država regiona, zadržano rešenje bivšeg saveznog ZPP-a po kome se arbitražno rešavanje unutrašnjih sporova može poveriti samo institucionalnoj arbitraži[31], dok je rešavanje međunarodnih trgovinskih sporova dopušteno kako pred institucionalnim, tako i pred *ad hoc* arbitražama.

2. Kad je arbitraža međunarodna

Kada je o određenju arbitraže međunarodnom reč, u pravima zemalja u regionu ne nalazimo identična rešenja mada se za razlike između njih ne može reći da su suštinske. Najšire određenje međunarodne arbitraže sadrži srpski propis, koji je u celosti preuzeo rešenje Model zakona o arbitraži i predviđa da je arbitraža čije je sedište u Srbiji međunarodna kada za predmet ima sporove iz međunarodnih poslovnih odnosa kada su ispunjeni sledeći subjektivni ili objektivni kriterijumi: «1) ako stranke u vreme zaključenja sporazuma o arbitraži imaju poslovna sedišta u različitim državama; 2) ako se izvan države u kojoj stranke imaju svoja poslovna sedišta nalazi mesto: a) arbitraže, ako je određeno u sporazumu o arbitraži ili na osnovu njega, ili b) u kome treba da se izvrši bitan deo obaveza iz poslovnog odnosa ili mesto sa kojim je predmet najuže povezan; 3) ako su se stranke izričito sporazumele da je predmet sporazuma o arbitraži vezan za više država»[32]. Slično rešenje sadrži i makedonski Zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, po kome je arbitraža međunarodna kada je makar jedna od stranaka u vreme zaključenje arbiražnog sporazuma fizičko lice koje ima prebivalište ili trajno boravište van teritorije Republike Makedonije, ili pravno lice čije sedište nije na teritoriji Makedonije, odnosno kada mesto u kome treba da se izvrši bitan deo obaveza iz poslovnog odnosa ili mesto sa kojim je predmet spora u najtešnjoj vezi nije na teritoriji Makedonije.[33]

---

[31] Kada je o Makedoniji, posebno, reč, tada ovo pravilo važi samo za sporove pred međunarodnim trgovinskim arbitražama, dok je Zakonom o parničnom postupku u odnosu na unutrašnje sporove u potpunosti zadržano rešenje bivšeg saveznog ZPP-a po kome se oni mogu raspravljati samo pred stalnim, institucionalnim arbitražama (član 440. Zakona o parničnom postupku Makedonije, «Služben vesnik na RM», br. 33/98).

[32] Član 3. stav 1. Zakona o arbitraži Republike SRbije i član 473. Zakona o parničnom postučku Crne Gore.

[33] Član 1. stav 3. Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije. U stavu 4. istog člana dalje se navodi da ako jedna od strana ima više sedišta uzeće se u obziro ono koje je u najtešnjoj vezi sa arbitražnim sporazumom odnosno akko stranka koja je pravno lice nema sedište, uzeće se u obzir mesto u kome se nalazi njena poslovna jedinica.

Hrvatski Zakon o arbitraži opredelio se za nešto uže određenje pojma međunarodne arbitraže, vezujući je za «spor sa međunarodnim obilježjem» i određujući da je to arbitraža čije je sedište u Hrvatskoj ako raspravlja spor «u kojem je barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem u tuzemstvu, odnosno pravne osobe koje su osnovane po stranom pravu».[34] Zakonodavac nije prihvatio pristup Model zakona zbog toga što «omogućuje da same stranke svojim sporazumom odrede jedan spor kao međunarodni, nevezano od njihovog statusa i statusa spora u pitanju.»[35] Kriterijum kvalifikovanja arbitraže međunarodnom je subjektivni i zasniva se na prebivalištu ili trajnom boravišu fizičkog lica koje je stranka u postupku, odnosno sedišta pravnog lica. To znači da u sporu koji nema međunarodno obeležje ne može biti ugovorena arbitraža čije je sedište van teritorije Republike Hrvatske.

U odnosu na ovo pitanje identično rešenje kao u hrvatskom propisu nalazimo i u Zakonu o parničnom postupku Crne Gore (član 473.), dok zakoni o parničnom postupku koji se primenjuju u Federaciji BiH i Republici Srpskoj u aktuelnim verzijama ne sadrže posebne odredbe o ovom pitanju, ali se pravilo o tome kad se arbitraža smatra međunarodom nalazi u relevantnim pravilnicima koji uređuju rad stalnih spoljnotrgovinskih arbitraža organizovanih pri Trgovinskim komorama BiH i Republike Srpske. Ovi pravilnici, slično hrvatskom i crnogorskom zakonu, insistiraju na subjektivnom kriterijumu i međunarodnom smatraju arbitražu kod kojih je makar jedna stranka strano pravno ili fizičko lice (član 12. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži Republike Srpske[36] odnosno član 2. Pravilnika o organizaciji i radu arbitražnog suda koji je organizovan pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH[37]).

3. Arbitražni sporazum

Pravni osnov i pretpostavka za arbitražno rešavanje spora je arbitražni sporazum. Ovaj sporazum je u svim analiziranim propisima moguće zaključiti kako u pogledu budućih sporova koji mogu proizaći iz određenog pravnog odnosa, tako i u pogledu određenog, već nastalog spora.[38] O ovom pitanju među propisima zemalja u regionu nema razlike.

Da bi proizvodio pravno dejstvo, arbitražni sporazum mora biti sačinjen u pismenoj formi, što je pravilo koje se primenjuje kao imperativno u svim analiziranim pravima, pri čemu se između njih mogu uočiti izvesne razlike kada je o pitanju šta se

[34] Član 2. stav 1. tačka 7. Zakona o arbitraži Republike Hrvatske
[35] O ovome videti detaljnije Uzelac, A., op. cit, str. 10.
[36] Pravilnik o spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Republike Srpske, dostupno na http://www.komorars.ba/a2/index.php/doc/1689
[37] Pravilnik o organizaciji i radu arbitražnog suda, dostupno na http://www.komorabih.ba/images/dokumenti/pdf/pravilnik_o_arbitrazi.pdf
[38] Član 9. Zakona o arbitraži Srbije, član 6. Zakona o arbitraži Hrvatske, član 2. stav 1. tačka 6. Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije, član 474. Zakona o parničnom postupku Crne Gore, član 435. Zakona o parničnom postupku Federacije BiH i član 414. Zakona o parničnom postupku Brčko Distrikta Federacije BiH.

izjednačava sa pismenom formom tog sporazuma reč. U tom pogledu svuda se sa pismenom formom izjednačavaju i slučajevi: kada je ugovor unet u isprave koje su stranke potpisale; kada je ugovor zaključen razmenom poruka putem sredstava komunikacije koja omogućavaju pismeni dokaz o sporazumu stranaka; kada je ugovor o arbitraži zaključen razmenom tužbe u kojoj je tužilac naveo postojanje tog ugovora a tuženi u odgovoru na tužbu to nije osporio.

U odnosu na navedeno, «uobičajeno» rešenje, zakoni Srbije i Hrvatske sadrže nešto detaljnija pravila, koja proširuju listu slučajeva u kojima se smatra da je ugovor o arbitraži zaključen u pismenoj formi. Ova prava, takođe, predviđaju i da će arbitražni sporazum biti punovažan nezavisno od činjenice da li je dokument u pitanju potpisan od strane stranaka ili ne. Tako srpski Zakon o arbitraži sa pismenom formom izjednačava i slučaj kada ugovor zaključen «razmenom poruka putem sredstava komunikacije, koja omogućavaju pismeni dokaz o sporazumu stranaka, bez obzira da li su te poruke stranke potpisale». Pored toga, smatra se da je ugovor o arbitraži zaključen i ako se «stranke u pismenom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži sporazum o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.) ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastavni deo ugovora.»[39]

Hrvatski Zakon o arbitraži sadrži identične odredbe kao i srpski, ali pored toga dodatno predviđa i da će se ugovor o arbitraži smatrati zaključenim: «1) ako je jedna od strana uputila drugoj strani ili ako je neka treća osoba uputila objema stranama pisanu ponudu za zaključenje ugovora o arbitraži a protiv te ponude nije pravodobno izjavljen prigovor, što se prema običajima u prometu može smatrati prihvatom ponude; 2) ako nakon usmeno zaključenog ugovora o arbitraži jedna od ugovornih strana uputi drugoj pisanu obavijest u kojoj se poziva na prethodno zaključeni usmeni ugovor a druga strana pravodobno ne prigovori sadržaju primljene obavijesti, što se prema običajima u prometu može smatrati suglasnošću sa sadržajem primljene obavijesti» (član 6. stav 3. zakona). Pored toga, «upućivanje u glavnom ugovoru na ispravu (opće uvjete za sklapanje pravnog posla, tekst drugog ugovora i slično) koja sadrži arbitražnu klauzulu predstavlja ugovor o arbitraži ako je upućivanje takvo da je ta klauzula sastavni dio toga ugovora.» (stav 4. istog člana). Nadalje, «ugovor o arbitraži je valjan i ako se u teretnici izričito poziva na arbitražnu klauzulu u brodarskom ugovoru (charter partiji)» (stav 5) a kada su u pitanju potrošački ugovori »...ugovor o arbitraži mora biti napisan u posebnoj ispravi koju su potpisale obje stranke. U toj ispravi, osim ako je sastavljena kod javnog bilježnika, ne smije biti drugih utanačenja osim onih koja se odnose na arbitražni postupak.» (stav 6).

Ovako prošireno određenje pismene forme arbitražnog sporazuma, koje srećemo u pravima Srbije i Hrvatske, u potpunosti je u trendu sa savremenim kretanjima u arbitražnom pravu i praksi međunarodne trgovine, a zasnovano je na rešenju Model zakona o arbitraži (član 7.). U Hrvatskom pravu to je još izraženije zbog prilagođavanja ovih odredbi specifičnim zahtevima koji se javljaju u

[39] Član 12. stavovi 3. i 4. Zakona o arbitraži.

predmetima koji se rešavaju pred arbitražama u toj republici, posebno u oblasti pomorskog prava i u oblasti zaštite potrošača.

4. Arbitražni sud i arbitri

Pravilo da broj arbitara koji odlučuju o sporu treba da bude neparan prisutno je u svim propisima država regiona, ali ono nije svuda imperativnog karaktera. Obaveza imenovanja neparnog broja arbitara postoji u Zakonu o arbitraži Republike Srbije (član 16. stav 2.), kao i u zakonima koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH (437. stav 1. ZPP Federacije BiH, član 416. ZPP Brčko Distrikta i član 437. stav 1. ZPP Republike Srpske). U propisima ostalih država u regionu ovo pitanje uređuje dispozitivna norma i stranke imaju pravo da se dogovore da broj arbitara bude paran.[40]

Svi propisi sadrže odredbe o arbitrima s tim što su u odnosu na ovo pitanje najdetaljniji hrvatski, crnogorski, srpski i makedonski propisi. Tako je članom 10. hrvatskog Zakona o arbitraži predviđano da arbitri ne moraju biti domaći državljani već da to mogu biti i stranci, dok sudije po pozivu mogu biti birani samo za predsednika arbitražnog veća ili arbitra pojedinca. To znači da u svojstvu arbitra kao člana arbitražnog suda ne može biti imenovan sudija državnog suda, što možda i jeste dobro s obzirom da se time delimično odvajaju ove dve paralelne vrste sudova, mada, s druge strane, ovo rešenje se ne sreće često u uporednom pravu. Identično pravilo sadrži i crnogorski Zakon o parničnom postupku u članu 475, dok se srpski i makedonski propisi razlikuju utoliko što ne uređuju posebno mogućnost imenovanja sudija državnih sudova za arbitre.[41]

Zakon o arbitraži Republike Srbije je, za razliku od ostalih, detaljniji u određivanju uslova koje arbitri moraju da poseduju da bi mogli biti izabrani na tu funkciju. Tako je predviđeno da to može biti svako fizičko lice koje je poslovno sposobno, koje ima svojstva koja su stranke sporazumom uvrdile, koje je nepristrasno i nezavisno u odnosu na stranke i predmet spora te da to ne može biti lice koje je osuđeno na bezuslovnu kaznu zatvora, dok traju posledice osude (član 19. stav 1. Zakona). Iako ostali propisi ove uslove ne predviđaju posebno, ne treba ih dovoditi u pitanje makar kada je poslovnoj sposobnosti, svojstvima arbitra i njegovom odnosu prema strankama i predmetu spora reč. U uporednom pravu se, inače, retko reguliše pitanje sposobnosti biti arbitar budući da ono nije sporno ni u pravnoj teoriji ni praksi u kojima se formirao stav da to može biti samo punoletno i poslovno sposobno lice, dok se smatra korisnim da arbitar poseduje i pravnička znanja odnosno posebna stručna znanja o pitanjima spora o kome se raspravlja pred arbitražom.

---

[40] U makedonskom pravu, međutim, pravilo o neparnom broju arbitara imperativno je kada je unutrašnjoj arbitraži reč, shodno odredbi člana 443. Zakona o parničnom postupku, dok je ono dispozitivno kada je o međunaorndoj trgovinskoj arbitraži reč, shodno članu 10. Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.

[41] Član 19. Zakona o arbitraži Republike Srbije i član 11. Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije.

Kada je o načinu imenovanja arbitara reč, zakoni u regionu prilično su ujednačeni i osnovno je pravilo da stranke same odlučuju o tom pitanju, a ako se one o tome nisu izjasnile onda će se imenovanje arbitara obaviti u skladu sa dispozitivnim zakonskim odredbama. Sve države, sa izuzetkom Srbije, dispozitivnim odredbama postavljaju pravilo da arbitraža sudi u veću sastavljenom od tri arbitra[42]. U Srbiji nije nužno da broj arbitara bude tri, ali je obavezno da njihov broj bude neparan.[43]

U vezi sa rokovima za imenovanje arbitara propise država u regionu možemo svrstati u dve grupe: u Federaciji BiH, Brčko Distriktu i Republici Srpskoj taj rok je kraći i traje 15 dana od dana kada je stranku koja treba da imenuje arbitra protivna strana pozvala da to učini[44], dok je u ostalim propisima predviđeno da se ova obaveza ima izvršiti u roku od 30 dana. Kraći rok podstiče efikasnost arbitražnog postupka, ali je određivanje njegovog trajanja u periodu od 30 dana rešenje koje je više zastupljeno u uporednom pravu.

Stranke svojim sporazumom određuju ko imenuje arbitre i one mogu to pravo preneti i na treće lice. Ako ovo pitanje nije uređano arbitražnim sporazumom, onda će o njemu odlučiti nadležni sud. Intervencija suda se ne ograničava samo na imenovanje arbitara kada stranke odnosno organ imenovanja, ako je predviđen, ne iskoriste svoje pravo da to učine, već sud imenuje i predsednika arbitražnog veća kada arbitri o tome ne postignu dogovor u predviđenom roku.

Dužnosti arbitara ustanovljene su s obzriom na njihovu ulogu da presude u sporu i obično podrazumevaju obavezu da se u okviru predviđenih rokova preduzimaju potrebne radnje u postupku u cilju izbegavanja njegovog odugovlačenja. O obavezi arbitara da savesno i efikasno obavljaju svoju funkciju srećemo opšte odredbe u svim analiziranim propisima. Arbitri imaju pravo i na naknadu troškova kao i na nagradu za svoj rad, što je izričito predviđeno u propisima Hrvatske i Crne Gore, dok ostali ne uređuju posebno to pitanje.[45] Zakoni Hrvatske i Crne Gore, dalje, predviđaju da stranke solidarno odgovaraju za isplatu naknade troškova i nagrade arbitrima, a hrvatski zakon čak dopušta arbitru da sam odredi nagradu za obavljeni rad s tim da takva njegova odluka, ipak, ne obavezuje stranke ako se one sa njom ne saglase. Kada nastupi takav slučaj, spor oko visine honorara arbitra rešiće organ imenovanja arbitara ako su ga stranke predvidele svojim arbitražnim sporazumom, odnosno nadležni sud po predlogu arbitra ili stranke kada takvog sporazuma nema.[46]

---

[42] Član 9. ZA Hrvatske, član 475 ZPP Crne Gore, član 10. ZMTA Makedonije, član 437 ZPP Federacije BiH i Republike Srpske, član 416. ZPP Brčko Distrikta.

[43] Član 16. Zakona o arbitraži

[44]Član 439. ZPP FBIH i RS, odnosno član 418. ZPP Brčko Distrikta.

[45] Iako nije zakonom posebno uređeno, pitanje naknade troškova i nagrade za rad arbitara ne može biti sporno. Ono se, kada se spor raspravlja pred institucionalnom arbitražom, uopšte i ne postavlja budući da je to pitanje redovno uređeno pravilnikom o njenom radu. U srpskom Zakonu o arbitraži članom 53. uređeno je pitanje sadržine arbitražne odluke i predviđeno je da ona, između ostalog, mora obuhvatiti i odluku o troškovima arbitraže, a oni uključuju i honorare arbitara.

[46] U pitanju je član 11. stavovo 4. i 5. hrvatskog Zakona o arbitraži. Stavom 5. je izričito predviđeno da odluka organa imenovanja o troškovima i nagradi arbitra ima snagu izvršne isprave protiv stranaka iz spora pred arbitražnim sudom.

Izuzeće arbitara je moguće i predviđeno je u svim analiziranim propisima, s tim što propisi koji arbitraže regulišu u okviru zakona kojim se uređuje građanski sudski postupak razloge za izuzeće povezuju sa razlozima za izuzeće sudija.[47] Ovi razlozi su uobičajeni u uporednom pravu i odnose se, na primer, na umešanost u predmet spora, rođačke veze sa učesnicima u postupku, sumnju u nepristrasost i nezavisnost u odnosu na stranke ili predmet spora.

S druge strane, propisi država koje su ovu oblast uredile posebnim zakonom sadrže i posebne odredbe koje uređuju razloge za izuzeće arbitara. Reč je o odredbama opšteg karaktera i one upućuju na postojanje okolnosti koje dovode do opravdane sumnje u nezavisnost ili nepristrasnost arbitra, ili predviđaju izuzeće arbitra kad on nema svojstva koje su stranke sporazumom utvrdile.[48]

Organ koji konačno rešava o zahtevu za izuzeće je nadležni državni sud, što je rešenje koje je prihvaćeno u svim analiziranim propisima. Propisi Hrvatske i Crne Gore, međutim, predviđaju da je pre obraćanja sudu stranka dužna ovo pitanje postaviti prvo pred arbitražnim sudom koji o tome odlučuje u sastavu u kome učestvuje i sudija čije se izuzeće zahteva (član 12. stav 6. hrvatskog zakona odnosno član 480. stav 6. crnogorskog zakona). Tek ako zahtev za izuzeće bude odbijen od strane arbitražnog suda, stranka može nadležnom sudu uputiti zahtev za izuzeće arbitra u roku od 30 dana od dana dobijanja negativne odluke tog suda po propisu Crne Gore (stav 7. člana 480. ZPP-a), dok se u Hrvatskoj taj zahtev ne upućuje odmah sudu već organu imenovanja ako postoji, pa tek ako ga i on odbije onda nadležnom sudu (stav 7. člana 12. hrvatskog zakona). Konačnu odluku o izuzeću arbitra i u hrvatskom pravu donosi sud, a za sve vreme trajanja postupka za izuzeće arbitražni sud ne mora zastati sa postupkom, što znači da ga može i okončati donošenjem arbitražne odluke. Ovako uređeno izuzeće arbitra bi mogl doprineti efikasnosti i kraćem trajanju arbitražnog postupka pod uslovom da se veći broj takvih zahteva reši bez angažovanja državnog suda, što će praksa u primeni zakona vremenom pokazati.

5. Nadležnost arbitraže

Pravo arbitraže da odlučuje o sopstvenoj nadležnosti (kompetencija kompetencije), kao i o prigovoru postojanja odnosno punovažnosti sporazuma o arbitraži predviđaju propisi većeg broja država u regionu.[49] Ovakvu odredbu ne sadrže jedino propisi koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH i Republike Srpske, gde su odgovarajuće odredbe o tom pitanju sistematizovane u relevantnim

[47] Tako crnogorski ZPP u članu 480. u stavu 1. navodi da se izuzeće arbitra zasniva na razlozima za izuzeće sudija pobrojanim u članu 69. zakona, kao i kada arbitar nema potrebnih kvalifikacija o kojima su se stranke sporazumele ili ne ispunjava svoje obaveze u pogledu vođenja arbitražnog postupka (stav 2). Slično pravilo srećemo i u pravu Federacije BiH i Republike Srpske (član 442. ZPP-a) kao i u pravu Brčko Distrikta (član 421. ZPP-a).

[48] Član 23. srpskog ZA, član 12. stav 2. hrvatskog ZA i član 12. stav 2. makedonskog ZMTA.

[49] Član 28 stav 1. zakona Srbije, član 15 stav 1. zakona Hrvatske, član 481. stav 1. ZPP Crne Gore, član 16. stav 1. zakona MTA Makedonije,

pravilnicima institucionalnih arbitraža. Takvo rešenje koncepcijski i sadržinski u potpunosti odgovara rešenju bivšeg saveznog ZPP-a pod čijim uticajem je uređeno arbitražno pravo na ovim prostorima.[50]

Značajnu novinu u odnosu na bivše savezno zakonodavstvo u vezi sa nadležnošću arbitraže sadrže zakoni Srbije, Hrvatske i Makedonije[51], koji po prvi put u svoja zakonodavstva uvode pravo arbitražnog suda da donosi privremene mere za vreme trajanja arbitražnog postupka, pod uslovom da se stranke nisu drugačije sporazumele. S obzirom da arbitraža ne raspolaže sredstvima prinude, ona nije u mogućnosti da obezbedi prinudno izvršenje izrečenih prvremenih mera pa u slučaju kada stranka kojoj je takva mera naložena ne postupi po njoj, druga stranka može da se obrati nadležnom sudu radi njenog prinudnog sprovođenja.[52] Zakoni ostalih država u regionu ovakvu odredbu ne sadrže, već je za izricanje i sprovođenje privremenih mera u toku trajanja arbitražnog postupka nadležan državni sud.

6. Pravila postupka

Arbitražni postupak određuju stranke i one mogu u svom arbitražnom sporazumu odrediti mesto arbitraže, jezik postupka kao i pravila postupka. Arbitražni sud je dužan da poštuje ono što je predviđeno, pod uslovom da se njihov dogovor kreće u granicama postavljenim imperativnim odredbama zakona. U praksi, međutim, stranke retko ova pitanja urede ugovorom i tada se ona rešavaju prema pravilima postavljenim u dispozitivnim zakonskim odredbama. Ove odredbe, po pravilu, predviđaju da o postupku odlučuju arbitri na način koji smatraju celishodnim.[53]

U postupku pred arbitražom vlada načelo ravnopravnosti stranaka i arbitražni sud je dužan da prema njima jednako postupa kao i da svakoj stranci pruži mogućnost da iznese svoje stavove. One to mogu da učine na usmenoj raspravi, ako su se dogovorile da se ona održi[54], ili razmenom isprava i drugih pismenih dokumenata.

---

[50] Tako je Pravilnikom o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Jugoslavije bilo predviđeno da o prigovoru nenadležnosti arbitraže raspravlja Predsedništvo arbitraže u proširenom sastavu. Vrlo slično rešenje danas sadrže i Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Republike Srpske (član 18.), Pravilnik o stalnom izbranom sudu koji organizuje ista komora (član 19.), kao i u članu 15. Pravilnika o organizaciji i radu arbitražnog suda koji je organizovan pri Privrednoj komori BiH.

[51] U pitanju je Zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži koji se primenjuje na međunarodnu arbitražu.

[52] Član 31. srpskog ZA, 16. hrvatskog ZA i član 17. makedonskog ZMTA.

[53] Član 32. stav 3. i 4. Zakona o arbitraži Republike Srbije, član 18. stav 2. Zakona o arbitraži Republike Hrvatske, član 19. Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije i član 484. stav 2. Zakona o parničnom postupku Crne Gore. Zakoni koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH i Republike Srpske sadrže samo pravilo da će, u slučaju da se stranke nisu drugačije dogovorile, arbitri odrediti postupak pred arbitražom bez bližeg objašnjenja šta to pravo podrazumeva (član 223. ZPP Republike Srpske i Federacije BiH i član 422. ZPP Brčko Distrikta). Detaljnije odredbe o tom pitanju sadrže pravilnici institucionalnih arbitraža.

[54] Pravilo po kome stranke same odlučuju da li će u postupku pred arbitražom da se održi usmena rasprava ili će se postupak voditi na osnovu isprava i drugih pismenih dokumenata sadržano je u pravima Srbije (član 39. ZA), Hrvatske (član 23 ZA), Makedonije (član 24 ZMTA), i Crne Gore (član 489. ZPP).

Kada o tome nema dogovora tada, po pravu Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Makedonije, odluku o vođenju usmenog ili pismenog postupka donosi arbitražni sud rukovodeći se složenošću spora i njegovom prirodom. U pravima BiH, Brčko Distrikta i Republike Srpske pitanje usmenog odnosno pismenog postupka nije predmet posebnog zakonskog regulisanja, dok pravilnici stalnih arbitraža sadrže odredbe i o tom pitanju.

Nedolazak stranke koja je uredno pozvana na ročište ne utiče na razvoj postupka budući da će se on nastaviti uprkos njenom izostanku. Pravila o dostavljanju i preuzimanju pismena su u zakonima Srbije i Hrvatske, za razliku od ostalih analiziranih propisa, pojednostavljena u odnosu na ranije važeće zakonsko rešenje. Ona predviđaju da se, u slučaju nepostojanja posebnog dogovora strana o tom pitanju, pismeno koje je arbitraža uputila svakoj stranci smatra primljenim na dan kada joj je lično predato ili na dan kada je upućeno na njenu poštansku adresu.[55] Ovako uređeno dostavljanje značajno doprinosi efikasnosti arbitražnog postupka i u skladu je sa međunarodnim standardima koje predviđa i Model zakon o arbitraži.[56]

U postupku pred arbitražom, osim ako nije drugačije dogovoreno, mogu se saslušavati svedoci a arbitraža može imenovati i veštake radi davanja nalaza i mišljenja o pojedinim pitanjima. Pravilo je da se ova lica saslušavaju na usmenoj raspravi kako bi se strankama omogućilo da im postavljaju pitanja i iznose stavove o njihovim izjavama i mišljenjima.[57]

7. Donošenje arbitražne odluke i okončanje postupka

Kada je o merodavnom materijalnom pravu reč, arbitražni sud je dužan da donese odluku u skladu sa pravnim pravilima koje su stranke svojim ugovorom odredile kao merodavno. Zakoni Srbije, Hrvatske, Makedonije i Crne Gore su u odnosu na ovo pitanje u celosti preuzeli rešenje Model zakona o arbitraži[58] i pozivaju se na «pravna pravila» a ne na «pravo», što strankama dopušta mogućnost izbora i nekih pravila koja nisu inkorporisana ni u jedan nacionalni pravni sistem.[59] S druge strane, ako se stranke ne odrede prema pitanju merodavnog materijalnog prava, arbitražni sud je dužan da u sporu primeni nacionalno pravo koje se određuje

[55] Određujući bliže šta se smatra poštanskom adresom srpski zakon predviđa da je dovoljno da je pismeno poslato primaocu preporučenom pošiljkom ili na drugi način kojim se obezbeđuje pismeni dokaz da je pismeno upućeno, pri čemu nije nužno da postoji i dokaz da je stranka to pismeno i primila (član 41. Zakona o arbitraži). Identično rešenje sadrži i hrvatski Zakon o arbitraži, s tim što se u njemu dodatno reguliše i situacija kada adresat , kome se vrši dostava, odbije da primi pismeno tako da će se i u tom slučaju smatrati da je dostavljanje uredno izvršeno.

[56] Član 3. UNCITRAL Model zakona o arbitraži.

[57] Članovi 44. i 45. srpskog ZA, članovi 25. i 26. hrvatskog ZA, član 26. makedonskog ZMTA, članovi 491. i 492. crnogorskog ZPP. Zakoni o parničnom postupku Federacije BiH, Brčko Distrikta i Republike Srpske ne sadrže posebne odredbe o učešću svedoka i veštaka u arbitražnom postupku već se ovo pitanje rešava shodnom primenom drugih odredbi ZPP-a i pravilnicima institucionalnih arbitraža.

[58] U pitanju je član 28. Model zakona.

[59] Tako, na primer, stranke mogu da u arbitražnom ugovoru predvide da će njihov spor biti rešen primenom pravila koja je utvrdio neki međunarodni forum, običaja, opštih uslova poslovanja i dr.

primenom kolizionih normi koje arbitražni sud smatra merodavnim. Činjenica da u propisima koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH ne stoji ovakva odredba ne znači da će arbitri koji ih primenjuju postupiti drugačije, ali može dovesti u pitanje slobodu stranaka da ugovore kao merodavno pravo neka pravna pravila koja nisu deo nacionalnih prava.

Arbtraža može da odluči o sporu i *ex aequo et bono* ili kao *amiables compositeurs*, ali samo onda kada joj stranke izričito to dopuste svojim ugovorom. U vezi sa ovim pitanjem svi analizirani zakoni imaju isto rešenje.

U pogledu odlučivanja arbitara opšte je pravilo da arbitražno veće odlučuje većinom glasova članova veća, pod uslovom da se stranke nisu drugačije dogovorile. Kada arbitri ne mogu da postignu većinu tada, prema zakonima Hrvatske, Makedonije i Crne Gore odluku donosi predsednik veća[60]. Ovi propisi, takođe, predsednika veća ovlašćuju i da donosi odluke o upravljanju postupkom, što on može učiniti i van sednice veća pod uslovom da nije u suprotnosti sa sporazumom stranaka ili sa odlukama veća.[61] Ovakvu odredbu, međutim, ne sadrže propisi Srbije, Federacije BiH, Brčko Distrikta i Republike Srpske, što znači da takvu mogućnost ni ne predviđaju.

Arbitražnu odluku potpisuje arbitar pojedinac, odnosno arbitri članovi arbitražnog veća, pri čemu nije neophodno da to učine svi arbitri članovi veća već je dovoljna većina.[62] U srpskom pravu, posebno, predviđeno je da arbitar koji nije saglasan sa izrekom i obrazloženjem odluke može pismeno da izdvoji svoje mišljenje i da ga dostavi strankama uz odluku (član 52. Zakona o arbitraži).

U arbitražnoj odluci moraju biti navedeni dan i mesto njenog donošenja, ona mora biti u pismenoj formi i mora biti obrazložena. Obrazloženje nije obavezno u slučaju kada su se stranke dogovorile da se odluka ne obrazlaže, kao i kada je odluka doneta na osnovu poravnanja. U pogledu sadržine arbitražne odluke izjašnjava se samo Zakon o arbitraži Republike Srbije, koji predviđa da ona mora imati uvod, izreku o predmetu spora, troškove arbitraže i obrazloženje ako ga stranke sporazumom nisu isključile (član 53. Zakona o arbitraži).

8. Sudska kontrola arbitražne odluke

Propisi o arbitraži svih država u regionu sadrže pravilo da arbitražne odluke dejstvuju prema strankama kao pravosnažne presude državnih sudova.[63] Arbitražne

[60] Član 28. stav 2. hrvatskog ZA, član 494. stav 2. crnogorskog ZPP i član 29. stav 4. makedonskog ZMTA.

[61] U pitanju su isti članovi zakona kao što su navedeni u prethodnoj fusnoti.

[62] Zakoni koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH i Republike Srpske sadrže pravilo po kome odluku potpisuju svi arbitri, ali će ona važiti i ako je potpiše većina arbitra pri čemu na presudi mora biti utvrđeno da je arbitar svoj potpis uskratio. Ovo je rešenje u celosti preuzeto iz nekadašnjeg saveznog ZPP-a i uređeno je članom 447. ZPP-a Federacije BiH i Republike Srpske odnosno članom 426. ZPP-a Brčko Distrikta.

[63] Član 64. srpskog ZA, član 31. hrvatskog ZA, član 499. crnogorskog ZPP-a, član 36. makedonskog ZMTA, član 449. ZPP-a Federacije Bih i Republike Srpske i član 428. ZPP Brčko Distrikta.

odluke imaju najjači mogući položaj u domaćem pravnom poretku i one se mogu osporavati samo u postupku njihovog poništenja ili u postupku njihovog priznanja i izvršenja.

Poništenje arbitražne odluke pokreže se tužbom redovnom sudu i to je jedino pravno sredstvo koje se u tom cilju može koristiti. Za podnošenje ove tužbe aktivno je legitimisana stranka koja nije zadovoljna arbitražnom odlukom, a tužba je specifična po tome što tužilac nije slobodan da proizvoljno postavlja tužbeni zatev s obzirom da je on određen zakonom i glasi na poništenje arbitražne odluke.[64] Pred domaćim sudom mogu se poništavati samo domaće arbitražne odluke, što je pravilo koje izričito sadrži Zakon o arbitraži Republike Srbije (član 57), dok ono nije posebno naglašeno u drugim propisima.[65]

Razlozi zbog kojih se može tražiti poništenje arbitražne odluke takstativno su navedeni u svim analiziranim propisima i reč je o odredbama imperativnog karaktera koje stranke ne mogu svojom voljom menjati. U pravima Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Makedonije ovi su razlozi podeljeni u dve grupe, prema tome da li se njihovo postojanje utvrđuje po zahtevu stranke ili sud o njima vodi računa po službenoj dužnosti. Takvo rešenje preuzeto je iz Model zakona o arbitraži[66] i u prvoj grupi su sledeći razlozi: nepostojanje ili nepunovažnost arbitražnog sporazuma; uskraćivanje prava stranki da učestvuje u postupku; prekoračenje ovlašćenja arbitara; povreda pravila o sastavu arbitraže. U srpskom pravu je, posebno, pored ovih predviđen i jedan dodatni razlog po kome se arbitražna odluka može poništiti i ako se zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka ili na ispravi koja je falsifikovana, ili je do odluke došlo usled krivičnog dela arbitra ili stranke, što je dokazano pravosnažnom presudom.[67] I hrvatski zakon ima dodatno pravilo, koje se primenjuje samo u unutrašnjoj arbitraži, po kome stranke mogu da se dogovore da se arbitražna odluka može osporavati tužbom za poništenje i ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrebi nove dokaze na osnovu kojih bi za nju mogla biti doneta povoljnija presuda da su te činjenice ili dokazi bili upotrebljeni u postupku pred arbitržaom[68] U drugoj grupi razloga za poništenje arbitražne odluke, na čije

[64] Tužbeni zahtev tužbe za poništenje arbitražne odluke specifičan je i po tome što je preobražajne prirode, za razliku od većine tužbenih zahteva parničnog postupka koji su materijalnopravne prirode i upravljeni su ka promeni materijalnopravnih odnosa među strankama.

[65] Činjenica da drugi propisi ne sadrže pravilo po kome se pred domaćim sudom mogu poništavati samo domaće arbitražne odluke ne bi trebalo da ga dovodi u pitanje. U uporednom pravu ono se ne spori, mada je zabeleženo nekoliko pojedinačnih slučajeva u kojima je sud poništio stranu arbitražnu odluku. Reč je o predmetima poznatim u arbitražnom pravu kao slučaj Norsolor, slučaj Hilmatron i slučaj Chromalloy. O ovome videti detaljnije kod Jovicic, K., Preispitivanje odluka međunarodnih trgovinskih arbitraža u postupku poništenja, Beograd, 2009, str. 58-66.

[66] Član 34. UNCITRAL Model zakona o arbitraži.

[67] Član 58. stav 1. tačka 5. Zakona o arbitraži. Navođenje ovog razloga kao posebnog nije uobičajeno u uporednom pravu pošto se takve povrede obično podvode pod povrede javnog poretka.

[68] Član 36. stav 5. Zakona o arbitraži.

postojanje sud pazi po službenoj dužnosti su: arbitrabilnost predmeta spora i suprotnost odluke domaćem javnom poretku.[69]

Zakoni o parničnom postupku Federacije BiH, Brčko Distrikta i Republike Srpske, budući da u celosti preuzimaju rešenje bivšeg saveznog ZPP-a, sadrže nešto širi krug razloga za poništenje arbitražne odluke i pored već pomenutih dopuštaju da se ona osporava i zbog toga što je izreka presude nerazumljiva ili je sama sebi protivrečna, što presuda nije obrazložena ili ako izvornik i prepisi presude nisu potpisani na način određen zakonom. U ovim propisima nije opredeljeno da li njihovo postojanje treba da dokaže stranka koja podnosi tužbu ili o tome vodi računa sud po službenoj dužnosti, te je u tom pogledu ovo rešenje nedorečeno u odnosu na propise država prve grupe.

U pogledu roka u kome se tužba za poništenje može podneti takođe postoji razlika između država prve i druge grupe. Tako zakoni Srbije, Hrvatske, Makedonije i Crne Gore slede rešenje Model zakona i određuju ga u trajanju od tri meseca od dana kada je tužilac primio arbitražnu odluku, odnosno od dana kada je primio odluku arbitraže o podnetom zahtevu za ispravku, tumačenje ili dopunu arbitražne odluke. Zakoni koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH i Republike Srpske, međutim, preuzimajući rešenje bivšeg saveznog ZPP-a propisuju kraći rok i to u trajanju od 30 dana od dana dostavljanja arbitražne odluke nezadovoljnoj stranci. Pored ovog, objektivnog roka, ti propisi predviđaju i subjektivni rok koji je određen u istom trajanju, s tim da se njegov početak vezuje za dan kada je nezadovoljna stranka saznala za razlog za poništenje arbitražne odluke, ako je taj dan nastupio kasnije. Takođe, posebni rokovi predviđeni su i za slučaj da se poništenje arbitražne odluke traži zbog postojanja nekog od razloga za ponavljanje postupka, kada se oni računaju prema rokovima predviđenim za podnošenje predloga za ponavljanje postupka na pravosnažnu presudu redovnog suda[70].

Odlučujući o tužbi za poništenje arbitražne odluke sud može samo da usvoji ili odbije tužbeni zahtev, bez mogućnosti da se upušta i odlučuje o meritumu spora koji je pred arbitražom rešen. Ovako određena ovlašćenja suda u skladu su sa užom koncepcijom poništenja arbitražne odluke koju prihvataju sva prava država u regionu.[71]

---

[69] U suštini, ovde je reč o razlozima koji su identični razlozima predivđenim u članu V Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka za odbijanje njihovog priznanja i izvršenja. Na ovaj način su razlozi u oba postupka u kojima sud preispituje arbitražnu odluku ujednačeni, što je bitno za pravnu sigurnost stranaka.

[70] Početak trajanja subjektivnog roka u kome se može podneti tužba za poništenje arbitražne odluke nije jedinstven i zavisi od razloga na kome bi se tužba zasnovala. Objektivni rok u ovim slučajevima je 5 godina od dana dostavljanja presude stranci (član 452. ZPP Federacije BiH i Republike Srpske i član 431. ZPP Brčko Distrikta.)

[71] U postupku poništenja arbitražne odluke sud odlučuje na osnovu rezultata sprovedenog postupka kontrole, a u okviru ovlešćenja koja su mu data pozitivnim propisima. U uporednom pravu nije jedinstveno regulisano pitanje kolika ovlešćenja treba datu sudu u tom postupku, odnosno da li mu treba dati samo mogućnost da arbitražnu odluku poništi (u celini ili delimično) ili mu treba dopustiti i da odluku vrati arbitrima na doradu ili ispravku, papčak i da odluči o meriumu. Upravo u odnosu na ovo pitanje razlikuju se dva koncepta poništenja arbitražne odluke: uži i širi, pri čemu je uži koncept više

Nakon poništenja arbitražne odluke postavlja se pitanje dalje sudbine spora koji je njom bio rešen. Reč je o pitanju koje izaziva najviše nedoumica u pravnoj teoriji i sudskoj praksi[72], zbog čega je veoma važno da bude uređeno zakonom. Ipak, samo se zakonodavac u Srbiji, Hrvatskoj i Crnoj Gori prema tome odredio i u propisima ovih država nalazimo identično pravilo po kome arbitražni sporazum obavezuje stranke na ponovno rešavanje pred arbitražom ako je arbitražna odluka poništena iz razloga koji se ne odnosi na «postojanje ili punovažnost sporazuma o arbitraži u kom nisu navedena imena arbitara».[73] Zakon Srbije, posebno, predviđa da se stranke mogu i drugačije sporazumeti, tj. da ih u navedenom slučaju arbitražni sporazum neće obavezivati. U svim ostalim slučajevima arbitražni sporazum se gasi.[74]

Arbitražne odluke mogu biti preispitivane od strane suda i u postupku njihovog priznanja i prinudnog izvršenja. Priznanje i prinudno izvršenje stranih arbitražnih odluka posebno je uređeno samo u zakonima Srbije i Hrvatske[75], dok makedonski Zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži kada je o ovom pitanju reč upućuje na primenu Njujorške Konvencije o priznanju i izvrđenju stranih arbitražnih odluka[76]. Ostale države u regionu ne uređuju posebno postupak priznanja i izvršenja arbitražnih odluka u okviru propisa koji uređuje arbitraže, već propisom koji reguliše pitanje rešenja sukoba zakona sa propisima drugih zemalja.

U srpskom zakonu stranom se smatra arbitražna odluka koju je donela arbitraža «čije je mesto van Republike kao i odluka koju je doneo arbitražni sud u Republici ako je na arbitražni postupak primenjeno strano pravo» (član 64. stav 3.). U hrvatskom pravu opšte je pravilo da presuda arbitražnog suda pripada državi u kojoj se nalazi mesto arbitraže, bez obzira na procesno pravo koje je primenjeno u postupku njenog donošenja (član 38. Zakona o arbitraži). Ono što srpski propis čini preciznijim u odnosu na hrvatski je i to što se njime posebno predviđa da domaće arbitražne odluke imaju snagu domaće pravosnažne sudske odluke i izvršavaju se po odredbama zakona koji uređuje izvršni postupak (stav 1. člana 64), a da strane arbitraže odluke imaju snagu domaće pravosnažne sudske odluke pošto ih prizna nadležni sud Republike (stav 2 istog člana).[77] Hrvatski zakon se, za razliku od srpskog, ne određuje posebno ni prema ovom pitanju u delu koji se odnosi na priznanje i izvršenje arbitražnih odluka.

---

karakterističan za kontinentalne pravne sisteme dok pravni sistemi common law daju sudovima veća ovlašćenja u skladu sa širom koncepcijom poništenja arbitražne odluke koju prihvataju.

[72] O ovom pitanju videti detaljnije kod Jovičić, K., Pravne posledice poništenja arbitražne odluke, Strani pravni život br. 3/2007, str. 583-596.

[73] Član 63. Zakona o arbitraži Srbije, član 37. Zakona o arbitraži Hrvatske i član 508. ZPP Crne Gore.

[74] «Ako između stranaka postoji sumnja o razlogu poništaja arbitražne odluke, sud o tome može da odluči na zahtev stranke». (stav 3. člana 63.).

[75] Glava IX srpskog Zakona o arbitraži odnosno Deo treći hrvatskog Zakona o arbitraži.

[76] Član 37. Zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Republike Makedonije.

[77] Hrvatski Zakon o arbitraži ne sadrži takvu odredbu u delu kojim se uređuje postupak priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, već s<mo u delu kojim uređuje pitanje arbitražna presuda u članu 31. određuje da arbitražne odluke imaju snagu sudske presude pod uslovom da se stranke nisu sporazumele da je arbitražni postupak dvostepen.

Razlozi zbog kojih se može odbiti priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka su u Srbiji i Hrvatskoj isti s obzirom da oba propisa s tim u vezi preuzimaju rešenje Model zakona o arbitraži (član 36.). Sud će usvojiti predlog kada ne postoji neki od razloga za poništenje arbitražne odluke predviđenih zakonom[78], kao i kada odluka još nije postala obavezujuća za stranke ili je tu odluku poništio ili obustavio od izvršenja sud države u kojoj ili na osnovu čijeg prava je odluka doneta. Nearbitrabilnost predmeta spora po domaćem pravu, kao i slučaj kada su dejstva arbitražne odluke u suprotnosti sa domaćim javnim poretkom razlozi su za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke na koje sud pazi po službenoj dužanosti.[79]

Odredbe koje uređuju sam postupak priznanja i prinudnog izvršenja stranih arbitražnih odluka nisu do kraja precizirane, osim utoliko što se navodi da stranka koja podnosi takav predlog mora dostaviti sudu original arbitražne odluke ili njenu overenu kopiju, kao i original ili overeni prepis arbitražnog sporazuma. Oba propisa predviđaju da sud može zastati sa postupkom za priznanje i izvršenje strane arbitražne do okončanja postupka po zahtevu za njeno poništenje pred nadležnim sudom, pri čemu se taj prekid može usloviti polaganjem odgovarajućeg obezbeđenja ako je to zatražila stranka koja je podnela predlog za priznanje ili izvršenje.[80]

Odluka kojom se odlučuje o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka mora uvek biti obrazložena, a kada sud odbije predlog tada nezadovoljna stranka ima pravo žalbe. Rok u kome se može izjaviti žalba nije isti i u srpskom pravu je predviđen u trajanju od 30 dana od dana dostavljanja odluke suda, dok je u hrvatskom kraći i iznosi 15 dana[81].

ZAKLJUČAK

Sumirajući rezultate sprovedenog istraživanja o arbitražnim pravima Srbije, Hrvatske, Crne Gore, Makedonije, Federacije BiH i Republike Srpske na prvom mestu se uočavaju razlike u koncepciji uređenja arbitraže. Samo su zakoni Srbije i Hrvatske u tom pogledu usklađeni sa vladajućim trendom u uporednom pravu, po kome se u formi posebnog izvora prava na celovit način uređuje ovaj vid alternativnog rešavanja sporova, nezavisno od njihovog međunarodnog ili unutrašnjeg karaktera. Prava Crne Gore, Federacije BiH i Republike Srpske pravila o

[78] U srpskom Zakonu o arbitraži, koji dosledno sledi rešenje Njujorške konvencije kada je o ovom pitanju reč, za razliku od hrvatskkog taksativno su navedeni razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke umesto upućivanja na odgovarajuću odredbu Zakona kojom se regulišu razlozi za poništenje arbitražne odluke. Stoga, prema Zakonu o arbitraži Republike Srbije nije predviđena mogućnost da se arbitražna odluka osporava sa razloga navedenih u stavu 5. člana 58. Zakona, zbog toga što se arbitražna odluka zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka ili na falsifikovanoj ispravi ili je do odluke došlo usled krivičnog dela arbitra ili stranke.

[79] Član 66. srpskog Zakona o arbitraži i član 40. hrvatskog Zakona o arbitraži.

[80] Ovo rešenje u celosti je preuzeto iz stava 2. člana 36. UNCITRAL Model zakona o arbitraži i sadržano je u članu 67. srpskokg Zakona o arbitraži, odnosno članu 48. hrvatskog Zakona o arbitraži.

[81] Član 68. stav 2. srpskog Zakona o arbitraži i član 49. stav 5. hrvatskog Zakona o arbitraži.

arbitraži i arbitražnom postupku zadržavaju u okviru zakona kojim se uređuje građanski sudski postupak. Specifično rešenje nalazimo u makedonskom pravu, gde je u formi posebnog propisa uređena samo međunarodna trgovinska arbitraža, dok je unutrašnja ostala u domenu Zakona o parničnom postupku.

Analiza sadržine propisa koji su bili predmet istraživanja pokazuje dva pristupa: jedni se oslanjaju na UNCITRAL Model zakon o arbitraži, drugi slede rešenja bivšeg saveznog Zakona o parničnom postupku. Prava Srbije i Hrvatske slede Model zakon kao uzor ne samo u pogledu koncepcije, već i u pogledu pravila koja sadrže, dok prava koja regulišu arbitraže u okviru propisa kojim se uređuje građanski sudski postupak nisu nužno zadržala i rešenja bivšeg saveznog Zakona o parničnom postupku. Tako, na primer, crnogorsko pravo odredbe o arbitraži ostavlja u okviru Zakona o parničnom postupku, ali pravila u bitnom zasniva na rešenjima Model zakona o arbitraži. Makedonsko pravo je posebno po tome što jedino uvodi dualizam u regulisanju međunarodne i unutrašnje arbitraže, pri čemu pravila o unutrašnjoj arbitraži počivaju na rešenjima bivšeg saveznog ZPP-a, dok se zakon koji uređuje međunarodnu trgovinsku arbitražu u potpunosti oslanja na Model zakon o arbitraži. Propisi koji se primenjuju na teritoriji Federacije BiH i Republike Srpske su, kako po koncepciji tako i po sadržini, zadržali rešenja bivšeg saveznog ZPP-a.

Za prava kojima je izvršena reforma arbitražnog prava na osnovama i principima Model zakona o arbitraži može se konstatovati da postavljaju dobar temelj za jačanje arbitraže i njenog uticaja kao sredstva za alternativno rešavanje sporova. To se, posebno, odnosi na međunarodne sporove budući da je prihvatanjem rešenja Model zakona njihovo nacionalno pravo postalo predvidivo i samim tim otvorenije prema stranim partnerima. Potrebno je još samo da vreme pokaže kako će se sudovi snaći u novoj ulozi da asistiraju u arbitražnom postupku, ali i kontroli donetih arbitražnih odluka u postupku njihovog poništenja i prinudnog izvršenja.

Nažalost, u Federaciji BiH i Republici Srpskoj nije prihaćen Model zakon kao uzor i, uprkos nesumnjivom međunarodnom uspehu arbitraže, njoj se u ovim državama pridaje marginalni značaj. Ostavljanje arbitraže u normativnom okviru od pre dvadeset i više godina, bez uvažavanja potreba za ikakvim promenama nesumnjivo je odraz trenutnog stanja razvoja tih nacionalnih pravnih sistema. Isto se može reći i za arbitražno pravo Makedonije kada je o unutrašnjoj arbitraži reč. U toj državi, posebno, pored tehničkih problema vezanih za primenu paralelnih setova pravila za unutrašnju i međunarodnu arbitražu od strane istih sudova moguće je, takođe, da će pravila o unutrašnjoj arbitraži usporavati njen razvoj i uticati na njenu manju upotrebu kao sredstva za alternativno rešavanje unutrašnjih sporova. Očigledno je da propisi koji se primenjuju u ovim dražvama zaostaju za državama regiona, koje su arbitraže uredile na savremen način i time postavile dobre pravne i institucionalne uslove za njen razvoj.

Katarina Jovičić, LLM
Research Associate
Institut of Comparative Law

ARBITRATION LAW OF THE STATES IN THE WESTERN BALKAN REGION

Summary

In this paper laws regulating arbitration in Serbia, Croatia, Macedonia, Montenegro and Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska were analyzed and presented. Above listed countries were member states of the former Federal Republic of Yugoslavia and their arbitration rules and procedures were regulated by Civil Procedure Law which has been applied as a federal regulation. Nowadays, those countries have their own national laws regulating arbitration and arbitration proceeding.

Within the first part of this article national sources of arbitration law were presented and in relation to them two different legislative techniques were recognized. Those two legislative techniques are the following: the first is applied both in Serbian and in Croatian legal system where all the relevant rules were comprehensively prescribed within a specific law regulating arbitration; the second is applied in other legal systems where rules on arbitration are prescribed by general law regulating civil procedure. The central part of this article is dedicated to comparative analysis and evaluation of quality of the particular legal norms which are dealing with the following issues related to arbitration procedure: arbitrability; when the arbitration is international; arbitral agreement; arbitrators and arbitration tribunal; arbitral jurisdiction; rules of arbitral proceeding; arbitral award and judicial review of arbitral awards.

The review of relevant regulations of Western Balkan Region showed that previously listed issues are regulated in two different ways within national legislation. Within the first group of countries are the ones whose national legislation is based on the principles promoted by UNCITRAL Model Law on Arbitration. The second group comprises states and their national legislation which kept, with minimal amendments and novelties, rules previously prescribed by Civil Procedure Law of the former Federal Republic of Yugoslavia. The states representing the first group are Serbia, Croatia and Montenegro, as well as Macedonia regarding legal norms regulating international trade arbitration. Within second group of states are Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska and partly Macedonia, taking into consideration Macedonian rules on national arbitration.

The conclusion of this article presented opinion that the states from the first group established good legal and institutional conditions for development and promotion of arbitration, while the states form the second group haven't recognized a need for changes in that field, despite doubtless international success of arbitration as a legal institution.

Key words: arbitration, source of law, arbitration tribunal, arbitrators, arbitral proceeding, arbitral award, judicial review of arbitral awards.

Mr Vesna Ćorić Erić
Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd
Dr Jelena Ćeranić
Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd

USKLAĐENOST PRAVNOG SISTEMA BOSNE I HERCEGOVINE SA STANDARDIMA EVROPSKE UNIJE U DOMENU ZAŠTITE OD PROTIVPRAVNOG PROMETA KULTURNIM DOBRIMA

Apstrakt

U radu se ocenjuje stepen usaglašenosti postojećeg pravnog sistema Bosne i Hercegovine u domenu zabrane i sprečavanja protivpravnog prometa kulturnim dobarima sa važećim evropskim i međunarodnim standardima u toj oblasti. Imajući u vidu zahteve koje postavljaju evropske integracije u radu će se poseban akcenat staviti na analizu usklađenosti prava Bosne i Hercegovine sa odredbama Uredbe Saveta broj 116/2009 o izvozu kulturnih dobara, Uredbe Komisije (EEZ) broj 752/93 kojom se utvrđuju odredbe za sprovođenje prethodno pomenute uredbe i Direktive Saveta 93/7/EEZ o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznesenih sa teritorije država članica.

Autori dalje ističu fragmentiranost, divergentnost i nedovoljnu transparetnost različitih pravnih sistema zaštite kulturnih dobara koji koegzistiraju u Bosni i Hercegovini doprinoseći na taj način pravnoj nesigurnosti.

U radu se na kraju zaključuje da je potrebno preduzeti značajne izmene pravne regulative u domenu sprečavanja protivpravnog prometa kulturnim dobrima kako bi se pravni sistem uskladio sa navedenim standardima EU, kao i sa odredbama ratifikovanih međunardnih i regionalnih insturmenata u toj oblasti, kojima je Bosna i Hercegovina pristupila. Autori takođe ukazuju na potrebu pristupanja Konvenciji UNIDROIT o ukradenim i protivpravno izvezenim kulturnim dobrima kako bi se izgradio što solidniji sistem pravne zaštite u domenu sprečavanja protivpravnog prometa kulturnim dobrima.

Ključne reči: izvoz kulturnih dobara, protivpravni promet kulturnim dobrima, nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH, standardi Evropske unije, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju.

1. UVODNE NAPOMENE

Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu: BiH) je u poređenju sa drugim državama Zapadnog Balkana poslednja stupila u pregovore o stabilizaciji i pridruživanju. Iako su pregovori o stabilizaciji i pridruživanju otvoreni tek u novembru 2005. godine,

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu: "SPP") je sa Bosnom i Hercegovinom potpisan 16. juna 2008. godine, tačnije nepuna dva meseca nakon što je Republika Srbija potpisala SSP sa EU.[1]

Smatra se da je jedan od glavnih razloga zbog kojih je BiH sporije napredovala u otvaranju pregovora o SSP u odnosu na druge države Zapadnog Balkana, upravo postojanje kompleksnog državnog aparata koji toleriše koegzistenciju više paralelnih pravnih sistema.[2] U Izveštaju Evropske komisije o napretku BiH iz 2005. godine se ukazivalo da: "postojeće uređenje ne podržava brzo donošenje odluka i sprečava implementaciju reformi. Ono podriva mogućnosti BiH da napravi brži napredak na putu ka Evropskoj uniji."[3]

Složeno državno uređenje se i danas javlja kao dominantan činilac koji otežava harmonizaciju propisa BiH sa pravnim tekovinama Evropske unije (u daljem tekstu: "EU"), koju bi na osnovu SSP trebalo izvršiti do 2014. godine.[4]

U radu će se prvo predstaviti specifičan oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine, pre svega koncept pretpostavljene nadležnosti koji značajno opredeljuje podelu nadležnosti u domenu sprečavanja protivpravnog prometa kulturnim dobrima. Nakon toga, predmet analize će u drugom delu rada biti usklađenost pravnog sistema BiH u domenu zabrane protivpravnog prometa sa odredbama Uredbe Saveta broj 116/2009 o izvozu kulturnih dobara, Uredbe Komisije (EEZ) broj 752/93 kojom se utvrđuju odredbe za sprovođenje prethodno pomenute uredbe i Direktive Saveta 93/7/EEZ o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznesenih sa teritorije država članica. U daljem radu autori ispituju razloge zbog kojih bi BiH trebalo da pristupi Konvenciji UNIDROIT o ukradenim i protivpravno izvezenim kulturnim dobrima (u daljem radu: "Konvencija UNIDROIT") kako bi se izgradio što sveobuhvatniji sistem pravne zaštite od nezakonitog prometa kulturnim dobrima. U radu se takođe ističe

[1] Do 2006. Makedonija, Hrvatska i Albanija su već potpisale Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. Hrvatski i makedonski sporazumi su već stupili na snagu, a albanski SSP je tada bio u fazi ratifikacije. Pored toga, Hrvatska i Makedonija su već aplicirale za članstvo i stekle status država kandidata. Hrvatska je postala prva država iz ove grupe koja je počela pregovore o pridruživanju još u 2005. Srbija i Crna Gora su počele sa pregovorima o USP-u nekoliko mjeseci pre Bosne i Hercegovine. Vid. E. Hadžikadunić, „BiH na putu ka Evropskoj uniji: Pregovori o sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju – Korak naprijed, nazad dva", tekst dostupan na Internet adresi: www.fes.ba/publikacije/BiH-na-putu-ka-EU-BOS.pdf, 29.04.2010.

[2] Ibidem.

[3] Izveštaj Evropske komisije o napretku BiH iz 2005, Brisel, 9. novembra 2005. SEC (2005) 1422, (9-10).

[4] Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, čl. 8. i čl. 70. v. "Izgubljeni u prevodu-Bosanskohercegovačka apatija spram EU", Izveštaj iz 2009, tekst dostupan na Internet adresi: http://www.populari.org/lat/sadrzaj.php?id=98, 29.04.2010.

potreba za što potpunijom implementacijom[5] već preuzetih međunarodnih instrumenata.

2. SPECIFIČNOSTI DRŽAVNOG UREĐENJA BIH

Bosnu i Hercegovinu svakako karakteriše jedan od najkompleksnijih oblika državnog uređenja, koji je danas poznat u svetu: dva entiteta s potpuno asimetričnim unutrašnjim uređenjem i jedan *sui generis* distrikt. Još je Vašingtonski mirovni sporazum iz 1994. godine ustanovio izuzetno složenu unutrašnju teritorijalno-administrativnu podelu Federacije Bosne i Hercegovine koja se ogleda u njenoj podeli na deset kantona. Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: „Dejtonski mirovni sporazum") u tom pogledu nije uneo nikakve izmene, tako da je pomenuto rešenje Vašingtonskog sporazuma uslovilo kasniju asimetriju u državi BiH koja se ispoljava u postojanju dva nivoa unutrašnje organizacije vlasti u Republici Srpskoj i tri nivoa unutrašnje organizacije vlasti u Federaciji Bosni i Hercegovini.[6] Ustav Bosne i Hercegovine sadržan u Aneksu IV Dejtonskog mirovnog sporazuma iz 1995. godine je propustio da eksplicitno definiše oblik njenog državnog uređenja. [7]

Jednu od osnovnih karakteristika Ustava BiH predstavlja znatno ograničenje nadležnosti centralnih državnih institucija u korist entiteta. U pogledu raspodele nadležnosti, primenjuje se pretpostavka nadležnosti u korist entiteta. Član 3. tačka 3.a. Ustava Bosne i Hercegovine određuje da sve nadležnosti koje po Ustavu Bosne i Hercegovine nisu izričito dodeljene institucijama Bosne i Hercegovine pripadaju entitetima. Takođe, ustavi oba entiteta[8] sadrže odredbu o pretpostavljenoj nadležnosti, tačnije da sve što ne potpada izričito pod nadležnost države spada u nadležnost entiteta.

Bitno je istaći da je nadležnost u oblasti kulture u BiH decentralizovana, te stoga prevashodno prepuštena entitetskim, kantonalnim i drugim nižim teritorijalnim nivoima vlasti. Usled toga u BiH postoji sijaset pravnih propisa koji regulišu kako oblast kulture, tako i kulturnog nasleđa.[9] Stoga će, u daljem radu, predmet analize

---

[5] Za potrebe ovog rada termini "implementacija", "transpozicija", "preuzimanje" i "unošenje" smatraju se sinonimi.

[6] S. Gavrić, D. Banović, dr C. Krause (ed.), "Uvod u politički sistem Bosne i Hercegovine - Izabrani apsekti" 2008, tekst dostupan na Internet adresi: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1465253, 01.05.2010.

[7] E. Sadiković, "Decentralizovano centralizovana država", 04/2007, tekst dostupan na Internet adresi: http.//www.pulsdemokratije.net/admin/?q=bs/node/166, 03.05.2010.

[8] V. tač. 1. Amandmana LV Ustava Republike Srpske, koja glasi: "Republici pripadaju sve državne funkcije i nadležnosti osim onih koje su Ustavom Bosne i Hercegovine izričito prenesene na njene institucije."

[9] Na državnom nivou postoji nacrt Zakona o kulturnim dobrima. Na entitetskom nivou su na snazi zakoni koji posebno regulišu zaštitu kulturnog nasleđa. Na nivou pet kantona su usvojeni posebni zakoni kojima se reguliše oblast kulturnog nasleđa (kanton Sarajevo, Zeničko-dobojski kanton, Zapadnohercegovački kanton, Unsko-sanski kanton i Hercegovačko-neretvanski kanton), u tri kantona

morati da se ograniči isključivo na pitanje usaglašenosti prava BiH sa standardima EU u oblasti sprečavanja i suzbijanja nezakonitog prometa kulturnim nasleđem. Naime, u toj oblasti je stepen decentralizacije slabije izražen, u poređenju sa normiranjem drugih aspekata kulture, pošto u pogledu kulturnog nasleđa postoji podeljena nadležnost između države BiH i entiteta i kantona. Aneksom VIII Dejtonskog mirovnog sporazuma se osniva Komisija za očuvanje nacionalnih spomenika BiH (u daljem tekstu: „Komisija"), kao institucija na državnom nivou sa značanim prerogativima u domenu zaštite kulturnih dobara koja su proglašena nacionalnim spomenicima. Podzakonskim aktima su dalje utvrđeni osnovni principi i ciljevi delovanja Komisije, kao što je i preciziran njen mandat, koji između ostalog uključuje značajna ovlašćenja na međunardonom planu.[10]

S druge strane, Sektor za nauku i kulturu Ministarstva civilnih poslova BiH, koji takođe deluje na državnom nivou, ima samo koordinacioni mandat,[11] budući da ne postoji zajednička nadležnost BIH u oblasti kulture mimo domena zaštite kulturnih dobara koja su proglašena nacionalnim spomenicima.[12]

3. NEPOSTOJANJE KROVNOG ZAKONA U DOMENU KULTURNOG NASLEĐA

Bitno je istaći da decentralizovana nadležnost u oblasti kulture ne predstavlja izuzetak u uporednom pravu, već se često susreće i u pravnim sistemima mnogih evropskih zemalja.[13] Međutim, ono što svakako predstavlja osobenost bosanskog

---

na snazi zakoni o kulturi, kojima se između ostalog reguliše i oblast kulturnog nasleđa (Tuzlanski kanton, Srednjobosanski kanton i Bosansko–podrinjski kanton), dok u preostala dva kantona ne postoje posebni zakoni kojima se raguliše oblast kulture i kulturnog nasleđa.

[10] Komisija je, između ostalog, zadužena za izvršavanje međunarodnih ugovora, saradnju sa INTERPOL-om, drugim međunarodnim organizacijama i državama u slučajevima nestanka pokretnih nacionalnih spomenika; pitanja postupka za izvoz pokretnih nacionalnih spomenika i davanja garancija za njihovu zaštitu u slučaju privremenog izvoza. V. čl. 2. Pravilnika o aktivnostima Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika vezanim za međunarodnu saradnju, dostupni na http://www.aneks8komisija.com.ba/main.php?id_struct=5&lang=1, 04.05.2010.

[11] V. čl. 15. Zakona o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine.

[12] Svakako važno je istaći i značaj pravilne implementacije odnosno preuzimanja i sledećih instrumenata u postupku pristupanja: Konvencije UNESCO-a o zaštiti i unapređenju raznolikosti kulturnih izraza i Direktive o audiovizuelnim medijskim uslugama, naročito odredbi kojima se jemči kulturna raznolikost. Članom 101. SSP, koji reguliše saradnju u oblasti kulture se posebno ističe: "[…] Strane se takođe obavezuju da će sarađivati na promociji kulturne raznolikosti, naročito u okviru Konvencije UNESCO-a o zaštiti i promociji različitosti kulturnog izražavanja." No, s obzirom na visok stepen decentralizacije, smatramo da bi detaljna analiza entitetskih i kantonalnih propisa u pogledu sprovođenja pomenute konvencije kao i usklađenosti sa odredbama Direktive o audiovizuelnim medijskim uslugama kojima se jemči kulturna raznolikost, bila isuviše obimna i kao takva bi prevazilazila očekivani obim i karakter ovog rada.

[13] Kao dobar primer mogu poslužiti pravni sistemi Španije i Belgije. V. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95, dokument dostupan na Internet adresi: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/cultural_goods_en.pdf, 29.04.2010.

prava jeste potpuno odsustvo transparentne zakonske regulative na državnom nivou kojom bi se uredila bar pojedina ključna pitanja iz oblasti kulturnog nasleđa, koja se iz praktičnih razloga, najčešće regulišu krovnim instrumentima.[14] Dobar primer za to predstavlja režim pravne zaštite kulturnih dobara koja su proglašena nacionalnim spomenicima s obzirom da je u potpunosti regulisan podzakonskim aktima Predsedništva i Komisije.[15] Takođe jasno razgraničenje nadležnosti između Komisije i Ministarstva civilnih poslova BiH u domenu zaštite kulturnih dobara je potpuno izolstalo.

Značajno je napomenuti da u BiH već godinama postoje oprečna mišljenja o opravdanosti donošenja Zakona o zaštiti kulturnih dobara na državnom nivou, kao uostalom i o eventualnoj sadržini budućeg zakona. Iako preovladava mišljenje da je neophodno doneti zakon o zaštiti kulturnih dobara na državnom nivou, kako bi se između ostalog, ispunile brojne obaveze koje proizilaze iz članstva u UNESCO-u i u Savetu Evrope, kao i uspostavio jasan i transparentan pravni sistem, sadržaj samog zakona predstavlja već godinama sporno pitanje. Čini se da ni postojeći nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH nije uspeo da pomiri suprotstavljena gledišta i da otkloni dugoprisutnu tenziju, te stoga on još uvek nije ušao u skupštinsku postupak. U Izveštaju o napretku iz 2009. godine se ističe da Zakon još uvek nije usvojen zbog političkih razloga, a pre svega zbog institucionalnih novina koje predviđa.

Kao posebno sporno nameće se pitanje da li je i u kojoj meri potrebno izvršiti prenos entitetskih komepetencija u oblasti zaštite kulturnih dobara na državni nivo. Pojedini autori, protivnici prenošenja nadležnosti na državni nivo u domenu kulture, smatraju da u skladu sa principom pretpostavljene nadležnosti entiteta odredbe Aneksa VIII o osnivanju Komisije treba usko tumačiti.

U svakom slučaju potreba za donošenjem krovnog zakona je postala evidentna kako bi se uspostavila pravna sigurnost, ispunile preuzete međunarodne obaveze i otklonile postojeće neusklađenosti i pravne praznine.

No, imajući u vidu da postojeći nacrt zakona još uvek nije ušao u skupštinski postupak, u ovom radu će se analizirati odredbe samog nacrta kako bi se utvrdilo da li predložena rešenja predstavljaju prepreku daljim evropskim integracijma. U svetlu usaglašenosti će se dalje analizirati postojeća podzakonska regulativa usvojena na državnom nivou, kao i pozitivnopravni propisi primenjivi na nivou entiteta i kantona, kojima se reguliše pitanje sprečavanja nezakonitog prometa kulturnim dobrima.

[14] Jedini zakonski akt usvojen na državnom nivou, koji reguliše izvesan segment kulturnog nasleđa je Zakon o arhivskoj građi i arhivu BiH, Službeni glasnik BiH, br. 16/01.

[15] Tako je nadležnost Komisije utvrđena podzakonskim aktima koje je donelo Predsedništvo: Odluka o Komisiji za zaštitu nacionalnih spomenika, Službeni glasnik BiH, br. 1/02 i 10/02, kao i Pravilnik o aktivnostima Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika vezanim za međunarodnu saradnju, Službeni glasnik BiH, br. 29/02. Kriterije za proglašenje dobara nacionalnim spomenicima je donela Komisija 2002. god, detaljnije na Internet adresi:
http://www.aneks8komisija.com.ba/main.php?id_struct=40&lang=1, 05.05.2010.

4. USKLAĐENOST PRAVNOG SISTEMA BIH SA STANDARDIMA EU U DOMENU ZAŠTITE OD PROTIVPRAVNOG PROMETA KULTURNIM DOBRIMA

Uredba Saveta broj 116/2009 o izvozu kulturnih dobara,[16] Uredba Komisije (EEZ) broj 752/93 kojom se utvrđuju odredbe za sprovođenje prethodno pomenute uredbe[17] i Direktiva Saveta 93/7/EEZ o povraćaju kulturnih objekata nezakonito iznesenih sa teritorije država članica[18] predstavljaju mehanizme koji su usvojeni kako bi se omogućila zaštita kulturnih dobara u uslovima postojanja jedinstvenog tržišta između država članica EU.[19]

4.1. Uredba Saveta broj 116/2009 o izvozu kulturnih dobara

Kao preventivnu meru zaštite od protivpravnog izvoza kulturnih dobara, Uredba Saveta broj 116/2009 propisuje primenu jednoobraznih izvoznih dozvola kojima se državama članicama EU garantuje minimalni nivo kontrole izvoza kulturnih dobara na spoljnim granicama EU.

Značajno je napomenuti, da je još pre usvajanja ove uredbe Konvencija UNESCO o merama za zabranu i sprečavanje nedozvoljenog uvoza, izvoza i prenosa svojine kulturnih dobara (u daljem tekstu: „Konvencija UNESCO“)[20] predviđala obavezu uvođenja izvoznih dozvola za kategorije kulturnih dobara obuhvaćenih

[16] Uredba Saveta (EZ) broj 116/2009 od 18. decembra 2008. godine o izvozu kulturnih dobara (Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods (OJ L39 10/02/09). Treba imati u vidu da je Uredba (EEZ) broj 3911/92 sa sukcesivnim izmenama i dopunama prestala da važi stupanjem na snagu Uredba Saveta (EZ) broj 116/2009 od 18. decembra 2008. godine o izvozu kulturnih dobara.

[17] Uredba Komisije (EEZ) broj 752/93 od 30. marta 1993. kojom se utvrđuju odredbe za sprovođenje Uredbe Saveta*, izmenjena i dopunjena* Uredbom broj 1526/98 od 16. jula 1998, izmenjena i dopunjena Uredbom (EZ) broj 656/2004 od 07/04/2004, (Commission Regulation (EEC) No. 752/93 of 30/03/1993, laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) (No. 3911/92) *(OJ No. L 77, 31/03/1993). ;*Modified by Regulation No. 1526/98 of 16/07/1998 (OJ No. L 201 of 17/07/1998), Modified by Regulation (EC) No 656/2004 of 07/04/2004 (OJ L 104 of 08/04/2004), Corrigendum OJ L 203 of 08/06/2004).

[18] Direktiva Saveta 93/7/EEZ od 15. marta 1993. o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznesenih sa teritorije država članica; izmenjena i dopunjena Direktivom broj 96/100/EZ od 17. februara 1996 i Direktivom broj 2001/38 od 05. juna 2001. godine (*Council Directive 93/7/EEC* of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State (OJ No L 74 of 27/03/1993), Modified by Directive No 96/100/EC of 17/02/1996 (OJ No L 60 of 01/03/1996) and by Directive No 2001/38 of 05/06/2001 (OJ No L 187 of 10/07/2001)).

[19] Pravni osnov za usvajanje ovih akata je, između ostalog, sadržan u čl. 30. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice kojim se predviđa mogućnost ustanovljavanja izuzetka od prinicipa slobodnog prometa robom: Ok je…“Odredbe članova 28. i 29. ne isključuju zabrane ili ograničenja uvoza, izvoza ili ograničenje tranzita robe na osnovu javnog morala, javnog interesa ili javne sigurnosti, zaštite života i zdravlja ljudi, životinja i biljaka; zaštite nacionalnog blaga umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti […].”

[20] BiH je 12. jula 1993. godine sukcesijom pristupila Konvenciji UNESCO o merama za zabranu i sprečavanje nedozvoljenog uvoza, izvoza i prenosa svojine kulturnih dobara iz 1970 godine.

odnosnom konvencijom. Međutim za razliku od ove uredbe, odredbe Konvencije UNESCO nisu direktno primenjive već se njima jedino obavezuju države članice da ih putem pravne regulative unesu u nacionalno pravo kako bi postale deo njihovog nacionalnog pravnog sistema. Iako uredba predstavlja direktno primenjiv akt koji dakle bez obzira na postojeća nacionalna rešenja automatski postaje deo pravnog sistema država članica, BiH bi trebalo da već u postupku pristupanja uskladi svoj pravni sistem sa minimalnim standardima zaštite predviđenim Uredbom Saveta broj 116/2009, kako bi se otklonili eventualni kasniji paralelizmi i neuklađenosti u sistemima zaštite. Naime i kada se radi o direktno primenjivim aktima, države članice treba da aktivno učestvuju u postupku njihovog sprovođenja.

Države članice su obavezne, ukoliko je to potrebno, da u skladu sa članom 10. stav 1. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice[21] "preduzmu sve odgovorajuće mere, bilo opšte ili posebne, da bi obezbedile izvršavanje obaveza koje proizilaze iz ovog ugovora ili iz akcije institucija Zajednice." U članu 10. stav 1. dalje stoji da države članice treba da "omoguće ostvarivanje zadataka Zajednice."

U tom smislu u narednim redovima ćemo analizirati da li pravni okvir BiH pruža minimalne garancije u pogledu kontrole izvoza kulturnih dobara, koje su propisane Uredbom broj 116/2009.

4.1.1. Kategorije kulturnih dobara za koje se zahteva izvozna dozvola

4.1.1.1. Nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH

Kategorije kulturnih dobara za koje je Zakonom o kulturnim dobrima BiH ustanovljena obaveza izdavanja izvoznih dozvola ne odgovara u potpunosti kategorijama propisnim Aneksom I Uredbe broj 116/2009.

Nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH iscrpno nabraja kategorije kulturnih dobara na način sveobuhvatniji od Uredbe iz 2009. Drugim rečima, nacrt Zakona je u tom pogledu u skladu sa Uredbom s obzirom da se njome ustanovljava samo minimalni nivo zaštite, tačnije, kategorije kulturnih dobara za koje se neizostavno zahteva izvozna dozvola, ne dovodeći pri tom u pitanje pravo država da zaštitom obuhvate i druge kategorije kulturnih dobara. I pored načelne usklađenosti, nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH je propustio da među kulturna dobra kao kategoriju izričito uvrsti "kolekcije i primerke iz zooloških, botaničkih, mineraloških ili anatomskih kolekcija", iako je ta kategorija predviđena Anekom Uredbe.[22]

Takođe, pojedine kategorije kulturnih dobara koje su navedene u nacrtu Zakona o kulturnim dobrima BiH nisu dovoljno jasno određene i stoga moraju biti redefinisane.[23]

---

[21] Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (Consolidated text, OJ No C 321 E of 29 December 2006).

[22] V. prva alineja kategorije A.13. Aneksa Uredbe.

[23] Naime, čl. 70 (b) i 70 (lj) nisu međusobno usaglašeni. Dok se čl. 70 (b) odnosi na sve predmete koji čine sastavni deo umetničkih, istorijskih ili verskih spomenika, u čl. 70 (lj) se uvodi starosno

4.1.1.2. Uputstvo o izdavanju dozvola za izvoz i uvoz umetničkih dela i antikviteta

Ministarstvo spoljne trgovine i ekonomskih odnosa BiH je donelo Uputstvo o izdavanju dozvola za izvoz i uvoz umetničkih dela i antikviteta kojim se utvrđuju uslovi za izvoz kulturnih dobara koja nemaju status nacionalnih spomenika.[24] Lista kulturnih dobara sadržana u Uputstvu je znatno restriktivnija od kategorija kulturnih dobara navedenih u Aneksu Uredbe broj 116/2009. Stoga, ukoliko pomenuti nacrt Zakona uskoro ne bude usvojen, Uputstvo mora biti izmenjeno kako bi bilo usaglašeno sa odredbama Uredbe broj116/2009.

Kompleksnost regulative BiH se ogleda i u tome što Minsitarstvo spoljne trgovine i ekonomskih odnosa izdaje dozvolu tek na osnovu prethodnog dobijanja saglasnosti od nadležnog ministarstva kulture entiteta.[25]

S obzirom na ustanovljeni postupak saodlučivanja pri izdavanju izvoznih dozvola bitno je sagledati i rešenja entitetskih i kantonalnih propisa kojima se reguliše zaštita kulturnih dobara**.** Analizom entitetskih i kantonalnih propisa može se zaključiti da su potrebne njihove izmene kako bi se uskladili sa minimalnim standardima utvrđenim za kategorije kulturnih dobara za koje se zahteva izvozna dozvola u smislu Uredbe broj 116/2009. Nesumnjivo, postojeći postupak koodlučivanja nepotrebno usložnjava režim izvozne kontrole kulturnih dobara, pri tome uvodeći teritorijalnu fragmentaciju i stepen diskrecije u oblasti u kojoj inače postoje jasni evropski standardi. [26]

4.1.1.3. Akti Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika BiH

Izvoz kulturnih dobara koja su proglašena nacionalnim spomenicima je moguće izvršiti jedino na osnovu posebnog odobrenja Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika BiH. Nepostojanje opšteg pravnog akta podazakonskog karaktera koji bi na jasan i sistematičan način utvrdio restriktivna pravila za iznošenje kulturnih dobara koja su proglašena nacionalnim spomenicima svakako predstavlja manjkavost pravnog sistema BiH.[27] I pored toga, bitno je istaći da samo uvođenje restriktivnijih

---

ograničenje u pogledu umetničkih, istorijskih i verskih spomenika, te se uzimaju u obzir samo oni primerci koji su stari između 50 и 100 godina. Takođe, član 2 (b) i 2 (c) su veoma široko i nejasno definisani.

[24] Komisija za nacionalne spomenike je nadležna za odobravanje privremenog iznošenja iz zemlje kulturnih dobara koja su proglašena nacionalnim spomenicima. V. odluke o proglašenju pokretnih dobara nacionalnim spomenikom, http://www.aneks8komisija.com.ba, 01.05.2010.

[25] V. član 3(c) Uputstva o izdavanju dozvola za izvoz i uvoz umetničkih dela i antikviteta.

[26] Prema trenutno važećim propisima postoji mogućnost da ista kategorija kulturnih dobara bude podvrgnuta drugačijim izvoznim režimima u različitim delovima Bosne i Hercegovine.

[27] Umesto postojanja opšteg pravnog akta, Komisija u pojedinačnim odlukama o proglašenju pojedinog pokretnog dobra nacionalnim spomenikom određuje uslove izvoza. V. npr. Odluku o proglašenju crkve Presvete Bogorodice u Jajcu, sa pokretnim naslijeđem koga čine pet ikona s ikonostasa nacionalnim spomenikom, Službeni glasnik BiH, broj 37/04,

kriterijuma za iznošenje nacionalnih spomenika, pa čak i zabrana trajnog iznošenja koju određuje Komisija nije u suprotnosti sa tekstom ove uredbe. Naime, države članice su slobodne da uspostave strožiji režim kontrole izvoza od minimalnih standarda predviđenih Uredbom, kako u pogledu kulturnih dobara od nacionalnog interesa, tako i u pogledu ostalih kategorija kulturnih dobara, čak i ukoliko ne predstavljaju kulturna dobra u smislu ove uredbe.[28]

4.1.2. Organi nadležni za izdavanje izvoznih dozvola

Dok Uputstvo koje je trenutno na snazi u BiH predviđa složeni postupak koodlučivanja, po kojem se, u izdavanje izvozne potvrde uključuju pored Ministarstva spoljnih poslova BiH i nadležni entitetski i kantonalni organi, nacrt Zakona nudi pojednostavljena rešenja. Naime, nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH predviđa da se entitetski i kantonalni zavodi za zaštitu kulturnog nasleđa smatraju isključivo nadležnim telima u smislu člana 3. Uredbe broj 116/2009, bez propisivanja obaveznog učešća drugih tela sa državnog nivoa u tom postupku.

Decentralizacija nadležnosti u oblasti izdavanja izvoznih dozvola ne predstavlja izuzetak u pravnim sistemima evropskih država.[29] Kao što je ranije spomenuto u tekstu, nacrt Zakona predstavlja optimalno rešenje zbog toga što sadrži pojednostavljen model decentralizacije, gde svaku izvoznu dozvolu izdaje isključivo jedan nadležan organ, koji prilikom odlučivanja nije uslovljen nikavom prethodnom niti naknadnom saglasnošću drugog organa.

4.1.3. Organi nadležni za utvrđivanje uslova za izvoz kulturnih dobara

U cilju ispunjavanja uslova iz Uredbe broj 116/2009 od izuzetnog značaja je ustanovljavanje jedinstvenih kriterijuma za izdavanje izvozne dozvole na celoj teritoriji BiH. U tom pogledu, nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH sadrži problematično rešenje. Naime, član 68. stav 4. nacrta Zakona o kulturnim dobrima BiH ovlašćuje Ministra civilnih poslova da utvrdi uslove za privremeno iznošenje *kulturnog dobra od značaja za BiH,* na predlog Komisije za kulturna dobra. Naime, pomenutim članom se uvodi nepotrebna i opasna distinkcija podela. Tačnije, odnosni

---

http://www.aneks8komisija.com.ba/main.php?id_struct=6&lang=1&action=view&id=1929. 29.04.2010.

[28] Čl. 2, st. 3. ove uredbe. Nivo zaštite kulturnih dobara koja čine nacionalno blago u državama članicama značajno varira. V. J. Staines, J. Piñel, Moving Art - Guidebook to the export and import of cultural goods between Russia and the European Union, European Communities, 2007, http://www.delrus.ec.europa.eu. 02.05.2010.

[29] Na primer, Nemačka i Holandija imaju decentralizovan sistem izdavanja izvoznih dozvola. v. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95, dokument dostupan na Internet adresi: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/cultural_goods_en.pdf, 29.04.2010.

ministar se ovlašćuje da propiše uslove samo u pogledu kulturnih dobara koja su od značaja za BiH, a ne i ostalih kulturnih dobara koja ispunjavaju uslove propisane Uredbom, a pri tom nisu od posebnog značaja za teritoriju BiH. Da bi se omogućilo potpuno i pravilno sprovođenje ove uredbe, kao uostalom i ostvarivanje kulturne saradnje u smislu člana 101. SSP, potrebno je propisati jednistvene uslove za izvoz svih kulturnih dobara iz BiH u skladu sa minimalnim standardima Uredbe, kako bi se pružila zaštita svim kategorijama kulturnih dobara koja su navedena u Aneksu Uredbe, bez obzira da li se radi o kulturnim dobrima ili kulturnim dobrima od izuzetnog značaja.

4.1.4. Administrativna saradnja

Zakonodavstvo BiH je u potpunosti propustilo da reguliše administrativnu saradnju između nadležnih organa na način na koji je definisana članom 6. Uredbe broj 116/2009. Naime, Uredbom se, između ostalog, predviđa saradnja između carinskih organa, policijskih organa i organa nadležnih za izdavanje izvoznih dozvola. Na taj način se zapravo omogućava komunikacija između organa nadležnih za izdavanje izvoznih dozvola, organa zaduženih za povraćaj nezakonito iznesenih kulturnih dobara i organa nadležnih za otkrivanje ilegalnog izvoza kulturnih dobara.[30] Iako neformalni vidovi saradnje u BiH već postoje, oni nisu na odgovarajući način institucionalizovani i usaglašeni sa odredbama ove uredbe. Imajući u vidu da se problemi u ostvarivanju ove saradnje javljaju i u državama EU, bitno je da se u BiH pravovremeno uspostavi odgovarajući institucionalni okvir za tu saradnju.[31]

4.1.5. Krivičnopravno i administrativno sankcionisanje nezakonitog iznošenja kulturnih dobara

Na osnovu analize carinskih[32] i krivičnopravnih propisa,[33] kao i pojedinih pravnih akata kojima se reguliše zaštita kulturnih dobara[34] može se zaključiti da

[30] Videti član 6. ove uredbe.

[31] U prethodno pomenutim smernicama za adminstrativnu saradnju između nadležnih organa (Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities) ukazuje se da su, nakon stupanja na snagu Uredbe broj 116/2009 i Direktive broj 93/7/EEZ, nastali ozbiljni problemi u uspostavljanju adminsitrativne saradnje u državama članicama EU. Stoga su u Smernicama predloženi načini za prevazilaženje tih problema.

[32] Zakon o carinskim prekršajima Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 88/05.

[33] Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službeni novine Federacije Bosne I Hercegovine br. 36/03, Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, Krivični zakon Brčko Distrikta BiH, Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, br. 10/03, 6/05.

[34] V. na primer Nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH i Zakon o arhivskoj delatnosti Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 119/2008.

pravni sistem BiH sadrži odgovarajuće administrativne i krivičnopravne sankcije za protivpravno iznošenje kulturnih dobara koje su u skladu s članom 9. ove uredbe.

4.2. Uredba Komisije (EEZ) broj 752/93 kojom se utvrđuju odredbe za sprovođenje Uredbe Saveta EEZ broj 3911/92 o izvozu kulturnih dobara

4.2.1. Oblici izvoznih dozvola

Uredba Komisije 752/93 određuje tehničke odredbe za sprovođenje Uredbe Saveta 116/2009 o izvozu kulturnih dobara. Pored ustanovljavanja forme standardne dozvole kao obavezne, Uredbom se predviđaju i dva fakultativna modela, koji ukoliko su ispunjeni posebni uslovi, mogu da olakšaju promet kulturnim dobrima, a samim tim i kulturnu saradnju u smislu člana 101 SPP. To su: posebna otvorena i opšta otvorena dozvola. Iako pravni sistem BiH poznaje jedino oblik izvozne dozvole koji u načelu odgovara modelu standardne dozvole,[35] potrebno je dodatno izmeniti postojeću regulativu kako bi se kriterijumi predviđeni ovom uredbom u potpunosti zadovoljili. Tako na primer, pravni sistem BiH nije usklađen sa članom 9. Uredbe broj 752/93 koji predviđa da je rok važenja standardne izvozne dozvole dvanaest meseci od datuma izdavanja. Naime, pravna regulativa u BiH ne poznaje takvo vremensko ograničenje.

Modeli posebne otvorene dozvole i opšte otvorene dozvole, predstavljaju oblike koji su lišeni strogog formalizma i stoga bi njihovo uvođenje u pravni sistem olakšalo i unapredilo promet kulturnim dobrima i kulturnu saradnju u smislu člana 101. SSP. Svakako, ovi modeli se mogu primeniti jedino ukoliko su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi predviđeni Uredbom Komisije broj 752/93.[36]

4.3. Direktiva 93/7/EEZ o povraćaju kulturnih predmeta nezakonito iznesenih s teritorije države članice

Cilj Direktive Saveta 93/7/EEZ je da se omogući povraćaj kulturnih objekata koji su na osnovu nacionalnog zakonodavstva ili administrativnih postupaka

[35] V. Uputstvo o izdavanju dozvola za izvoz i uvoz umetničkih dela i antikviteta i nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH.

[36] Čl. 10. ove uredbe propisuje uslove za odobravanje posebne otvorene dozvole. Tako, između ostalog, države članice mogu da se opredele za posebne otvorene dozvole, u slučajevima kada postoji potreba za sukcesivnim privremenim izvozima određenih kulturnih dobara, koja su pogodna za identifikaciju, a radi upotrebe i/ili izlaganja u trećim državama. S druge strane, čl. 13. ove uredbe utvrđuje uslove za izdavanje opšte otvorene dozvole. Opšta otvorena dozvola se može izdavati muzejima ili drugim institucijama i ona se primenjuje na sve privremene izvoze koji se vrše u propisanom vremenskom periodu ukoliko se radi o kulturnim dobarima koja čine stalne postavke muzeja ili drugih institucija i koja se mogu privremeno izvoziti radi izložbe u treće države. V. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95.

klasifikovani kao "nacionalna blaga umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti" u slučaju nezakonitog odnošenja sa teritorije država članica.

4.3.1. Definicija nacionalnog blaga umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti

Analiza pravnog sistema BiH otkriva da ne postoji ni jedan pravni akt koji sadrži definiciju nacionalnog blaga umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti koja je u potpunosti u skladu sa sa članom 1. Direktive 93/7/EEZ.

Naime, članom 1. Direktive se utvrđuje da su zaštitom obuhvaćeni kulturni objekti koji su klasifikovani kao nacionalno blago umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti ukoliko:

- spadaju u jednu od kategorija navedenih u Aneksu Direktive,[37] ili
- čine sastavni deo javnih kolekcija koje su evidnetirane u inventarima muzeja, arhiva ili biblioteka ili u inventarima crkvenih ustanova[38]

Očigledno je da ova direktiva ima užu oblast primene u poređenju sa Uredbom broj 116/2009. I pored toga, je ostavljena mogućnost svakoj državi članici EU da proširi oblast primene ove direktive preuzmajući na sebe obavezu povraćaja i u pogledu kategorija objekata koje nisu obuhvaćene ovom direktivom.[39]

Nacrt Zakona o kulturnim dobrima BiH ne sadrži jasnu definiciju kulturnih objekata koja čine nacionalno blago umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti.[40] Kriterijumi za proglašenje dobra nacionalnim spomenikom BiH (u daljem tekstu: „Kriterijumi") predstavljaju svakako značajan akt čije se odredbe moraju uzeti u obzir prilikom analize usaglašenosti sa ovom direktivom.[41] Naime, dati podzakonski akt Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika navodi kategorije kulturnih dobara koje se mogu proglasiti nacionalnim spomenicima, ukoliko ispunjavaju i dodatne uslove propisane Kriterijumima (npr.vrednosne i starosne kriterijume).

U svakom slučaju, određenje nacionalnih spomenika sadržano u Kriterijumima nije u potpunosti u skladu s tekstom ove direktive. Tačnije, navedene kategorije

[37] Kategorije kulturnih objekata nabrojane u Aneksu Direktive su u potpunosti podudaraju sa objektima navedenim u aneksima prethodno pomenutih uredbi.
[38] Čl. 1. Direktive Saveta 93/7/EEZ.
[39] Videti član 14. ove direktive.
[40] U, članu 16. nacrta Zakona o kulturnim dobrima se anticipirana Komisija za kulturna dobra BiH ovlašćuje da predloži kriterijume za utvrđivanje kulturnih dobrara BiH, koje bi nakon toga trebalo da kasnije usvoji Savet ministara. Međutim nacrt Zakona nije dovoljno precizan tako da ostaje nejasno da li se Komisija ovlašćuje da predloži samo kriterijume za utvrđivanje kulturnih dobara ili i kulturnih dobara koja predstavljaju nacionalno blago umetničke, istorijske, ili arheološke vrednosti.
[41] V. Kriterijume za proglašenje dobra nacionalnim spomenikom Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH br. 33/02, 15/03. Kriterijumi su usvojeni na osnovu čl. 36. Poslovnika o radu Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika.

pokretnih kulturnih objekata se ne mogu smatarati nacionalnim blagom u smislu ove direktive iz sledećih razloga:

- one nisu u skladu sa kategorijama kulturnih dobara nabrojanih u Aneksu Direktive 93/7/EEZ,[42] i

- kategorije utvrđene Kriterijumima ne predstavljaju sastavni deo javnih kolekcija navedenih u inventarima muzeja, arhiva ili bibliotekarskim kolekcijama.[43]

Pravni propisi koji regulišu zaštitu kulturnog nasleđa na entitetskom i kantonalnom nivou u načelu ne sadrže definiciju nacionalnog blaga umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti koja bi bila u skladu sa ovom direktivom. Naime, ti propisi najčešće ne sadrže definiciju nacionalnog blaga već jedino određuju pojam kulturnog dobra,[44] dok samo pojedini od njih klasifikuju kulturna dobra u više kategorija, ali i pored toga ni jedna kategorija ne odgovara u potpunosti definiciji nacionalnog blaga na način formulisan u članu 1. Direktive 93/7/EEZ.[45]

[42] Kriterijumi ne nabarajaju iscrpno sve kateogorije, već jedino primera radi navode pojedine pokretne kulturna objekte, te na osnovu toga možemo zaključiti da Kriterijumi Komisije nisu u potpunosti u skladu sa detaljnom i sveobuhvatnom kategorizacijom iz Aneksa Direktive.

[43] Za potrebe ove direktive "javne kolekcije" označavaju kolekcije koje su u svojini države članice, lokalne ili regionalne vlasti u okviru države članice ili ustanove sa teritorije države članice i pri tom su određene kao javne kolekcije zakonodavstvom te države članice, ukoliko je ta ustanova u svojini ili značajno finansirana od strane države članice ili lokalne ili regionalne vlasti.V. čl. 1. st. 1. Direktive. S druge strane Kriterijumi Komisije propisuju da nacionalni spomenici mogu biti u vlasništvu pojedinaca iz čega nedvosmisleno proizilazi da se ne mogu smatrati "javnim kolekcijama" u smislu čl. 1. st. 1. ove direktive.

[44] V. Zakon o zaštiti kulturnog nasleđa Hercegovačko-neretvanskog kanotona, Službene novine Hercegovačko-neretvanskog kanotona br. 2/06. U čl. 1. se jedino naglašava da se dati zakon ne primenjuje na nacionalne spomenike i kulturna dobra koja su upisana na UNESCO-ovu Listu svetske baštine *i* Zakon o zaštiti kulturnog nasleđa kantona Sarajevo. Službeni novine Kantona Sarajevo, br. 2/00, 37/08.

[45] Tako na primer, član 2. Zakona o kulturnim dobrima Republike Srpske razvrstava kulturna dobra u tri kategorije u zavisnosti od njihovog zanačaja: kulturna dobra, kulturna dobra of velikog značaja i kulturna dobra od izuzetnog značaja. Kategorija kulturnih dobara od izuzetnog značaja, regulisana u članu 5. odnosnog zakona u izvesnoj meri odgovara definiciji "nacionalnog blaga umetničkog, istorijskog ili arheološke vrednosti" na način na koji je utvrđena u Direktivi Saveta 93/7/EEZ. U svakom slučaju defincija u Zakonu o kulturnim dobrima Republike Srpske ne sadrži eksplicitno nacionalno blago arheološke vrednosti na način utvrđen određen u članu 1. Direktive. V. Zakon o kulturnim dobrima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 11/1995, 103/2008.

4.3.2. Administrativna saradnja između centralnih organa država članica i postupak povraćaja kulturnih dobara

Direktivom se predviđa obaveza država članica da odrede jednog ili više centralnih organa koji će unaprediti saradnju i uzajamno konsultovanje između nadležnih nacionalnih organa država članica.[46]

Centralni organi određene države članice su obavezni da u u nacionalnim okvirima obezbede protok informacija i omoguće savetovanje između različitih nacionalnih nadležnih organa (zaduženih za oblast kulturnog nasleđa, policijskih i carinskih organa, itd.). Centralni organi su dalje, na međudržavnom planu, zaduženi za pružanje informacija centralnim organima drugih država članica.[47]

Centralni organi su dalje zaduženi da obaveste određene države članice da je otkriven kulturni objekat ukoliko postoje osnovi sumnje da je pronađen kulturni objekat bio nezakonito odnesen s teritorije druge države članice. Saradnja se dalje odnosi na usvajanje privremenih mera i posredovanje između držaoca dobra i države članice koja je podnela zahtev po formalnom odobrenju obe strane.[48]

Iako ova direktiva daje prednost metodama dobrovoljnog povraćaja ona takođe reguliše i postupak povraćaja koji se ostvaruje sudskim putem. Bitno je naglasiti da jedino država članica može pokrenuti postupak pred nadležnim sudom države članice protiv vlasnika ili držaoca kulturnog dobra zahtevajući povaćaj određenog kulturnog objekta.[49] Direktivom su postavljeni strogi rokovi,[50] kao i drugi uslovi,[51] koji otežavaju sprovođenje predviđenog postupaka povraćaja. Upravo zbog nedostataka imanentnih merama povraćaja sudskim putem, u daljem radu će se predložiti pristupanje Konvenciji UNIDROIT kako bi se u postupku njene imlementacije izgradio sveobuhvatan i potpun sistem zaštite od nezakonitog prometa kulturnim dobrima u BiH**.**

Analizom pravnog sistema utvrđeno je da pozitivnopravna regulativa BiH nije usklađena sa Direktivom 93/7/EEZ kako u pogledu odredbi o administrativnoj saradnji, tako i u pogledu procesnih odredbi kojima se reguliše sudski postupak povraćaja kulturnih dobara.[52]

---

[46] V. čl. 3. i čl. 4. Direktive.

[47] V. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95.

[48] V. član 4. Direktive.

[49] V. član 5. Direktive.

[50] V. član 7. Direktive.

[51] V. član 5. Direktive.

[52] U ovom kontekstu je značajno pomenuti da član 2. Pravilnika o aktivnostima Komisije za očuvanje nacionalnih spomenika vezanim za međunarodnu saradnju ovlašćuje Komisiju da, inter alia, sarađuje sa INTERPOL-om, drugim međunarodnim organizacijama i državama u slučajevima nestanka pokretnih nacionalnih spomenika. Međutim, osim ovog pravilnika, nisu usvojeni drugi pravni akti koji bi dalje precizirali pomenute nadležnosti Komisije u pogledu administrativne saradnje. Pomenuta odredba, kao uostalom i neformalni vidovi saradnje uspostavljeni između carinskih organa i državnog organa

4.3.3. Načini transpozicije direktive u zakonodavstvo Bosne i Hercegovine

S obzirom da pravni sistem BiH u potpunosti ne ispunjava uslove propisane Direktivom 93/7/EEZ, BiH će morati u procesu pristupanja da uskladi regulativu sa odredbama ove direktive. Za razliku od uredbi koje su neposredno primenjive u državama članicama, direktive se ne mogu neposredno primenjivati već zahtevaju nacionalne mere tj. unošenje u nacionalni pravni sistem.[53]

Uporednopravna iskustva nam potvrđuju da je velika većina država članica EU izvršila transpoziciju direktive isključivo putem zakonskih akata.[54] Neznatni broj njih je preuzelo direktivu putem usvajanja podzakonskih akata,[55] dok su pojedine države prilikom transpozicije donosile kako zakonske, tako i podzakonske akte.[56] Od država kandidata izdvajamo primer Republike Hrvatske koja je u postupku pristupanja izvršila unošenje direktive kako izmenom zakona,[57] tako i donošenjem pravilnika.[58] U cilju uspostavljanja usklađenog i transparentnog pravnog poretka koji jemči pravnu sigurnost, smatramo da bi u BiH transpozicija ove direktive trebalo da u svakom slučaju bude praćena usvajanjem kako akata zakonske tako i podzakonske prirode.

Uporednopravni primeri dalje pokazuju da se čak i u državama, poput Beligije sa visokim stepenom decentralizacije izvršila transpozicija ove direktive usvajanjem pravnih akata na državnom nivou. Dok je ranije u tekstu naglašeno da se obaveze iz uredbi kojima se regulišu izvozne dozvole mogu ispuniti kako usvajanjem akata na državnom, tako i na entitetskom i kantonalnom nivou, u slučaju ove direktive je bitno istaći neophodnost njene transpozicije kroz akte usvojene na državnom nivou. Takođe uporednopravna studija pokazuje da je velika većina država članica EU prezela ovu

---

nadležnog za izdavanje izvoznih dozvola se u svakom slučaju ne mogu smatrati administrativnom saradnjom u smislu teksta ove direktive. Uz to je bitno naglasiti da je za razliku od EUROPOL-a, koji je od 2002. godine u okviru svog mandata nadležan i za otkrivanje nezakonitog prometa kulturnim dobrima, nadležnost INTERPOL-a, koji deluje i u BiH, ograničena isključivo na istraživanje slučajeva krađe kulturnih dobara, a ne i na slučajeve nezakonitog iznošenja.

[53] J. Ćeranić, "Osnove pravnog sistema Evropske unije" 50 Godina Evropske unije (ur. J. Ćirić), Beograd 2007, 62.

[54] Npr. Portugalija, Španija, Holandija, Belgija, v. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95.

[55] Npr. Irska, v. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95.

[56] Npr. Francuska, Švedska, Austrija, v. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95.

[57] Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara Republike Hrvatske, Narodne novine Republike Hrvatske, br. 151/03.

[58] Pravilnik kojim se utvrđuje popis grupe predmeta koji se mogu smatrati nacionalnim blagom država članica Europske unije u pogledu kojega mogu ostvarivat povrat zbog nezakonitog odnošenja.

direktivu donošenjem zasebnih pravnih akata, dok je svega nekoliko njih transpozicuju izvršilo putem izmena i dopuna postojećih krovnih zakona o kulturi.[59]

5. Zaključna razmatranja

Već na osnovu kraćeg osvrta na listu međunarodnih i regionalnih instrumenata kojima je pristupila BiH u domenu zaštite kulturnih dobara, može se zaključiti da osnovni problem pravne regulative u BiH predstavlja neadekvatna implementacija ratifikovanih međunarodnih i regionalnih konvencija. Stoga smatramo da u narednom periodu, BiH treba da prevashodno skoncentriše svoje napore na implementaciju već ratifikovanih konvencija, pre svega instrumenata Saveta Evrope i UNESCO-a, kao i na usklađivanje pravnog poretka s pravnim tekovinama EU.

U tom kontekstu je od posebne važnosti sprovođenje Uredbe broj 116/2009 o izvozu kulturnih dobara i Uredbe broj 752/93 kojom se utvrđuju odredbe za sprovođenje prethodno pomenute uredbe, kao i transpozicija Direktive 93/7/EEC o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznesenih s teritorije država članica. U radu je upravo naglašen značaj primene jedinstvenih uslova za izdavanje izvoznih dozvola na celoj teritoriji BiH, bilo putem usvajanja akata na državnom, entitetskom ili kantonalnom nivou, koji bi bili u skladu sa Uredbom broj 116/2009 i Uredbom broj 752/93. Takođe je istaknuta neophodnost preuzimanja Direktive 93/7/EEZ o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznesenih s teritorije država članica kroz usvajanje pravnih akata na državnom nivou. Naime, bez obzira što BiH karakteriše visoki stepen decentralizacije, uporednopravni primeri svedoče da je čak i u naglašeno decentralizovanim državama EU, poput Belgije, izvršena transpozicija ove direktive isključivo kroz usvajanje pravnih akata na državnom nivou.

No, i pored prioritetnih ciljeva koji se odnose na sprovođenje već preuzetih međunarodnih obaveza, smatramo da bi pristupanje Konvenciji UNIDROIT bilo od velikog značaja za uspostavljanje sveobuhvatnog sistema zaštite od protivpravnog prometa kulturnim dobrima.

Naime, smatramo da međunarodni režim zaštite od protivpravnog prometa kulturnim dobrima, uspostavljen Konvencijom UNESCO i Direktivom, nije kompletan i kao takav ne pruža potpunu zaštitu od nezakonitog prometa kulturnim dobrima, niti otklanja postojeće pravne praznine.

Dok se Direktivom uređuje isključivo postupak povraćaja nezakonito iznesenih kulturnih dobara, Konvencija UNIDROIT reguliše i postupak restitucije ukradenih kulturnih dobara. Drugim rečima, poglavlje II Konvencije UNIDROIT iz 1995.

[59] V. Guidelines for Administrative Cooperation between the Competent Authorities, adopted by the Advisory Committee on Cultural Goods, created by the Council Regulation (EEC) No 3911/92 on the export of cultural goods, Taxud/1062/2001 Final Rev.2, 9-95.

godine, koje se odnosi na restituciju ukradenih kulturnih dobara, je u potpunosti primenjivo na sve države članice EU koje su pristupile Konvenciji UNIDROIT i značajno doprinosi potpunijoj zaštiti kulturnih dobara.[60]

Svakako je važno napomenuti da je postupak restitucije ukradenih kulturnih dobara takođe regulisan i Konvencijom UNESCO koju je ratifikovala i BiH, međutim autorke nalaze da Konvencija UNIDROIT predstavlja daleko efikasniji mehanizam zaštite, s obzirom da predviđa mogućnost sudske zaštite, dok Konvencija UNESCO predviđa ostvarivanje restitucije isključivo diplomatskim putem. Konvencija UNIDROIT pored države ovlašćuje i oštećena fizička i pravna lica, koji su vlasnici ukradenog kulturnog objekta, da sudskim putem zahtevaju povraćaj datog dobra, dok se diplomatska zaštita predviđena Konvencijom UNESCO po prirodi stvari odnosi isključivo na državne subjekte.[61]

S druge strane, odredbe Konvencije UNIDROIT o povraćaju protivpravno iznesenih kulturnih dobara, sadržane u poglavlju III, od velikog su značaja i primenjuju se i na države članice EU u slučajevima kada:

1) Država članica zahteva povraćaj kulturnog dobra koji je protivpravno izneto s njene teritorije na teritoriju treće države;

2) Kada se određeni objekat ne smatra kulturnim objektom u smislu člana 1. Direktive, ali je zato zaštićen Konvencijom UNIDROIT.[62]

Naime iz člana 13. stav 3. Konvencije UNIDROIT nesumnjivo proizilazi da pojedinac koji ne zadovoljava kriterijume predviđene Direktivom 93/7/EEZ, može da pokuša da ostvari zaštitu na osnovu Konvencije UNIDROIT.[63]

---

[60] V. Ćorić Erić, M. V. Matijević, "Strengthening the International Regime for the Prevention of the Illicit Trade in Cultural Goods", Strani pravni život 3/2009, 294.
[61] Ibid., 283.
[62] Ibid., 293.
[63] U članu 13. stav 3. Konvencije stoji da članovi regionalnih organizacija ili organizacija ekonomskih integracija mogu da izjave da će se na njihove međusobne odnose primenjivati interna pravila umesto odredbi ove konvencije ukoliko se oblast primene njihovih internih pravila "podudara sa odredbama ove Konvencije". Iz člana 13. stava 3. dakle nedvosmisleno proizilazi da će se odredbe Konvencije UNIDROIT uvek primenjivati kada se ne podudara oblast primene pomenutih internih pravila i odredbi Konvencije UNIDROIT. Drugim rečima, odredbe Konvencije UNIDROIT o povraćaju ukradenih kulturnih dobara su uvek primenjive na države članice EU koje su pristupile ovoj konvenciji, pošto data pitanja, kao što je izloženo ranije u tekstu, nisu regulisana pravnim aktima EU. Odredbe Konvencije UNIDROIT o povraćaju protivpravno iznesenih kulturnih dobara će se takođe primenjivati i na kulturna dobra koja ne predstavljaju kulturne objekte u smislu člana 1. Direktive, ukoliko se mogu podvesti pod definiciju kulturnih dobara zaštićenih Konvencijom UNIDROIT, kao i u slučajevima kada se radi o kulturnim dobrima koja su protivpravno odnesena u države koje nisu članice EU.

Na osnovu prethodno izloženih nedostatka i ograničenja režima zasnovanog na pravnim aktima EU i Konvenciji UNESCO iz 1970, smatramo da bi pristupanje Konvenciji UNIDROIT bilo od izuzetnog značaja za BiH, uporedo sa ostvarivanjem standarda EU u oblasti sprečavanja protivpravnog prometa kulturnim dobrima.

Vesna Ćorić Erić, LLM, research associate, Institute of Comparative Law, Beograd
Jelena Ćeranić, Ph.D, research associate, Institute of Comparative Law, Beograd

COMPATIBILITY OF THE LEGAL FRAMEWORK OF BOSNIA AND HERZEGOVINA WITH THE EUROPEAN UNION STANDARDS FOR THE PROHIBITION OF THE ILLICIT TRAFFIC IN CULTURAL GOODS

Summary

Paper examines the level of compliance of the legal framework of Bosnia and Herzegovina with the relevant international and especially European standards on the prohibition and prevention of illicit trade in cultural goods. Given the ongoing stabilization and accession process, a special emphasis will be placed on the compatibility of the legal system of BiH with the Council Regulation (EC) No 116/2009 on the export of cultural goods, Commission Regulation (EEC) No 752/93 laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) No 3911/92 and Council Directive 93/7/EEC, on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State.

Authors further identify legal gaps and internal inconsistencies within the domestic legal framework that give rise to legal *uncertainty* having detrimental effects on the coherence of BiH legal system.

Authors conclude that certain aspects of the BiH legal framework in the area of fighting against illicit trade in cultural goods should be significantly amended as to meet the given EU standards, as well as to comply with the ratified international and regional conventions in the given field. Finally, the need to join the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects is identified as to improve the BiH legal framework for preventing and *fighting illicit* traffic in cultural property.

Key words: export of cultural goods, illicit traffic in cultural goods, draft Law on Cultural Goods of BiH, EU standards, Stablization and Association Agreement.

Luka Breneselović
Beograd

NEKOLIKO BELEŠKI UZ NACRT OPŠTEG DELA NOVOG HRVATSKOG KAZNENOG ZAKONA

Apstrakt

U toku je rad na novom KZ-u Hrvatske. U sedam probranih beleški autor Luka Breneselović se osvrnuo na stilizaciju umišljajne i nehatne krivice, nov institut ekskulpirajućeg vanrednog stanja, izmene vezane za režim prekoračenja granica nužne odbrane, regulaciju putativnog vanrednog stanja, nastojanja da se obesmisli institut beznačajnog dela, problem izvršilaštva, podstrekavanja i pomaganja i ubeđenje da postoje uračunljivi i neuračunljivi ljudi.

Ključne reči: Krivično pravo (reforma); Krivični (kazneni) zakon; Hrvatska.

Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske objavilo je u aprilu 2009. godine prvu verziju »Nacrta prijedloga općeg dijela Kaznenog zakona do sankcija«. Primedbe koje sam na javni poziv Ministarstva uputio Radnoj skupini, sada predajem u nešto potkrepljenijem obliku stručnoj javnosti. Neke su tobože jezičke, druge su pravne. No, kada su propisi u pitanju u suštini je svako jezičko pitanje i pravno, a svako pravno rešenje upotrebljivo samo ako je kvalitetno jezički fiksirano.

1.Umišljaj i nehat

Za razliku od jugoslovenskog krivičnog zakonodavca, hrvatski zakonodavac ne koristi izraz »umišljaj«, već izraz »namjera« (čl. 44 Predloga/KZ Hrvatske), držeći da time označava isto što se i u Nemačkoj označava sa »Vorsatz«, a u Srbiji i danas, kao i ranije, sa rečju »umišljaj«.

Namera je pre svega životni pojam, a potom i pravni. U životu namera ne označava isto što i umišljaj, pa tako ne može biti ni u pravu. Barem ne u onome čiji tvorci ne veruju da stvaranjem prava stvaraju apsolutni svet u kome kao u kakvom lošem jezičkom sistemu značenje reči određuje komisija umesto osećaja govornika za prikladno, ispravno i moguće. *Namjera* nije inačica za »srpsko« *umišljaj,* a to je naznačeno i u pojašnjenjima uz čl. 44 bez da su odredbe Predloga prema toj naznaci formulisane.

Ako su lice A i lice B naručili istovetno piće, a zatim barmen sa namerom da ubije lice B zatruje jednu čašu znajući da postoji podjednaka šansa da kelner posluži lice B zatrovanom čašom, kao i da zatrovanom čašom posluži lice A, u tom slučaju

koje god od tih lica umre u agoniji po sredi je umišljajno ubistvo, no samo u slučaju smrti lica B može biti reč o nameri. Oni kojima nisu dragi primeri sa eventualnim umišljajem treba da pomisle na primer isprepadanog mesara u noćnoj smeni koji se okreće i u deliću sekunde svesno ubada nož u srce lica koje ga je iz šale prepalo. Tu postoji jedna gola volja da se nešto učini, no tek promišljenost može od takve »psihičke« volje da učini ideelnu volju koja je determinant ponašanja (namera).

Pojam namere pripada diskursu svrsishodnog odnosno finalnog (up. § 5 II KZ Austrije). »Sa namerom« podrazumeva »sa namerom da«. Namerna je radnja koja je potčinjena zacrtanom cilju koji se u njoj ispunjava dajući joj svojstvo *smislene* i u tom kontekstu *opravdane (svrsishodne)* radnje. Namere nema bez želje i cilja. Namera može biti dobra ili loša, čvrsta, a umišljaj je takvim kvalifikacijama nedostupan. U svakodnevnom govoru, tačno je, umišljaj se često označava kao »namera«. No u svakodnevnom pojmovnom svetu naspram *namere* stoji kao njen par ne nehat (nehaj) već *slučaj*. Iz toga se najbolje vidi da percepcije tipa *namerno si ga udario* ne mogu biti pojmovna baza za naučno određivanje pojma namere. Ako se već želi izbeći reč umišljaj, treba pomišljati na reči *predstava* i *upredstavljeno*.

Time što je iskoristio neprikladni izraz »namjera« koji govori ono što ne znači, hrvatski zakonodavac učinio je neophodnim definisanje »namjere«, što je i učinjeno u čl. 44 II i III gde je definisana »svesna« i »nesvesna« namera, iako je već decenijama dobra praksa da se definisanje umišljaja prepusti nauci. Takav postupak čudi utoliko više ako se ima u vidu da je pitanje svrhe krivičnih sankcija, koje je Radna skupina morala da reši, prepušteno teoriji. Raduje međutim da je u pojašnjenima uz čl. 44 Predloga ispravno uočeno da nijedna koncepcija eventualnog umišljaja pojmovno nije spojiva sa pojmom namere i da je apsurdno govoriti o »neizravnoj« nameri.

Formulacija »kazneno djelo može se počiniti sa svjesnim ili nesvjesnim nehajem« (čl. 45), svedoči o nerazumevanju nehata. Ne čini se krivično delo sa ili bez nehata, već je samo »uzročno« nehatno ponašanje (krivično delo) kao i ono koje mu prethodi nehat. Krivična dela se čine sa umišljajem (»namjerom«), ali *iz* nehata, odnosno sama mogu biti nehatna, ali je besmisleno reći da se čine »sa nehatom«, jer se upravo u nehatu iscrpljuju.

2.Ekskulpirajuće vanredno stanje

Uvođenje regulacije ekskulpirajuće »krajnje nužde« (čl. 30 II Predloga) zavrednjuje svaku pohvalu. Vredno je pohvale i što je uočeno da je realni supstrat tog ekskulpiranja naročita situacija u kojoj učinilac deluje i koja na izvestan način prevazilazi ljudske mogućnosti da se deluje ispravno. U tom smislu u pojašnjenjima uz čl. 30 II govori se o »psihičkoj prisili«. Takvo je bilo svojedobno i objašnjenje *Reichsgerichta,* a kasnije je usled nesrećne okolnosti pozitivističkog insistiranja na normiranom rešenju u Nemačkoj tobože napušteno.

No nije jasno, kada se već uvažava okolnost da u određenim stanjima duša i duh ne mogu biti prekoreni, zašto bi se tako nešto, kao u Predlogu, uvažavalo samo kada

ne postoji ne(s)razmera između zla koje je pretilo i zla koje je učinjeno. I obrnuto, sada ću se izraziti jasnije, nije jasno kojim delom propisa je fiksirana ta naročita »psihička prisila«. Po strani želim da ostavim pitanje da li je prilogu *nesrazmerno (teže)* uopšte mesto u ovom kontekstu (po sredi je stilski nabijena reč svakodnevnog govora – kakvo je to *srazmerno teže* zlo?). Ako je po sredi, kako se u pojašnjenju kaže, stvar »psihičke prisile«, kako je moguće da je jedino što razlikuje opravdavajuće od ekskulpirajuće krajnje nužde srazmernost pretećeg i učinjenog zla?

U § 10 KZ Austrije, na koji se Radna skupina poziva, tačno je, regulisana je »ekskulpirajuća krajnja nužda«, ali to je ujedno jedina krajnja nužda koju KZ Austrije – nužna odbrana ostaje po strani – poznaje! U Austriji je ekskulpirajuća krajnja nužda režim koji nije vezan za momenat naročitog stanja svesti, dok opravdavajuća krajnja nužda postoji kao nepisan institut koji sudska praksa primenjuje restriktivno[1]. Austrijska koncepcija nije vidljivo oblikovana idejom »psihičke prisile« na koji se Radna skupina u pojašnjenjima poziva, ali ipak, za razliku od režima u Predlogu, sadrži na dva mesta opipljivi aksiološki rezon: ekskulpiran je samo ko se štiti ili štiti drugoga od *značajnog* zla i samo ako se u istoj situaciji od čoveka koji poštuje vrednosti inherentne pravnom poretku ne bi moglo očekivati da drugačije postupi (§ 10 I).

»Psihička prisila« primereno je fiksirana u § 34 KZ Nemačke, gde stoji da ekskulpiranje dolazi u obzir samo kada se štite kvalifikovana dobra života, tela i slobode i to *samo* kada je reč o sopstvenom životu, telu ili slobodi ili pak takvom dobru nekog naročito bliskog lica. Dok nemačko ekskulpirajuće vanredno stanje, pa i austrijsko, ispunjava poznatu prazninu u režimu isključenja odgovornosti, Radna skupina je smislila nekonsekventan kriminalnopolitički promašen institut koji ozakonjuje sebičnosti.

U ovdašnjim prilikama »psihička prisila« bi se primereno mogla fiksirati ovako (bazična formulacija): Nije kriv ko dela po izboru koji se ne može (nije mogao) uljudno učiniti. Uzeće se da je takav izbor postojao kada je učinilac nastojao da od sebe ili svog deteta, roditelja, supružnika ili drugog naročito bliskog lica otkloni istovremenu (opipljivu) opasnost po život ili istovremenu (opipljivu) opaku opasnost po telo ili slobodu, kada se takva opasnost nije mogla na drugi način otkloniti. I umišljajno delanje, ali i nehat obuhvatila bi sledeća formulacija: Nije kriv ko dela u prilikima usled kojih se ne može (nije mogao) uljudno razabirati.

3.Eksces u odbrani

Dok u čl. 24 važećeg KZ Hrvatske čitamo da će se osloboditi od kazne učinilac kada je »do prekoračenja došlo zbog jake razdraženosti ili prepasti prouzročene napadom«, dotle Predlog predviđa opštu mogućnost ublažavanja kazne u slučaju

[1] Kienapfe/Höpfel, Grundriss des österr. Strafrechts AT, [8]2000, 51.

prekoračenja (čl. 29 III) kao i ekskulpaciju, ali *samo* kada učinilac prekorači granice nužne odbrane »zbog ispričavajuće prepasti prouzročene napadom«.

U pojašnjenju uz čl. 29 čitamo kako je »ispričavajuća prepast« tobože astenski afekat, dok je »jaka razdraženost« tobože stenski afekat. No u pojašnjenju nigde ne stoji šta se zapravo razume pod astenskim i stenskim afektima, kao ni zašto su ovi prvi dobri i razumljivi a drugi kada su već stenski imaju, kako stoji u pojašnjenju, da »otpadnu«.

Ako me neko liši slobode i drži u svom podrumu tri dana, a zatim mi jednog jutra pođe za rukom da prepadnem svog otmičara dok ulazi u podrum i pritom mu usled prevelikog uzbuđenja zarijem parče keramičkog tanjira, koje sam spremio kao oružje ako zatreba, u predeo stomaka, pravo može biti samo da ta moja – pretpostavljamo nepotrebna – radnja bude ekskulpirana. To veliko uzbuđenje zakonodavac je do sada nazivao – *jaka razdraženost.*

U stvarnosti niti jaka razdraženost, niti prepast iz jugoslovenske (sada i hrvatske) koncepcije *nije* astenski afekat. Štaviše, po svoj prilici ni razdraženost ni prepast kako ih pravnici imaju pred očima kada ih pominju *nisu* afekti, osim ukoliko se pod afektom ne misli na bilo koje psihičko stanje.

Podelu na stenske i astenske afekte uveo je u primitivnopsihološki diskurs *Kant* u svom spisu Antropologija sa pragmatične tačke gledišta. Kako su za njega afekti opšte (mada ne i stalno) raspoloženje[2], a ne svako psihičko stanje, to već zbog toga »razdraženost« i »prepast« ne mogu u svim svojim pravnorelevantnim oblicima biti ni stenski ni astenski afekti. Pod astenskim *afektom* Kant razume fizički depresivno raspoloženje kao što je šćućureni strah ili ljubavna bol, uopšte sva ona raspoloženja koja vode manjku telesnog potencijala i aktivnosti; stenski afekat je pak aktivan i napet (gr. *sthénos* »snaga«).[3] Kada bi razdraženost i prepast iz člana 24 KZ Hrvatske uopšte bili afekti u Kantovom smislu, bili bi *stenski.*

Naučno uobličenje u savremenom psihološkom diskursu neoperativne podele na stenske i astenske afekte izvršio je *Wilhelm Wundt.* On, kao i savremena psihologija, shvata afekte nešto malo šire nego *Kant,* neintelektualizovano, kao svako stanje duše koje determinira fiziološke procese i ponašanje. *Wundt* strogo razlikuje afekt kao psihičko stanje (upravo raspoloženje) i njegovo (psiho)fiziološko ispoljavanje. To ispoljavanje može biti ubrzan ili usporen puls, jače ili slabije lupanja srca, ubrzano ili usporeno disanje, izražena mimika, mišićna napetost i uopšte u obliku svih onih faktora koji su tada bili dostupni »merenju«. Sledstveno afekte kod kojih je ispoljavanje beznačajno *Wundt* naziva mirnim afektima, dok su oni koje prati fiziološki napeto stanje stenski afekti, a oni koje prati minimalizovanje fizioloških funkcija astenski afekti.[4]

Da je prema psihološkoj podeli na stenske i astenske afekte nemoguće izvesti zaključak o tome da li određeni afekt (bes, prepast, razdraženost, ljubomora, radost)

[2] Kant, Der Streit der Fakultäten – Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, AA VII, 253.
[3] Kant, Der Streit der Fakultäten – Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, AA VII, 253.
[4] Wundt, Grundriss der Psychologie, [7]1905, § 13.

treba da vodi ekskulpaciji ili ne, a podsetiću to je upravo Radna skupina učinila, proizilazi već iz toga što *svaki* afekt može poprimiti i stenski i astenski pojavni (fiziološki) oblik, na čemu i *Wundt* insistira.[5] »Afekti kao što su radost, bes, strah, briga mogu biti i stenski i astenski«.[6]

Do zabune je verovatno došlo usled toga što su stariji krivičari osećali potrebu da naglase da ekskulpiranju, odnosno oslobođenju od kazne ne vode radnje učinjene u afektu kakav je (dugotrajni) bes, (hronična) ljubomora, a to su školski primeri (Kantovih) predmodernih stenskih afekata. Time međutim nije rečeno da su ona stanja koja vode ekskulpiranju ili oslobođenju od kazne astenski afekti, niti da su afekti uopšte.

Psiholozi i pravnici, tako se zadesilo, koriste iste izraze (»prepast«, »naprasna razdraženost«), ali misle zapravo na posve različite stvari jer su i tipične situacije koje drže pred očima potpuno različite. Za psihologa je prepast dugotrajno stanje šoka, za pravnika trenutno nesnalaženje; za psihologa je naprasno ono što se bez opipljivih uzroka pojavi na psihičkom planu, za pravnika je to zatečenost nekim spoljašnjim događajem; kratko je za psihologa i ono što traje dan, dva, tri, kratko je za pravnika koji drži pred očima neki slučaj nužne odbrane ono što čini se da nestane brže nego što se javilo.

Svaki pravnik, a pogotovo zakonodavac mora polaziti pre svega od *stvarnosti,* a ne izlizanih »pojmova« kojima često više niko ne zna pravi značaj.

4.Zabluda o postojanju okolnosti koje delo opravdavaju

Regulacija zablude o postojanju stanja koje opravdava delo (čl. 47a) počiva na pogrešnoj predstavi da nehatno previđanje stvarnosti koje se može prebaciti učiniocu potpuno odgovora inkriminaciji nehatnog činjenja. To je pogrešno. Tačno je da lice koje učini nešto neopravdano verujući da se brani od napada (koji u stvari ne postoji) postupa nehatno, ali taj nehat je potpuno drugačija kriminološka pojava od nehata koji postoji prilikom običnog nehatnog postupanja. Nije vidljiv nijedan razlog koji opravdava da nehat koji se sastoji iz previda da nema napada bude kažnjen samo onda kada je zakonodavac predvideo kažnjavanje nehatnog »prouzrokovanja« u zakonu fiksirane posledice. To je i dogmatski suludo. Jer ako ja tebe ubijem verujući da me napadaš, a onda KZ tvrdi da je reč o »prouzročenju smrti iz nehaja«, onda to ne odgovara stvarnosti. Po sredi je umišljajno ubistvo par exellance.

Takva regulacija je i kriminalnopolitički promašaj, jer se u suštini umišljajno ubistvo uz poziv na tobožnju percepciju napada može kazniti kaznom znatno manjom od one koja je predviđena za ubistvo sa umišljajem. Ispravno je po meni sledeće: kada je učinilac delao verujući da je po sredi napad (putativna nužna odbrana), ukoliko je cenio okolnosti onako kako bi ih svako cenio isključena je

[5] Wundt, Grundriss der Psychologie, [7]1905, 211, 216 dd.
[6] Wundt, Grundriss der Psychologie, [7]1905, 218.

neispravnost/protivpravnost (dosledno Predlogu bi bilo: krivica), u suprotnom postoji neispravnost (i krivica), a njen stepen može biti znatno manji (a ne mora) nego da nije postojala predstava o ugroženosti kod učinioca, te je zbog tog uputno da bude predviđeno fakultativno ublažavanje kazne koje je u takvom kontekstu klauzula kojom se utvrđuje niži stepen (umišljajne) krivice.

5. »Beznačajno delo«

U Predlogu se razmatra ukidanje instituta beznačajnog dela (čl. 28 KZ Hrvatske), ili, kako ga je nazvao srpski zakonodavac (čl. 18 KZ), dela malog značaja. Opravdanje se vidi u teškoći da se opravda »nepostojanje kaznenog djela ako su ostvarena njegova obilježja, a ne postoji nijedan razlog isključenja protupravnosti«.

Ovom prilikom voleo bih da podvučem da je delo malog značaja, odnosno beznačajno delo u koncepcijama koje počivaju isključivo na ideji prevencije potpuno smislen institut. Teškoće da se on objasni i teoretski utemelji u Austriji i Hrvatskoj proističu iz žalosne okolnosti da tamo (više) ne postoji ubeđenje da svrha savremene krivičnopravne reakcije pa i određenja krivičnih dela može biti samo prevencija. U prosvećenim porecima u kojima je prevencija jedina svrha kazne, krivično delo kao fiksirani činjenični skup je indikator personalne neispravnosti (krivice). No u određenim slučajevima radnja iako formalno odgovara deliktnom činjeničnom opisu iz posebnog dêla po sebi ne indicira neispravnost – *beznačajna je.* Upravo u tim slučajevima kada određena radnja *ne znači* da je njen učinilac neispravan, na onaj način koji je svojstven tipičnim radnjama koje odgovaraju dotičnom deliktnom činjeničnom skupu, po sredi je delo malog *značaja,* odnosno *beznačajno* krivično delo.

Naznaka da moderno kazneno pravo pitanje beznačajnog dela »rešava isključivo na procesnom planu«, je opet tačna ako uopšte samo tamo gde se krivična dela shvataju kao ontološka kategorija, a ne sredstvo prevencije kriminalnoga. Sud o malom značaju dela je materijalni supstrat odustanka od daljeg krivičnog gonjenja, osim ukoliko se elementi konačne krivične reakcije ne prebace u istražnu fazu, kakav je slučaj kada tužilac ili koji drugi organ može utvrđivati krivicu ili određivati obaveze »okrivljenom«.

6.Podstrekavanje i pomaganje

Pomaganje i podstrekavanje *su posebna krivična dela.* Radnja ubistva sastoji se iz usmrćenja drugoga (čl. 90 KZ Hrvatske), radnja krađe sastoji se iz oduzimanja pokretne stvari drugome »s ciljem da je (se) protupravno prisvoji« (čl. 216 KZ Hrvatske), a radnja podstrekavanja iz umišljajnog »poticanja« drugoga na izvršenje krivičnog dela (čl. 37 Predloga), pomaganja iz umišljajnog pomaganja u izvršenju krivičnog dela (čl. 38 Predloga).

Ako to pre pedeset godina i nije bilo notorno, danas jeste, jer je finalizam iako je, kako mnogi drže, potonuo, izdejstvovao potpuno drugačije shvatanje krivičnog dela. Premeštanje umišljaja u deliktni činjenični skup samo je krajnja *konsekvensa* sprovođenja tog shvatanja. Krivično delo nije zli učinak (smrt), kod koga se ima videti ko je koliko učinio (saučesništvo), već sama radnja ljudska. Da je upravo od tog poslednjeg shvatanja pošla i Radna skupina, vidi se iz toga što je u pojašnjenjima uz 3. i 4. glavu naznačeno da »krivnja ne smije biti posebna glava odvojena od kaznenog djela jer je krivnja element kaznenog djela«.

Kada se već stvari tako postave, onda se nameće pitanje opravdanosti jedne opšte teorije izvršilaštva čija je svrha da razdvoji izvršioce od saučesnika (čl. 35 Predloga, posebno st. III; isto čl. 35 KZ). I pomagači drže svoje pomaganje u šaci (»vlasti«); i podstrekač drži svoje podstrekavanje isto kao i lopov krađu, ubica ubistvo. Koncepcija »imanja vlasti nad delom« (čl. 35 III – taj prevod nemačkog »Tatherrschaft« je izuzetno rogobatan i za razliku od nemačke reči neproziran i izveštačen) iliti *vladanja/ ovladavanja izvršenjem* počiva na, po meni, krivoj predstavi da se ideelno različito (krivično delo pomaganja i krivično delo krađe) može uvek pouzdano razvrstati opipavanjem realnih faktora kakvo je imanje »dela« u šaci.

Želja mi nije da sada dalje ulazim u to komplikovano pitanje iza koga stoje čak različiti pogledi na svet. U svetlu kritike Predloga, čini mi se mnogo relevantnijim da naznačim da ovde ne plasiram samo svoje mišljenje, već mišljenje generacija vrsnih krivičara i temelj stotina presuda godišnje koje donosi nemački vrhovni sud (BGH) da držanje dela u šaci ne može biti univalentni kriterijum za razlikovanje izvršilaštva od podstrekavanja i pomaganja. U tom svetlu zaista mi deluje nedopustivo da Radna skupina asertorički prihvati vladanje izvršenjem, odnosno imanje dela u šaci kao kriterijum »razgraničenja«, bez da su u pojašnjenjima navedeni razlozi koji tu koncepciju opravdavaju, a ostale deplasiraju. Pri tome, valjanim razlogom ne smatram naznaku tipa »tako je i u Nemačkoj« ili »tako je moderno«, a razlogom uopšte ne smatram konstataciju iz pojašnjenja da se »ostalo na pozicijama teorija o vlasti nad delom«. No, čak i da su na videlo izašli valjani razlozi, začuđen sam nastojanjima Radne skupine da preseca neprevrele sporove i tako i nadalje hendikepira hrvatsku nauku.

U čl. 38 važećeg hrvatskog KZ-a nabrojane su radnje koje se imaju smatrati pomaganjem; u Predlogu se od tog nabrajanja odustalo (čl. 37). U svetu egzemplifikacija pomaganja i podstrekavanja nije napuštena zbog neke naročite »modernosti«. U KZ-u Nemačke odustalo se posle Rata od nabrajanja mogućih radnji podstrekavanja jer se držalo da bi takvo nabrajanje moglo neplodno uticati na živu raspravu oko razgraničenja izvršilaštva od podstrekavanja.[7] No, kako je Radna skupina odlučila da ozakoni vladanje izvršenjem kao kriterijum razgraničenja, nije vidljiv nijedan razlog zbog koga ne bi trebalo nabrojati tipične slučajeve koji su upravo po kriterijumu vladanja izvršenjem i upravo samo kada je i taj kriterijum ispunjen pomaganje.

[7] Up. E 1962 (Entwurf eines Strafgesetzbuches), beleška uz § 30 (str. 150).

Da je odustajanje od egzemplifikacije moguće u zemlji u kojoj se i danas pažljivo razmatraju sudske odluke stare sto godina i u kojoj najviši sud često pokazuje mudrost i vidovitost koju ne deli nijedan naučni sistem, sasvim je plauzibilno. Kako međutim to može da izgleda u Hrvatskoj ili Srbiji ne želim ni da zamišljam. Po sredi dakle nije »modernost«, već slepo pomodarstvo.

7. Uračunljivost

U hrvatskoj krivičnoj nauci postoji potpuno pogrešna predstava kako postoje neki »neuračunljivi ljudi«. Tako se u pojašnjenju uz čl. 4 govori o »uređenju pravnog statusa neubrojivih«. Ta pojmovna perverzija otpočela je još u jugoslovenskoj krivičnoj proceduri – govorilo se o »neuračunljivim okrivljenima«, ali je posebnost hrvatske krivične nauke što je, kao i štogdedrugde, prema toj pogrešnoj upotrebi izvrnula stvarnost, načinivši od neuračunljivosti ontološku kategoriju.

Sud o uračunljivosti određenog lica je sud da mu se određeno delo može pripisati, upravo uračunati, kao zasebnom duševno-duhovnom agitatoru (osobi). Lica koja boluju od šizofrenije čas su potpuno »uračunljiva«, čas nisu uopšte, a čas im se delo samo delom u totalitetu svog značaja može pripisati. Isto tako licima sa manjkom inteligencije neka dela se mogu uračunati (posebno vrlo teška kao što su ubistvo), druga pak ne. Niko dakle nije uračunljiv ili neuračunljiv po sebi – uračunljivo je ili ne delo, a ne učinilac.

Možda će se čitalac sada zapitati zašto ne dopuštam svakome da naziva stvari imenom po izboru i da imenom po izboru naziva stvari po izboru. Iako nema onomasiološkog opravdanja da se lica sa različitim često ne uvek prisutnim stanjima koja imaju za posledicu da im se delo ne može uračunati nazivaju neuračunljivim licima, arbitrernost ponekad zamenjuje onomasiološku logiku. No onda svako mora znati da hrvatsko krivično pravo ima jedan spoznajni minus u odnosu na svoje ranije faze i prava koja su mu i danas uzor i svako treba da se pita kako je moguće da formalno identične odredbe u zakonu i dalje budu smislene ako se pod njihovom nosećim pojmom neuračunljivosti (»neubrojivosti«) razume nešto drugo.

Član 41 Predloga (»samoskrivljena neubrojivost«) nespojiv je sa načelom krivice. Tamo, slično kao i u čl. 41 KZ Hrvatske, čitamo: »Ne smatra se neubrojivim počinitelj koji se uporabom alkohola, droga ili na drugi način svojom krivnjom doveo u stanje u kojem nije mogao shvatiti protupravnost svog djela ili nije mogao vladati svojom voljom, ako je u vrijeme kad se dovodio u takvo stanje kazneno djelo što ga je počinio bilo obuhvaćeno njegovom namjerom ili je glede tog kaznenog djela kod njega postojao nehaj, a zakon propisuje kažnjivost i za taj oblik krivnje«.

Da ne bude zabune, nema sumnje da je lice koje se samo dovelo u stanje u kome mu se delo ne može uračunati kao osobi, krivo, da je delalo neispravno. No prekorljivo neispravan ne može čisto jer zakonodavac to želi (»smatra se«) naprasno postati onaj deo delanja u kome učinilac nije mogao »shvatiti protupravnost svog djela ili nije mogao vladati svojom voljom«. U pogledu krivičnih dela koja je

zakonodavac fiksirao opisivanjem posledice, ovakva odredba je potpuno suvišna, zato što i radnja opijanja može shvatiti kao radnja ubijanja. Za ostala krivična dela preporučuje se uvođenje naročitog paratransformacionog krivičnog dela (samo)dovođenja u neuračunljivo stanje.

*

Zaključno valja primetiti da se za sada ne vidi iz čega u Hrvatskoj proističe potreba da bude donet *nov* kazneni zakon. Bile u poređenju sa važećim hrvatskim KZ-om iz 1997. godine izmene brojčano velike ili ne, sasvim je – koliko se prema predlogu opšteg dela do sankcija sme suditi – očito da Radna skupina nije prišla sazdavanju novog zakona pošavši od svežih ideja, sa namerom da iznova, takoreći originalno približi krivičnopravnu nauku i krivično pravne odredbe, koje su uvek svojevrsno silovanje stvarnosti, pojavi kriminalnoga, već je iz predočenog predloga i tankih pojašnjenja jasno da se metodologija rada Skupine svodi na pregled postojećih odredbi KZ-a i predlaganje njihovih *izmena.*

Naravno da je pitanje svrhe krivičnog prava, pa tako krivičnih sankcija uopšte teorijsko pitanje, na čemu se u pojašnjenjima uz čl. 6 (»opća svrha krivičnopravnih sankcija«) insistira. No sasvim je nejasno kako se bez rešavanja tog naučnog pitanja može napisati opšti deo i uopšte može pisati krivični zakon, kada je upravo svrha krivičnog prava, te ljudske izmišljotine, ono što treba da determinira svaku njegovu odredbu.

Izvodi iz Nacrta prijedloga općeg dijela Kaznenog zakona do sankcija iz aprila 2009. godine:

Čl. 29 – Nužna obrana

Isključena je protupravnost djela počinjenog u nužnoj obrani.

Nužna je ona obrana koja je prijeko potrebna da se od sebe ili drugoga odbije istodobni ili izravno predstojeći protupravni napad.

Počinitelj koji prekorači granice nužne obrane može se blaže kazniti.

Nije kriv tko prekorači granice nužne obrane zbog ispričavajuće prepasti prouzročene napadom.

Čl. 30 – Krajnja nužda

Isključena je protupravnost djela počinjenog radi toga da se od sebe ili drugoga otkloni istodobna opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti ako je učinjeno zlo manje od onoga koje je prijetilo.

Nije kriva osoba koja počini protupravnu radnju da bi od sebe ili drugoga otklonila istodobnu neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti ako zlo koje je počinjeno nije bilo nerazmjerno teže od zla koje je prijetilo i ako se nije bila dužna izložiti opasnosti. Ako se takva osoba bila dužna izložiti opasnosti,

kazna se može ublažiti.

Ako je počinitelj u slučaju iz stavka 2. ovoga članka bio u otklonjivoj zabludi o okolnostima koje isključuju krivnju, kaznit će se za nehaj kad zakon za počinjeno djelo propisuje kažnjavanje za nehaj.

Čl. 35 – Počiniteljstvo i sudioništvo

Počinitelj je osoba koja sama ili putem druge osobe počini kazneno djelo.

Supočinitelji su osobe koje na temelju zajedničke odluke počine kazneno djelo tako da svaka od njih bitno pridonese počinjenju.

Sudionici u počinjenju kaznenog djela (poticatelj i pomagatelj) su osobe koje nemajući vlast nad djelom pridonose njegovu počinjenju.

Čl. 37 - Poticanje

Tko drugoga s namjerom potakne na počinjenje kaznenog djela kaznit će se kao da ga je sam počinio.

Tko drugoga s namjerom potakne na počinjenje kaznenog djela za koje je pokušaj kažnjiv, a djelo ne bude niti pokušano, kaznit će se kao za pokušaj toga kaznenoga djela.

U slučaju neprikladnog pokušaja poticanja poticatelj se može osloboditi kazne.

Čl. 41 – Samoskrivljena ubrojivost

Ne smatra se neubrojivim počinitelj koji se uporabom alkohola, droga ili na drugi način svojom krivnjom doveo u stanje u kojem nije mogao shvatiti protupravnost svog djela ili nije mogao vladati svojom voljom, ako je u vrijeme kad se dovodio u takvo stanje kazneno djelo što ga je počinio bilo obuhvaćeno njegovom namjerom ili je glede tog kaznenog djela kod njega postojao nehaj, a zakon propisuje kažnjivost i za taj oblik krivnje.

Čl. 44 – Namjera

Kazneno djelo može se počiniti s izravnom ili neizravnom namjerom.

Počinitelj postupa s izravnom namjerom kad je svjestan svog djela i hoće njegovo počinjenje.

Počinitelj postupa s neizravnom namjerom kad je svjestan da može počiniti djelo pa na to pristaje.

Čl. 45 – Nehaj

Kazneno djelo može se počiniti sa svjesnim ili nesvjesnim nehajem.

Počinitelj postupa sa svjesnim nehajem kad je svjestan da može počiniti djelo, ali lakomisleno smatra da se to neće dogoditi ili da će to moći spriječiti.

Počinitelj postupa sa nesvjesnim nehajem kad nije svjestan da može počiniti

djelo, iako je prema okolnostima i prema svojim osobnim svojstvima bio dužan i mogao biti svjestan te mogućnosti.

Čl. 46 – Zabluda o protupravnosti

Nije kriv počinitelj koji nije znao i nije bio dužan niti je mogao znati da je njegovo djelo zabranjeno.

Ako je zabluda iz stavka 1. ovoga članka bila otklonjiva, počinitelj se može blaže kazniti.

Čl. 47 – Zabluda o biću djela

Ne postupa s namjerom tko u vrijeme počinjenja djela nije bio svjestan nekog njegovog zakonskog obilježja.

Ako je zabluda iz stavka 1. ovoga članka bila otklonjiva, počinitelj će se kazniti za nehaj kad zakon za počinjeno djelo propisuje kažnjavanje i za nehaj.

Čl. 47a – Zabluda o okolnostima koje isključuju protupravnost

Neće se kazniti za namjeru tko je u vrijeme počinjenja djela pogrešno smatrao da postoje okolnosti prema kojima bi djelo bilo dozvoljeno.

Ako je zabluda iz stavka 1. ovoga članka bila otklonjiva, počinitelj će se kazniti za nehaj kad zakon za počinjeno djelo propisuje kažnjavanje i za nehaj.

Luka Breneselović
Beograd

A FEW NOTES TO THE DRAFT OF GENERAL PART OF THE NEW CROATIAN CRIMINAL CODE

Summary

In Croatia will soon pass a new Criminal Code. In the seven selected notes author Luka Breneselović referred to the stylization of the culpability and negligence guiltiness, the changes related to exceeding the limit regime of self-defense, the regulation of the putative emergency, the effort for the minimize of the institute of insignificant act, the problem of execution, incitement and helping, and conviction that there are mentally competent and mentally incompetent people.

Key words: Criminal law (reform), Criminal Code, Croatia.

Dr Branko PAVLICA

O IZMENI MAKEDONSKOG USTAVA OD 7. DECEMBRA 2005.

Apstrakt

Sedmog decembra 2005. godine Sobranje Republike Makedonije je usvojilo peti amandman ustava od njegovog donošenja 17. novembra 1991. godine. Takzvani amandmani XX-XXX (jedanaest amandmana) odnose se, preveshodno, na pravosudje. Faktički, na zahtev Brisela, doneti amandmani imali su za cilj depolitizaciju pravosudja, a što je bio uslov za buduće pristupanje Republike Makedonije – Evropskoj uniji. Već 16. decembra 2005. Makedoniji je priznat status zemlje kandidata, mada je datum početka „pregovor ao pristupanju ostavljen otvoren“.

Suštinski gledano, bitne novine, čija je svrha DEPOLITIZACIJA PRAVOSUDJA I OLAKŠAVANJE BORBE PROTIV KORUPCIJE, odnose se na ukidanje imuniteta brojnih funkcionera. Otuda, neograničeni imunitet u Makedoniji uživaju samo predsednik države (prema članu 83), predsednik vlade (član 89, stav 3), poslanici (član 64), sudije (član 100, stav 1) i sudije Ustavnog suda (član 111, stav 2). Pritom, valja naglasiti, da je Ustavni sud regulisan posebnim poglavljem IV (članovi 108-114) mimo propisa o sudovima, te stoga uživa poseban status. Svi drugi, koji su do sada bili povlašćeni – ministri, članovi Pravosudnog sveta i državni tužioci – više ne uživaju imunitet. Bitna novina je da je imunitet sudija, ne samo očuvan, nego i pojačan uvodjenjem indemniteta (pomilovanje) – vremenski neograničenog, za njihove izjave u postupku. Takodje, novine se tiču i Pravosudnog saveta Republike Makedonije, „personalnog upravnog organa za sudije“, koji je pojačan „na račun parlamenta“; isto tako, novoosnovan je i „Savet državnih tužilaca“ – personalni upravni organ za državne tužioce koji „odgovara“ Pravosudnom savetu.

Prema tome, poslednji ustavni amandmani (XX-XXX) od 7. decembra 2005. (Služben Vesnik, 107/2005) tiču se posebno pravosudja i menjaju članove 13, 15, 84, 89, 91, 98, 100, 104, 105, 106. i 107. Ustava Republike Makedonije.

Ključne reči: Republika Makedonija, Ustav, ustavne promene, depolitizacija sudstva, broba protiv korupcije.

UVODNE NAPOMENE

Dezintegracijom i raspadom jugoslovenske federacije, bivša jugoslovenska republika Makedonija postaje najmladja, samostalna i nezavisna, balkanska država. Svoju nezavisnost ostvaruje mirnim putem. Zbog atmosfere koja je zavladala jugoslovenskim prostorima – istakao je u jednom intervjuu bivši makedonski

predsednik Kiro Gligorov – a u kojoj je dominirao žestok nacionalistički poriv, koji je postepeno otudjivao narode, zatim ih postepeno suprotstavljao, a iz toga radjao animozitet, neprijateljstvo, pa i rat sa svim posledicama, smatrao sam da makedonski narod treba da bude konsultovan i da se izjasni u kakvoj državi želi da živi, a da onda donesemo demokratski Ustav (donet 17.novembra 1991), da otvorimo proces pune demokrtizacije zemlje, da nadjemo zajednički jezik sa nacionalnostima s obzirom na činjenicu da u Makedoniji živi više naiconalnosti, iako je većinski narod makedonski – te da je to uslov unutrašnje stabilnosti, mira i zajedničkog života.

Ali, Makedonija nasledjuje tri poznata problema: 1) po svim indikatorima, ona je, od svih šest jugoslovenskih republika, bila ekonomski najnerazvijenija; 2) makedonski narod, koji je poslednji na Balkanu došao do priznanja sopstvene nacionalnosti i države, biva i nadalje osporavan; istorijske zablude u kontekstu – makedonska stvarnost – strane aspiracije – i dalje su aktuelne (spor sa Grčkom oko imena i državnih znamenja;[1] bugarsko negiranje makedonskog naroda i jezika iz ere Todora Živkova nastalvjeno i u tzv. postokomunističkom periodu, a od 1994. započinje i tzv. jezički spor;[2] doskora je bilo sporno i utvrdjivanje makedonsko-jugoslovenske državne granice): jednom rečju, geostrategijski položaj Makedonije u balkanskom okruženju je izuzetno nepovoljan; 3) Makedonija ima izrazito heterogenu etničku strukturu; udeo naiconalnosti u ukupnom stanovništvu iznosi jednu trećinu; pritom, pitanje položaja najbrojnije, albanske manjine, u čitavom posleratnom periodu je od izuzetnog značaja; danas, makedonski Albanci, u formi terorističkog delovanja pridošlih sa Kosova i ekstremnih pripadnika albanske manjine, su destabilizirajući faktor makedonske države.[3]

Još od sticanja nezavisnosti 1991. godine, »RM se za osnovni prioritetni cilj u spoljnoj politici opredelila za evropsku dimenziju, što podrazumeva njeno uključivanje u Evropsku uniju i druge organizacije, evropske političke i ekonomske integracije, kao i u sistemu kolektivne bezbednosti«. Republika Makedonija, u tim okvirima, u saglasnosti sa svojom geostrateškom pozicijom, opredelila se za maksimalno moguću saradnju na svim poljima sa svojim susedima, a razume se i sa drugim državama i u tom smislu se zalaže za otvorene granice, poštovanje teritorijalnog integriteta nemešanja u unutrašnje poslove drugih država, poštovanje prava i sloboda nacionalnih manjina i druge principe sadržane u Povelji UN i u dokumentima OEBS-a, osmišljava makedonsku spoljnopolitičku aktivnost, tadašnji (1996.) ministar inostranih poslova, dr Ljubomir Frčkoski.[4]

---

[1] M.Schmidt-Neke, Schwierige Nachbarn: Albanien zwschen Gricheland und Makedonien, Südosteuropa, 11-12/1994, s.677.

[2] S.Riedel, Sprache und Politik in Bulgarien nach 1989. im Spannungsfeld zwischen Kontinuität und Wandel, Südosteuropa, 3-4/1955, s. 209.

[3] Ulf Brunnbauer, Historischer Kompromiss oder Bürgerkrieg? Makedonien sucht Antworten auf den albanischen Extremismus, Südosteuropa, 4-6/2001, s. 169-176.

[4] Ljubomir Frčkoski, ministar spoljnih poslova Republike Makedonije, Evropeizacija Balkana – Podrška procesu stabilnosti i dobrosusedstva u Jugoistočnoj Evropi, Medjunarodna politika, br. 1046-1047, 1996, str. 1.

Dana 6. januara 1992. godine makedonski parlament je ipak doneo dva amandmana na ustav kojim se eksplicitno isključuju teritorijalne pretenzije protiv susednih zemalja i mešanje u unutrašnje stvari. Evropska ekspertska komisija, pod rukovodstvom Roberta Badintersa, je shodno tome došla do zaključka da Makedonija ispunjava sve kriterijume za priznavanje nezavisne države. Zbog grčkog otpora joj je to ipak uskraćeno 15. januara 1992. kada su priznate Slovenija i Hrvatska. Nakon što je »mala republika« 8. aprila 1993. pod privremenim nazivom »Bivša jugoslovenska republika Makedonija« ipak primljena u Ujedinjene nacije, Evropska unija usledila je sa priznavanjem«. Medjutim, Rusija, Kina, Turska i Bugarska su priznale državu pod ustavnim imenom.[5]

Doista, RM je svoju politiku dobrosusedstva ostvarivala posredstvom principa pozitivne ekvidistance, što podrazumeva aktivan odnos, saradnju »i jednako prijateljstvo sa svim susedima, bez favorizovanja jednih na račun drugih«.[6] Otuda, »ovakav model odnosa i saradnje« može da predstavlja osnovu za stabilnost u svakom regionu u svetu, a od osobitog je značaja za Balkan danas, imajući u vidu poziciju koju Makeodnija ima na Balkanu, »okružena sa »vier Wolf«.[7]

Već krajem 1995. godine, RM je »kompletirala« svoje članstvo u globalnim i regionalnim medjunarodnim organizacijama: OUN, OEBS, Savet Evrope, Centralnoevropska inicijativa. Juna 1996. godine Vlada RM je parafirala Dogovor o saradnji sa Evropskom unijom, a potpisnica je i programa Partnerstvo za mir i članica Severoatlanskog saveta za saradnju NATO-a.

Ali, u »iščekivanju« da se narednih godina pridruži Evropskoj uniji i NATO-u, makedonska spoljna politika je u stalnoj oposnosti od »košmara zbog savezništva« balkanskih suseda (»u okruženju«).[8] Makedonska diplomatija je u stalnoj obavezi da »korak po korak« raspliće (»čvorove« sa istorijskom dimenzijom) nametnute sporove – »nepoželjne sukobe«; osporavanja, oružanu krizu 2001. godine; uz diplomatske pritiske, ali i podršku, medjunarodne zajednice (SAD, EU),[9] posebno EU u kontekstu

---

[5] Dr Marie Janine-Calic, Die Lösung der Makedonischen Frage – Aussenpolitik und Sicherheit, in: Südosteuropa-Gasellschaft, Politik, Wirtschaft, Kultur, Ein Hanbuch: Herausgegeben von Magarditsch Hatschikjan und Stefan Troebst, Verlag C.H. Beeck, München, 1999, s. 292-296.

[6] Vera Georgijevska, Makedonija bliža NATO-u, "Balansiranje medju naoružanim susedima", Borba, 5-6. II 1994, str. VIII-IX.

[7] Dr Jens Reuter, Politik und Wirtschaft in Makedonien, Südosteuropa, 2/1993, s. 95-99.

[8] ("Za Makedoniju kažu da se graniči sa nepriznavanjem – Grčka ne priznaje ime. Bugarska ne priznaje jezik, iz Srbije stiže nepriznavanje crkve, a dobar broj Albanaca ne priznaje celovitost makedonske države. Kako se vi kao premijer suočavate sa tim nepriznavanjem?") – na pitanje NIN-ovog novinara, premijer tadašnje RM, Branko Crvenkovski, odgovara: "Sve to upućuje na negiranje nacionalnog identiteta i ja žalim što smo na početku 21. veka okruženi svim tim nepriznavanjem, ali mislim da je u poslednjih 12 godina Republika Makedonija pokazala umeće da sve sporove rešava mudro i mirno. U suštini, za nas nije problem da li nas neko priznaje, već da li mi imamo unutrašnji državotvorni kapacitet, a pokazali smo da imamo. Onda vreme radi za nas". Cit. po: Branko Crvenkovski, makedonski premijer, "Koalicija protiv mafije", (Batić Bačević), NIN, 12. VI 2003, str. 50.

[9] Na primer, Deklaracijom o prijateljstvu i saradnji izmedju R.Bugarske i R.Makedonije, koju su potpisali I.Kostov i Lj.Georgijevski u Sofiji 22. februara 1999. godine, "otkazuju se prava i obaveze" RM "da se brine o svojoj, makedonskoj manjini, u Pirinskoj Makedoniji, a što je tadašnji makedonski predsednik Kiro Gligorov u Sobranju označio kao "dogovor protivan Ustavu RM". Vidi: Izlaganje Kire

tzv. regionalnog pristupa o nužnosti (neizbežnosti) razvoja dobrosusedskih odnosa i saradnje (ali i uz »neverovatna prihvatanja« kompromisnih rešenja (pa i) na štetu, u krajnjoj liniji, interesa makedonskog nacionalnog bića.[10]

Konkretno, na osnovu Ohridskog sporazuma od 13. avgusta 2001. godine, sprovedena je »adekvatna« zastupljenost pripadnika etničkih zajednica, prevashodno Albanaca, »u svim segmentima« državne aktivnosti, javnih institucija i društvenih ustanova; donet je novi Zakon o teritorijalnoj organizaciji RM (iako uz »sporenja« i sprovedeni referendum – bezuspešan«), te promenjena teritorijalna organizacija države; uvedena je decentralizacija sa širokim ovlašćenjima lokalne samouprave; donet je novi Zakon o upotrebi zastava manjina; ali i Zakon o amnestiji (praktično, albanskih ekstremista) 7. marta 2002.; kao i o »legalizaciji« Tetovskog univerziteta sa sedištem u Maloj Rečici.

Možda je »demokratski paradoks« da, bivši čelnik »OVK«, sadašnji lider »Partije za demokratsku integraciju« i koalicioni partner SDPM u Vladi RM, Ali Ahmeti, »traži još i zakon o upotrebi albanskog jezika«, a albanski poslanici Partije demokratske integracije u Sobranju »pokreću inicijativu za promenu ustava i uvodjenje funkcije potpredsednika države, koji bi bio Albanac…«.[11]

Valja konstatovati da Republika Makedonija, kao samostalna suverena država, raspolaže svim svojstvima koja jednu ljudsku zajednicu čine državom. Iako medjuanrodno priznanje nove države nije pravni uslov za njeno postojanje. Republika Makedonija – »po nekim, tradicionalno nazivanim, spoljnim obeležjima državnosti: stanovništvo, teritorija, državni simboli«; ali i » kontekstu«konstitutivne teorije u medjunarodnom pravu: teritorija, narod, efektivna vlast, medjunarodno priznanje; uprkos otporu »nekih njoj susednih zemalja«, pre svega, susedne Grčke (»u čijoj politici ima elemenata koji nesumnjivo ukazuju na implicitne pretenzije prema RM«) – IMA MEDJUNARODNO PRIZNAT SAMOSTALNI DRŽAVNI SUBJEKTIVITET.

Valja napomenuti da je Republici Makedoniji spor oko imena (i državnih znamenja) nametnut od strane grčke diplomatije. Suštinski gledano, u pitanju je bio i još uvek jeste – po našem mišljenju, a što konstatuje i akademik Aleksandar Fira – iracionalan otpor Grčke obraz lagan tvrdnjom da je predloženi izgled državnih simbola Republike Makedonije nespojiv sa istorijskom činjenicom da je Makedonija

---

Gligorova u Sobranju o makedonsko-bugarskoj deklaraciji, "Dogovor protivan Ustavu", Politika, 25.II 1999.; "Sledstveno tome", već 29. februara 2000. godine, bugarski Ustavni sud proglasio je protivustavnom OMO-"Ilinden", stranku Makedonaca u Blagoevgradu, a koju je, napokon, tek 9.II 1999. godine odobrio sud grada Sofije. Vidi: Dr Klaus Schrameyer, Das Verbot der Partei der Makedonier in Bulgarien durch das bulgarische Verffassungsgericht, Südosteuropa, 5-6/2000, s. 283-289.; Ili, donošenje novog Zakona o amnestiji, praktično, albanskih ekstremista, pripadnika tzv. "OVK", vinovnika oružane krize u RM tokom 2001. Vidi: Tekst Zakona o amnestiji od 7. marta 2002. godine u: Dr Klaus Schrameyer, Das Makedonische Amnestiegesetz vom 7. Marz 2002., (Dokumentation), Südosteuropa – Mitteilungen, 3/2002, s. 67-70.; Dr Branko Pavlica, O Makedonskom zakonu o amnestiji albanskh ekstremista od 7. marta 2002. godine, Bezbednost, 6/2004, str. 942-957.

[10] M. Janine-Calic, nav. Delo, str. 294.

[11] Dr Jens Reuter, Nie mehr FYROM? Makedonien nach der Anerkennung durch USA, Südosteuropa, 1/2005, s. 46-47.

deo Grčke. »Ovo ne samo da nije ni istorijski tačno već predstavlja tipičnu zloupotrebu nekih stvarno ekstremno nacionalističkih stavova, pa i zahteva, koji su se mogli čuti u razdoblju konstituisanja Republike Makedonije u samostalnu državu. Štaviše, ovakav negatorski stav Grčke prema makedonskoj državi se od prvog dana protezao i na ostvarivanje prava nove države da njeno ime bude Makedonija«[12]. Taj spor: »grčko – makedonski spor«, nije još uvek skinut sa dnevnog reda »medjunarodnih tema«, uprkos akciji koja traje već godinama uz posredništvo OUN i njenog predstavnika Metju Nimica.

Otuda, predsednik Republike Makedonije, Branko Crvenkovski poručio je 2. avgusta 2006. u Mečkinom Kamenu kod Kruševa, gde je 1903. Ilindenska četa izvojevala pobedu protiv turskih vlasti i proglasila prvu republiku na Balkanu, »da je budućnost savremene Makedonije članstvo u evroatlanskim strukturama... Makedonija je država koja promoviše prijateljske odnose i saradnju sa svim susedima. Mi poštujemo njihovu istoriju, ali ne želimo, ali i ne smemo, da se odričemo onoga što je NAŠE, MAKEDONSKO, ONO ŠTO NAS ČINI POSEBNIM NARODOM SA VLASTITOM ISTORIJOM I IDENTITETOM«.[13]

1. DOSADAŠNJE IZMENE USTAVA REPUBLIKE MAKEDONIJE

Najnovijim ustavnim amandmanima od 7. decembra 2005. prethodile su sledeće izmene Ustava RM:

1.Ustavnim amandmanima I i II od 6. januara 1992. (Službeni Vesnik, 1/1992) »korigovani« su članovi 3. i 49. Ustava i »trebalo je da umanje strahove Grčke od navodne makedonske težnje ka ekspanziji«.[14]

Naime, u središtu grčko-makedonskog spora su se našle tri stvari: ime Makednije, zastava Makedonije i delovi makedonskog ustava koji mogu da impliciraju »njene teritorijalne pretenzije prema Grčkoj«.[15] U dosadašnjim

[12] Akademik Aleksandar Fira, Ustavno pravo Republike Makedonije, u: Enciklopedija ustavnog prava bivših jugoslovenskih zemalja, t. III, izd. Agencija „Mir“, Novi Sad, 1999, str. 366.

[13] Vidi: BETA: U Makedoniji obeleženi godišnjica Ilindenskog ustanka i DAN DRŽAVNOSTI, »Ne odričemo se onog što nas čini posebnim narodom«, list »Danas«, 3.8.2006., str. 21.

[14] Dr Jens Reuter, Nie mehr FYROM? Makedonien nach der Anerkennung durch die USA, Südosteuropa, 1/2005, s. 46.

[15] Na primer, već po donošenju makedonskog Ustava 17. novembra 1991. godine, grčka diplomatija je 30. nvoembra „optužila Makedoniju da svojim Ustavom nije otklonila mogućnost izražavanja teritorijalnih pretenzija prema susedima“. Predstavnik za štampu Ministarstva spoljnih poslova Grčke Emanuel Kalamadis izjavio je da pojedini članovi makedonskog Ustava omogućavaju promenu granica ove jugoslovenske rrepublike... pomenuo je članove 1, 3, 29, 68, 73. i 74. Članovi 68. i 74. Ustava omogućavaju promenu granica dvotrećinskom odlukom Sobranja, da član 73. predvidja referendum koji može da zatraži 150.000 ljudi i na kome pitanje granica može biti postavljeno. Kritikovao je i član 49. Ustava „koji nalaže vlastima Makedonije da brinu o nacionalnoj manjini u susednim zemljama“. Vidi:

bilateralnim pregovorima, »kao i onima uz učešće posrednika Sajursa Vensa«, rešeno je pitanje simbola na makedonskoj zastavi, »izostavljanjem sunca iz Vergine, preuzetog sa kovčega Filipa II«, kao i pitanje spornih delova iz makedonskog ustava, ali još nije rešeno pitanje imena Makedonije, »budući da ona insistira na očuvanju imena Republika Makedonija, a da se Grci tome uporno protive«.[16]

2.Ustavnim amandmanom III od 1. jula 1998. (Služben Vesnik, 3/1998) izmenjen je član 12 i produženo je maksimalno trajanje pritvora sa 90 na 180 dana „kako bi se istražnim organima omogućilo dovoljno vremena za njihovu aktivnost".[17]

3.Ustavnim amandmanima IV-XVIII od 16. novembra 2001. (Službeni Vesnik, 91/2001) primenjen je Ohridski ugovor od 13. avgusta 2001. godine: oni su izmenili preambulu i članove Ustava Republike Makedonije 7, 8, 19, 48, 56, 69, 77, 78. i 84, 86, 104, 109, 114, 115, 117. i 131.[18]

4.Ustavnim amandmanom XIX od 18. decembra 2003. (Služben Vesnik, 84/2003) precizirana je zakonska ograda iz člana 17 Ustava (sloboda pisma). Naime,

---

Heinz Wilemsen-Stefan Troebst, Transformationskurs gehalten – Zehn Jahre Republik Makedonien, Osteuropa, 3/2001, s. 314; Izjava Emanuela Kalamadisa, „Sporan makedonski Ustav", Politika, 1.12.1991., str. 2.

[16] Recimo, „osporeni", sa grčke strane, član 49. makedonskog Ustava je propisivao: „Republika se brine za položaj i prava pripadnika makedonskog naroda u susednim zemljama i iseljenika iz Makedonije, pomaže njihov kulturni razvoj i unapredjuje veze sa njima. Republika se brine za kulturna, ekonomska i socijalna prava gradjana Republike u inostranstvu". Vidi: Ustav RM, u: Novi Ustav na tlu bivše Jugoslavije, izd. „Medjunarodna politika, Pravni fakultet, FPN, Beograd, 1995, str. 136-137.; Ali, valja istaći: „Grčki ustav", takodje, „u članu 108 propisuje staranje Atine o grčkoj dijaspori". Cit. po: Fabian Schmidt, Mazedonien, in: Vom Baltikum zum Schwarzen Meer – Transformation im ostlichen Europe, München 2002, s. 286. (271-286).

[17] Član 12. makedonskog Ustava iz 1991. godine je do tada propisivao: „Sloboda čoveka je neprikosnovena. Nikome ne može da bude ograničena sloboda, osim odlukom suda i u slučaju i po postupku utvrdjenim zakonom. Lice pozvano, privedeno ili lišeno slobode mora odmah da bude upoznato sa razlozima njegovog pozivanja, privodjenja ili lišavanja slobode i sa njegovim pravima utvrdjenim zakonom i od njega ne može da se traži izjava. Lice ima pravo na branioca u policijskom i sudskom postupku.

Lice lišeno slobode mora odmah, a najkasnije u roku od 24 časa od trenutka lišavanja slobode, da bude izvedeno pred sud koji će bez odlaganja odlučiti o zakonitosti lišavanja slobode.

PRITVOR MOŽE DA TRAJE PO ODLUCI SUDA NAJDUŽE 90 DANA OD DANA PRITVORA. Pritvoreno lice može, pod uslovima utvrdjenim zakonom, da bude pušteno da se brani sa slobode". Ustav RM, u: Novi ustavi na tlu bivše Jugoslavije, str. 130.

[18] Uporedi: Dr Klaus Schrameyer, „Anderungen der makedonischen Verfassung nach dem Ochrider Rahmenvertrag vom 13. 8. 2001, (Izmene makedonskog Ustava posle Ohridskog okvirnog ugovora od 13. 8. 201) Südosteuropa-Mitteilungen, 4/2001, s. 390.; K. Schrameyer, Stand der Implementierung des Rahmenvertrags von Ochrid vom 13.8.2001, (Stanje implementacije Ohridskog okvirnog ugovora od 13.8.2001), Südosteuropa-Mitteilungen, 1/2003, s. 85-92.; Dr Branko Pavlica, Albanska manjina u Republici Makedoniji: od medjuetničkih sukoba do albanskog terorizma (1991-2001), Vojno delo, 1/2004, str. 165-187.; B. Pavlica, O makedonskom zakonu o amnestiji albanskih ekstremista, Bezbednost, 6/2004, str. 942-957.; B.Pavlica, Ustavnopravno i zakodavno uredjenje položaja nacionalnosti u Republici Makedoniji, Pravni život, 9/2002, str. 993-1006.

član 17 Ustava RM sada glasi: „(1) Garantuje se sloboda i nepovredivost pisma i svih drugih vrsta komunikacije. (2) Samo na osnovu sudske osluke se može, pod zakonski utvrdjenim uslovima, odstupiti od prava na nepovredivost pisama i svih drugih vrsta komunikacije, ukoliko je to neophodno radi sprečavanja ili otkrivanja krivičnih dela, sprovodjenja krivičnog postupka ili ukoliko je to u interesu obezbedjenja i odbrane Republike Makedonije, (3) Zakon se mora doneti dvotrećinskom većinom glasova svih poslanika“.[19]

2. PETA IZMENA MAKEDONSKOG USTAVA OD 7. DECEMBRA 2005. - „AMANDMANI U POJEDINOSTIMA“ -

Ustavnim amandmanima XX – XXX izmenjeni su članovi 13, 15, 84, 91, 98, 100, 104, 105, 106. i 107. i tiču se, prevashodno, pravosudja. Dok se najveći deo, od jedanaest amandmana, odnosi na organizaciju pravosudja (dakle, na ustavno-pravna pitanja), amandmani XX i XXI regulišu osnovna ustavna prava makedonskih gradjana.

Amandman XX dopunjuje član 13. sa dva nova stava: Administraciji se daje pravo da kažnjava zakonski utvrdjene prekršaje (takozvane „prekršioce“); „to su lakši prekršaji koji se kažnjavaju posebnim zakonom (na primer, protiv privrednog prava, protiv upravnih propisa itd)“, te su i kazne blaže nego kod Krivičnog zakonika (član 11. i 12. Zakona o „prekršajima“).[20] U takvim slučajevima, stav 4. istovremeno daje sudsku pravnu zaštitu protiv definitivne odluke upravnog organa. „Time što su do tada samo zakonski regulisani propisi dobili sada stepen ustava, udovoljeno je državnopravnim zahtevima“.[21]

Amandman XXI menja dosadašnji član 15. Ustava („pravni lek protiv zakonskih akata“) samo formalno. Jer, taj član je već i do sada pružao pravni lek protiv državnih odluka.[22] Novoformulisani član 15. sada razlikuje „izmedju odluka suda prve instance (stav 1.) i akta uprave (stav 2)“ i u oba slčaja garantuje pravni lek.[23]

Analizirajući „amandmane u pojedinostima“, drugi amandmani (XXII-XXX) ukidaju imunitet nosilaca javnih funkcija (ministara, državnih tužilaca, članova

[19] Cit.po: Dr Klaus Schrameyer, Die fünfte „Anderung der makedonischen Verfassung vom 7. Dezember 2005, Südosteuropa-Mitteilungen, 2/2006, s. 88. (87-94).
Uporedi: do tada član 17 je glasio: „(2) Garantuje se sloboda i tajnost pisama i svih drugih oblika opštenja. (2) Samo na osnovu odluke suda može da se odstupi od načela nepovredivosti tajne pisma ako je ona neophodna za vodjenje krivičnog postupka ili to traže interesi odbrane Republike“. Ustav RM iz 1991, Novi Ustavi na tlu bivše Jugoslavije, str. 131.
[20] Jovan Proevski-Mile Krckoski, Zakon o prekršajima („prekršioci“), Skopje, 1998, str. 24.
[21] Dr Klaus Schrameyer, Die fünfte Änderung der makedonischen Verfassung vom 7. Dezember 2005, Südosteuropa-Mitteilungen, 2/2006, s. 88.
[22] Član 15. Ustava RM iz 1991. godine.
[23] K. Schrameyer, nav. Delo, str. 88.

Pravosudnog saveta), s ciljem da se olakša borba protiv korupcije, a što je u „funkciji“ uskladjivanja makedonskih sa zapadnoevropskim propisima.

Imunitet ministara je ukinut amandmanom XXIII, dok je imunitet predsednika vlade očuvan (član 89. stav 3).

Imunitet državnih tužilaca („javen obnovitel“), uključujući generalnog državnog tužioca („Javen obnovitel“ RM) je ukinut („eliminisan“): amandman XXX je stavio van snage raniji član 107. stav 1. i 2.[24]

Takodje, i članovi Pravosudnog saveta RM (ranije „republičkog Pravosudnog saveta“) ne uživaju više imunitet a po amandmanu XXVIII – novi član 104.

Amandman XXVII sada razlikuje izmedju imuniteta i indemniteta (pomilovanje) sudija: stav 1 daje sudijama proceduralnu prepreku materijalno neograničenog, ali vremenski na njihov mandat ograničenog imuniteta. Novi stav 2 im daje vremenski neograničenu nekažnjivost (indemnitet/pomilovanje) za ono što kažu ili odluče tokom donošenja presude. „Pada u oči“ – komentariše dr K. Schrameyer – „da imunitet sudija nije stavljen van snage, ili barem – kao u Bugarskoj ograničen. Pored toga, sudije na osnovu stava 2. „imaju pravo da budu uhapšeni samo uz saglasnost Pravosudnog saveta RM, osim ako se uhvate na delu“.[25]

Najznačajnije izmene, koje su učinjene amandmanima, postoje u sudstvu: potiskivanje uticaja Sobranja na pravosudje, te jačanje (ili – pozicija) Pravosudnog saveta, s ciljem DEPOLITIZACIJE PRAVOSUDJA.

Već u amandmanu XXVIII „Pravosudni savet Republike Makedonije“ (formalna izmena: preimenovanje „republičkog Pravosudnog saveta“) dobija veću težinu: uticaj Sobranja je potisnut novim članom 104 u korist sudija. Sobranje RM sada više ne bira ceo Pravosudni savet, nego samo 5 do 15 članova. Sudija više ne bira Sobranje na predlog Pravosudnog saveta (dosadašnji član 104/68, stav 1. tačka 5) nego Pravosudni savet (novi član 105, amandman XXIX); I o oduzimanju imuniteta sudijama ne odlučuje više Sobranje (dosadašnji član 100. stav 2) nego Pravosudni savet (novi član 105); Pravosudni savet se u novom članu 104, stav 1, naziva „samostalnim i nezavisnim organom pravosudja“ koji garantuje „samostalnost i nezavisnost pravosudja“; Ali, imunitet njegovih članova (proširen sa sedam na petnaest članova) koji su do sada uživali (prema članu 104, stav 4) od sada je stavljen van snage.

[24] „U makedonskom jeziku se razlika izmedju đefa državnog tužilaštva i pojedinih državnih tužilaca sastoji u tome što se šef piše velikim slovima („Javen Obvinitel“ za razliku od „javen obvinitel“) i što se snabdeva atributom „Republike Makedonije“. Ja sam šefa, da bi bilo jasno, nazvao Generalnim državnim tužiocem“ – komentariše, sa jezičko-pravnog stanovišta, (u fusnoti) dr Schrameyer. Cit. po: K.Schramever. nav.delo.str. 88.

[25] „Novi član 132. bugarskog Ustava sada ograničava imunitet magistrata na funkcionalni imunitet“. K. Schrameyer, nav. Delo, str. 89.

Modaliteti biranja Pravosudnog saveta su sledeći:

a. Dva člana su članovi po službenoj dužnosti: Predsednik Vrhovnog suda i ministar pravosudja (stav 3).
b. Osam članova biraju sudije iz svojih redova; troje od njih moraju da zastupaju zajednice (stav 4).
c. Tri člana bira parlament apsolutnom i duplom većinom (stav 5), plus dva člana koje imenuje predsednik; jedan od tih izabranih mora biti član zajednica (stav 6).
d. Članovi izabrani od parlamenta moraju biti profesori prava sa univerziteta, advokati ili drugi istaknuti pravnici (stav 7, do sada stav 3).
e. Njihov mandat traje, kao i do sada, šest godina; dozvoljen je ponovni izbor (stav 8, do sada stav 3).

Nadležnosti Pravosudnog saveta Republike Makedonije su znatno proširene članom 105 (Amandman XXIX):

- Pravosudni savet – a ne parlament – bira i razrešava dužnosti sudije i porotnike.
- On utvrdjuje kraj funkcije sudije prema članu 99 stav 3 (vidi dole 3.5.).
- On bira i razrešava dužnosti predsednike sudova.
- On odlučuje o oduzimanju imuniteta sudija (do sada je za to prema članu 100 stav 2 bio nadležan parlament).

Iz starog člana 105 su preuzeti sledeći zadaci Pravosudnog saveta: ocena rada sudija, disciplinsko sudstvo i nominacija dvojice sudija. Osim toga, Pravosudni savet može da preuzme i druge zakonski utvrdjene zadatke.

Što se tiče okončanja sudijske službe, Amandman XXVI uvodi jasnije razlikovanje razloga za okončanje dosadašnjeg člana 99 stav 3. Nova verzija sada izričito razlikuje izmedju (automatskog) gubitka sudijske službe i razrešenja dužnosti sudije. Pošto Pravosudni savet ionako, prema članu 105, odlučuje o razrešenju dužnosti, dosadšnja napomena o „potvrdjivanju od strane Pravosudnog ispita“ u novoj verziji je bila suvišna.[26]

Važna novina je „Savet državnih tužilaca“ u Amandmanu XXIV (član 91, tačka 12) i u Amandmanu XXX (član 106 stavovi 5-8). Makedonski zakonodavac je formiranjem „Saveta državnih tužilaca“ napravio jasnu podelu izmedju personalne administracije sudija i državnih tužilaca. Struktura novog „Saveta državnih tužilaca“ je regulisana zakonom (član 106, stav 8) koji još treba da se donese. Pravosudni savet odlučuje o imenovanju državnih tužilaca koje je neograničeno (član 106 stav 5) i o

[26] K.Schrameyer, nav. Delo, str. 90.

njihovom razrešenju dužnosti (član 106 stav 7). Prilikom svog imenovanja se sve zajednice moraju uzeti u obzir (član 106, stav 6).[27]

Parlament, kao i do sada, imenuje Genralnog državnog tužioca (član 106, stav 4, Amandman XXX) koga kao i do sada nominuje vlada, ali od sada po dobijanu stava novoformiranog „Saveta državnih tužilaca" shodno članu 91, tačka 12 (Amandman XXIV). Parlament ga i razrešava dužnosti (član 106 stav 4) ukoliko postoje razlozi koje treba da utvrdi zakon koji još treba da se donese (član 106 stav 9). Pošto državno tužilaštvo – drugačije nego u Bugarskoj – nije deo pravosudja, nezavisnost pravosudja nije ugrožena učešćem parlamenta. Da li je makedonsko rešenje izvodljivo u praksi i da li možda ne treba preneti nadzor ministru pravde, zavisi od izgleda zakona koji treba doneti, a posebno od većine koja je neophodna za imenovanje i razrešenje dužnosti. U svakom slučaju time su dati nadzor i kontrola aktivnosti državnog tužilaštva. Član 106 stavovi 10 i 11, sa svojom zabranom političke aktivnosti, pojačavaju depolitizaciju državnog tužilaštva. U istom smeru cilja ukidanje imuniteta državnim tužiocima, uključujući generalnom državnom tužiocu.[28]

3. TEKST IZMENA (NAGLAŠENO U KURZIVU)

XX (član 13 stavovi 3 i 4)

(1) ...

(2) ...

(3) *Za zakonski utvrdjene prekršaje, organ državne uprave ili organizacije ili drugi organ sa službenim ovlašćenjima može da izrekne kaznu.*

(4) *Protiv definitivne odluke u predmetu prekršaja se garantuje sudska zaštita pod zakonski regulisanim uslovima.*

XXI (član 15)

(1) *Garantuje se pravo na žalbu protiv odluka prve sudske instance.*

(2) *Pravo na žalbu ili drugu vrstu pravne zaštite protiv pojedinih pravnih akata koje je, u postupku prve instance doneo organ državne uprave ili organiazcija ili drugi organ sa javnim ovlašćenjima, regulisano je zakonom.*

[27] „Makedonsko pravo je time, u poredjenju sa npr. Bugarskim pravom, našlo bolje rešenje za pravosudnu administraciju. Odvajanjem samoupravnog organa za sudije, „Pravosudnog saveta Republike Makedonije", od sada novoformiranog „Saveta državnih tužilaca", bolje se uzimaju u obzir različite funkcije i interesne sfere. U bugarskom pravu su i sudovi i državna tužilaštva i istražni organi („sledstvie") kao takozvani magistrati deo „pravosudja". Sudije, državni tužioci i istražni službenici se stoga u pravnom pogledu uglavnom tretiraju isti, i kao da njima, uprkos njihovim funkcionalnim i interesnim razlikama, upravlja jedan isti samoupravni organ, „Vrhovni pravosudni savet", koji se sastoji od sudija, državnih tužilaca i istražnih službenika". Cit. po: Dr Klaus Schrameyer, nav. delo, str. 90.

[28] K. Schrameyer, nav. delo, str. 91.

XXII (5. tačka člana 84)

Predsednik Republike Makedonije...

- predlaže dva člana Pravosudnog saveta Republike Makedonije

XXIII (član 89 stav 3; otpalo: ... i ministri ....=

(1) ...

(2) ...

(3) Predsednik vlade uživa imunitet. O njegovom imunitetu odlučuje parlament.

XXIV (član 91, tačka 12)

Vlada Republike Makedonije ...

- predlaže geralnog tužioca Republike Makedonije *nakon što je prethodno pribavila mišljenje Saveta državnih tužilaca.*

XXV (član 98; otpao je dosadašnji stav 3: organizacija sudova je jedinstvena)

(1) Sudovi vrše sudsku nadležnost.

(2) Sudovi su samostalni i nezavisni. Sudovi donose presude na osnovu Ustava, zakona i medjunarodnih ugovora koji su ratifikovani na osnovu Ustava.

(3) Specijalni sudovi su zabranjeni.

(4) Vrste, nadležnost, uspostavljanje, razrešenje, organizacija i sastav sudova, kao i postupak pred njima su utvrdjeni zakonom koji se donosi dvotrećinskom većinom glasova ukupnog broja poslanika.

XXVI (član 99 stav 3)

(1) ...

(2) ...

(3) Funkcija sudova *prestaje:*

a. Kada sam podnese zahtev za to;

b. Kada izgubi sposobnost vršenja funkcije sudije i kada Pravosudni savet Republike Makedonije to potvrdi;

c. Kada ispuni uslove za starosnu penziju;

d. Kada se pravosnažno osudi za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci;

e. Kada se izabere ili postavi na drugu javnu funkciju, osim ako sudska funkcija miruje pod zakonski utvrdjenim uslovima.

Sudija se *razrešava dužnosti*:

a. zbog teškog disciplinskog prekršaja koji ga čini nedostojnim da vrši funkciju sudije kao što to propisuje zakon, i

b.zbog nestručnog i nesavesnog obavljanja funkcije sudije pod zakonski utvrdjenim uslovima.

XXVII (član 100 stavovi 2 i 3)

(1) Sudija uživa imunitet.

(2) *Sudija ne sme odgovarati krivično-pravno za ono što je izjavio i odlučio prilikom donošenja sudijskih odluka*.

Bez saglasnosti Pravosudnog saveta Republike Makedonije, sudija ne može biti uhapšen, osim ako bude uhvaćen prilikom činidbe krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora od najmanje pet godina.

(3) Funkcija sudije je nespojiva sa članstvom u političkoj partiji ili sa vršenjem neke druge zakonski utvrdjene funkcije ili zanimanja.

XXVIII (član 104)

(1)*Pravosudni savet Republike Makedonije je samostalan i nezavisan organ pravosudja. Savet garantuje samostalnost i nezavisnost pravosudja.*

(2)*Savet se sastoji od petnaest članova.*

(3)*Predsednik Vrhovnog suda Republike Makedonije i ministar pravde su na osnovu svoje funkcije članovi Pravosudnog saveta.*

(4)*Sudije biraju osam članova Pravosudnog saveta iz svojih redova. Trojica izabranih članova su pripadnici zajednica koje nemaju većinu u Republici Makedoniji, pri čemu se obezbedjuje odgovarajuća i pravedna zastupljenost gradjana svih manjina.*

(5)*Parlament Republike Makedonije bira trojicu članova većinom glasova ukupnog broja poslanika koji pripadaju zajednicama koji ne predstavljaju većinu u Republici Makedoniji.*

(6)*Predsednik Republike Makedonije predlaže dva člana Pravosudnog saveta od kojih jedan mora da bude pripadnik zajednica koji ne predstavljaju većinu u Republici Makedoniji, a parlament ih bira.*

(7)*Članovi Pravosudnog odbora koje predlaže parlament odnosno Predsednik Republike Makeodnije, moraju biti iz redova profesora prava univerziteta, advokata i drugih eminentnih pravnika.*

(8)*Mandat izabranih članova Pravosudnog odbora traje šest godina sa pravom na ponovni izbor.*

(9)*Uslovi i postupak ponovnog izbora, kao i razlozi i postupak za prestanak funkcije i za razrešenje dužnosti člana Pravosudnog saveta su regulisani zakonom.*

(10) *Funkcija izabranog člana Pravosudnog saveta je nespojiva sa članstvom u političkoj partiji ili sa vršenjem drugih zakonski utvrdjenih javnih funkcija i zanimanja.*

XXIX (član 105 i član 68 stav 1, tačka 15 izbrisana)

(1) Pravosudni savet Republike Makedonije:
a. Bira i razrešava dužnosti sudije i porotnike;
b. Utvrdjuje prestanak funkcije sudije;
c. Bira i razrešava dužnosti predsednike sudova;
d. Prati i ocenjuje rad sudija;
e. Odlučuje o disciplinskoj odgovornosti sudija;
f. Odlučuje o oduzimanju imuniteta sudija;
g. Predlaže dvojici sudija iz redova sudija za ustavni sud Republike Makedonije, i
h. Obavlja druge, zakonski utvrdjene poslove.

(2) Prilikom izbora sudija, porotnika i predsednika sudova se mora poštovati odgovarajuća i pravedna zastupljenost gradjana koji pripadaju svim zajednicama.
(3) Pravosudni savet podnosi parlementu Republike Makedonije godišnji izbeštaj o svojoj aktivnosti čiji su oblik, sadržaj i vrsta odobrenja regulisani zakonom.

XXX (član 106 stavovi 2 i 3 izmenjeni, a član 107 izbrisan)

(1) Državno tužilaštvo vrši svoju funkciju na osnovu Ustava i zakona *i medjunarodnih ugovora koji su ratifikovani prema Ustavu*.
(2) *Funkcije državnog tužilaštva vrše generalni državni tužioci.*
(3) *Nadležnost, osnivanje, razrešenje dužnosti i funkcionisanje državnog tužilaštva su regulisani zakonom koji se donosi dvotrećinskom većinom glasova ukupnog broja poslanika.*
(4) Parlament imenuje generalnog državnog tužioca Republike Makedonije na mandat od šest godina *sa pravom ponovnog izbora*, i on ga i razrešava dužnosti.
(5) *Savet državnih tužilaca bira državne tužioce bez ograničenja trajanja mandata*
(6) *Kod izbora državnih tužilaca se mora poštovati odgovarajuća i pravedna zastupljenost gradjana koji pripadaju svim zajednicama.*
(7) *Savet odlučuje o razrešenju dužnosti državnih tužilaca.*
(8) *Nadležnost, sastav i struktura Saveta, mandat njegovih članova, kao i razlozi i postupak za privremenu suspenziju i razrešenje dužnosti člana Saveta su regulisani zakonom.*
(9) *Razlozi i postupak za privremenu suspenziju i razrešenje dužnosti generalnog državnog tužioca Republike Makedonije i državnih tužilaca su regulisani zakonom.*

(10) *Funkcija generalnog državnog tužioca i državnih tužilaca je nespojiva sa članstvom u političkoj partiji ili sa vršenjem drugih, zakonski utvrdjenih javnih funkcija i zanimanja.*

(11) *U državnom tužilaštvu je zabranjeno političko organizovanje i politička aktivnost.*[29]

Dr. Branko PAVLICA
Professorial Fellow

ON THE CHANGES TO THE MACEDONIAN CONSTITUTION OF 7 DECEMBER 2005

Summary

On 7 December 2005, the Assembly of the Republic of Macedonia adopted the fifth amendment to the Constitution since it had been passed on 17 November 1991. The amendments XX-XXX (eleven amendments) primarily refer to judiciary. Actually, as requested by Brussels the objective of the adopted amendments was to achieve depoliticisation of judiciary, what was a prerequisite for the future accession of the Republic of Macedonia to the European Union. As early as on 16 December 2005 Macedonia gained the status of EU candidate country although the date when the negotiations would commence "remained open".

In essence, the important new items that are aimed at depoliticising judiciary and facilitating fight against corruption imply the abolishment of immunity to numerous officials. Therefore, unlimited immunity in Macedonia is enjoyed only by the President of the State (in accordance with the Article 83), Prime Minister (Article 89, paragraph 3), members of the parliament (Article 64), judges (Article 100, paragraph 1) and judges of the Constitutional Court (Article 111, paragraph 2). By all this, it should be pointed out that the activities of the Constitutional Court are regulated by the special chapter IV of the Constitution (Articles 108-114), which are not included in the regulations on courts. Therefore, it enjoys a special status. All others that have been privileged so far – ministers, members of the Judicial Council and state prosecutors – do not enjoy immunity any longer. What is essentially new is that judicial immunity has not only been maintained but has even been strengthened by the introduction of indemnity – which is not time limited for their statements in the

[29] „Sprovodjenje izmena ustava:
Osim toga je donet zakon o sprovodjenju izmena ustava od 7. decembra 2005. (SV br. 107/2005, str. 3 i sledeće). Na osnovu člana 1, izmene stupaju na snagu u principu objavom, dakle 9. decembra 2005. Na osnovu člana 2 se do 30.6.2006. moraju doneti: Zakon o Pravosudnom savetu Republike Makedonije, Zakon o sudovima i Zakon o „prekršajima". Na osnovu člana 3 se posle devet meseci moraju doneti Zakon o izmeni Zakona o državnom tužilaštvu, kao i Zakon o izmeni i dopuni Vlade Republike Makedonije". Cit. po: Dr Klaus Schrameyer, Die fünfte Änderung der makedonischen Verfassung vom 7. Dezember 2005, Südosteuropa-Mitteilungen, (Dokumentation), 2/2006, s. 91-94.

procedure. Also, there are new things that concern the Judicial Council of the Republic of Macedonia, being "the personal management judicial body". In the same way, "the Council of State prosecutors" has been established, and it is the personal management body for state prosecutors that is responsible to the Judicial Council.

Therefore, the last constitutional amendments (XX-XXX) adopted on 7 December 2005 (Služben Vesnik 107/2005 – Official Gazette 107/2005) treat judiciary amending the Articles No. 13, 15, 84, 89, 91, 100, 104, 105, 106 and 108 of the Constitution of the Republic of Macedonia.

Key words: Republic of Macedonia, Constitution, constitutional changes, depoliticisation of judiciary, fight against corruption.

Tamara Đurđić,
dipl. Pravnik, Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu u Kragujevcu.

NEKA PITANJA NEMATERIJALNE ŠTETE U ZAKONODAVSTVIMA POJEDINIH ZEMALJA BIVŠE JUGOSLAVIJE

Apstrakt

Pojam nematerijalne štete oduvek je bio sporan u pravnoj teoriji, te i danas ovaj isntitut predstavlja predmet interesovanja pravne doktrine. U zakonodavstvima evropskih zemalja zastupljene su različite kocepcije poimanja nematerijalne štete, iz čega proizilaze i raznolika rešenja pojedinih pitanja, kao što je npr. pravo pravnih lica na naknadu nematerijalne štete. U većini pravnih sistema pravo na naknadu nematrijalne štete kod vanugovorne odgovorne se priznaje, ali je pitanje naknade ove vrste štete na planu ugovorne odgovornosti sporno. Ovo pitanje je od posebnog značaja za naše obligaciono pravo, jer se ne može sa sigurnošću reći da li naš zakonodavac priznaje pravo naknade nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti ili ne. U tom pogledu postoji i veliki raskorak između naše teorije i prakse. Posebno je uporedni pregled zakonodavnih rešenja nematerijalne štete zemalja bivše SFRJ od velikog značaja za predstojeće izmene našeg zakonodavstva u procesu usklađivanja sa prvom Evropske unije. Za komparativnu analizu uređenja nematerijalne štete uzeta su zakonska rešenja u Crnoj Gori, Hrvatskoj i Sloveniji.

Ključne reči: nematerijalna šteta, naknada nematerijalne štete, ugovorna odgovornost, lična prava pravnih lica.

U V O D

Pitanje nematerijalne štete i njene naknade, koje datira još od rimskog prava, predstavlja predmet interesovanja i polemika u pravnim krugovima i u današnje vreme. Različita poimanja nematerijalne štete u pravnoj doktrini dovela su do raznovrsnih odgovora na pitanje pravne prirode i osnovanosti naknade ove vrste štete. U savremenom ugovornom pravu prihvaćena je objektivna koncepcija nematerijalne štete, dok u našem pozitivnom pravu još uvek preovladava subjektivna koncepcija. U tom smislu značajno je ukazati na prednosti, odnosno nedostatke postojećih koncepcija i odrediti smernice za noveliranje važećeg Zakona o obligacionim odnosima u pogledu pitanja nematerijalne štete.

Sama funkcija naknade nemterijalne štete je ključna za opravdanje ovog instituta. Imajući u vidu da novčana naknada nematerijalne štete ne može po prirodi stvari ostvariti reparaciju, postavlja se pitanje osnovne svrhe ove naknade? Da li se novčanom naknadom nematerijalne štete doprinosi komercializaciji ličnih prva, ili

pak moralizaciji i adekvatnijoj zaštiti čovekove lične sfere? Pored pomenutih, pojavljuju i niz drugih spornih pitanja, kao što je priznanje prava na naknadu nematerijalne štete kod ugovorne odgovornosti, krug subjekata kojima treba priznati pravo na naknadu štete, pre svega, da li ovo pravo treba priznati i pravnim licima i sl.

Značajno je napomenuti i činjenicu da se više od 70% sporova pred sudovima u Srbiji odnosi upravo na naknadu štetu. U pogledu naknade nematerijalne štete naša sudska praksa bile je prilično restriktivna, dok u pravnoj teoriji dominira pozitivan stav o ovom pitanju. Iz tog razloga značajno je ukazati na ključna pitanja koja se odnose na ovaj institut obligacionog prava i pokušati iznaći odgovore koji bi eliminisali raskorak između teroije i prakse u pogledu priznanja prava na naknadu nematerijalne štete i ujedno bi se dorpinelo efikasnijem usaglašavanju domaćih propisa sa tekovinama evropske unije. U tom procesu preoblikovanja materije obligacionog prava, iskustva zemalja bivše SFRJ su veoma značajna, posebno imajući u vidu činjenicu da je Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koji je u Srbiji još uvek na snazi, zajedničko pravno nasleđe svih bivših republika.

Definisanje nematerijalne štete

Šteta je osnovna pretpostavka imovinske odgovornosti. Međutim, pojam štete nije lako definisati, i veoma mali broj zakonodavstava sadrži definiciju štete. Pokušaji definisanja ovog instituta najčešće se temelje na razgraničavanju materijalne od nematerijalne štete, čiji kriterijum jeste pravno dobro koje je štetom pogođeno[1]. U tom smislu *imovinska* (materijalna) šteta nastaje na imovinskim dobrima oštećenog i ova vrsta štete podrazumeva umanjenje postojeće imovine (stvarna šteta - *damnum emergens)* ili nenastupanje njenog uvećanja koje se prema redovnom toku stvari ili okolnostima konkretnog slučaja moglo osnovano očekivati (izgubljena dobit - *lucrum cesans*)[2]. Često se imovinska šteta označava i kao imovinski interes (čime se više ukazuje na njen subjektivni karakter)[3].

S druge strane, znatno je teže dati preciznu definiciju nematerijlne štete. U pravnoj teoriji se mogu sresti najrazličitija poimanja ovog instituta. Neki teoretičari definišu nematerijalnu štetu kao umanjenje moralne imovine[4], drugi dele štetu s

[1] Iako je osnov podele štete na materijalnu i nematerijalnu karakter prikraćenog dobra, treba biti obazriv u pojednim slučajevima gde razgraničenje materijalne od nematerijalne štete može biti sporno. S obzirom da šteta pruzrokovana na nematerijalnim dobrima može imati za posledicu i materijalnu štetu, kao i obratno, prilikom opredeljivanja vrste štete, u svakom konkretnom slučaju, trebalo bi imati u vidu i „karakter pretrpljenog gubitka“, odnosno „ rezultat prikraćivanja pravnog dobra“ (J. Radišić, *Obligaciono pravo,* Beograd, 2005, str. 199).

[2] Čl. 155, Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003), u daljem tekstu: ZOO Srbije.

[3] M. Orlić, *Ogled o odgovornosti za prekid pregovora*, Pravni život, br. 10, str. 534 -535.

[4] „...pod pojmom moralne imovine podrazumeva se skup sličnih dobara koaj pripadaju jednom licu kao što su :čast, ugled, telesni integritet...“ (O. Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete,* Beograd, 1972, str. 24.)

obzirom na prirodu objekta na kome je izvršena (materijalizovana) štetna radnja[5], a treći pak daju negativnu definiciju nematerijalne štete[6]. U svakom slučaju, negativna definicija nematerijalne štete je najmanje pogodna. Da bismo mogli shvatiti pojam, sadržinu, karakteristike neimovinske štete, potom definisati pravnu prirodu ovog instituta i odgovoriti na niz drugih pitanja koja se nameću (posebno u pogledu novčane naknade neimovinske štete), pozitivna definicija neimovinske štete se nameće kao nužnost. Pod nematerijalnom štetom se najčešće podrazumeva povreda ličnih prava i ineteresa oštećenog koja se ne odražava u njegovoj imovini, već je u pitanju šteta na ličnim, neimovinskim dobrima čovekovim[7].

U Načelima evropskog ugovornog prava definicija štete nije data, što predstavlja jednu od zamerki upućenih Landovim načelima. Iz tog razloga Nacrt zajedničkog pojmovnog okvira (*Draft of Commen Frame of Refernece* – DFCR), koji ima ključnu ulogu u unapređenju postojećeg *aquis-a,* sadrži pravno određenje pojma pravno relevantne štete[8], definišući materijalnu štetu (*economic damage*) kao *neostvarenje dobiti, nastale terete i smanjenje u vrednosti imovine*, dok nematerijalna šteta (*non economic damage)* podrazumeva *bol, patnje i pogoršanje kvaliteta života*[9].

U Zakonu o obligacionim odnosima Srbije prihvaćena je subjektivna koncepcija nematerijalne štete, te se nematerijalna šteta sastoji u *nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha*[10]. Oblici u kojima se ispoljava nematerijalna šteta su: fizički bol, duševni bol (pretrpljen zbog umanjene životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode i prava ličnosti, smrti bliskog lica) i strah. Pretrpljeni bol ili strah koji se nadovezuju na povredu ličnih prava čovekovih konstitutivni su elementi pojma nematerijalne štete. To upravo znači da se naknada za nematerijalnu štetu ne može dosuditi ukoliko je jedino došlo do povrede nekog čovekovog ličnog prava, već je neophodno da se povreda manifestovala u jednom od zakonom propisanih vidova nematerijalne štete. Osim toga, da bi se oštećenom priznalo pravo na naknadu nematerijalne štete," neophodno je da jačina i trajanje bolova i straha i druge okolonosti slučaja to opravdavaju, kako bi se kod oštećenog uspostavila narušena psihička ravnoteža"[11]. Dakle, sudska praksa je zauzela stanovište da se ne može priznati nijedan novi vid nematerijalne štete do onih pravno priznatih i taksativno

[5] „...pri čemi šteta u fizičkoj ličnosti ulazi u pojam materijalne štete....Čim postoji šteta ima mesta i naknadi bez obzira koja je vrsta šteta u piatnju, bilo materijalna (koja bi pogađala oštećenu stranu u njenim imovinskim dobrima ili ličnosti), bilo moralna (koja bi pogađala u njenoj časti, njenim ličnim afekcijama."*...Domolombe..*(vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 24, 25).

[6] „...neimovinska šteta postoji onda kada novčana reparacija nije u stanju da bude adekvatna šteti, da bude objektivno procenjena. To će biti slučaj kada novac u odnosu na pretrpljenu štetu ne može da ispuni funkciju ekvivalenta..." (vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 23, 24).

[7] I. Jankovec, *Ugovorna odgovornost,* Beograd, 1993. godina, str. 30.

[8] Chapter 2, Section 1 (VI), 2:101 (1); *Draft of Common Frame of Reference* (DFCR), Outline Edition, www.law-net.eu, jun, 2009.

[9] Chapter 2, Section 1 (VI), 2:101 (4); *Draft of Common Frame of Reference* (DFCR).

[10] Čl. 155. ZOO Srbije.

[11] Zaključak Savetovanja građanskih i građansko-pravnih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovonog vojnog suda; 15. i 16. oktobar 1986. godine; „O pravno priznatoj, odnosno pravno ne priznatoj nematerijalnoj šteti".

nabrojanih oblika nematerijalne štete u samom Zakonu, dok su kriterijumi za odmeravanje visine pravične naknade nematerijalne štete predviđeni upravo u zakonskom tekstu[12].

Nadovezujući se na problematiku adekvatnog definisanja pojma nematerijalne štete, značajno je pomenuti nedavno noveliranu verziju Hrvatskog zakona o obveznim odnosima, kao i rešenja pojedinih pitanja nematerijalne štete koja ovaj zakon nudi. Hrvatskim zakonom o obveznim odnosima iz 2005. godine[13] izvršene su pretežno leksičke, pravno-tehničke izmene, kao i izmene u sistematizaciji samog teksta, ali i pojedine suštinske promene koje nikako ne bi trebalo zanemariti.

Jedna od ključnih novina upravo se ogleda u drugačijem definisanju pojma štete, pre svega nematerijalne štete. *„Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta)".*[14] Iz navedenog člana se može primetiti da je definicija materijalne štete ostala neizmenjena u odnosu na onu sadržanu u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali da je drugi deo definicije, koji se odnosi na nematerijalnu štetu, značajno drugačiji. Ovom izmenom, hrvatski zakonodavac je prihvatio objektivnu koncepciju poimanja neimovinske štete, koja je prihvaćena od strane većine evropskih zemalja. Šta bi ova izmena trebalo da znači u praktičnom smislu? Upravo to da za postojanje nematerijalne štete nije neophodno prouzrokovanje tzv. sekundarne štete koja nastaje kao posledica povređene lične sfere pojedinca (pretpljeni bol ili strah), već je dovoljna činjenica da je došlo do povrede ličnih prava u konkretnom slučaju, tj. postojanje tzv. primarne štete. To nas navodi na zaključak da pretrpljeni bol i strah nisu više konstituivni elementi pojma nematerijalne štete, već merilo pomoću kojed se lakše zaključuje o visini prouzrokovane štete, kao i o odgovorajućem obliku njene naknade.

Pitanje definisanja nematerijalne štete neposredno je povezano sa definicijom ličnih prava koja takođe predstavlja novinu u hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima. Zakonodavac najpre navodi da „svaka fizička i pravna osoba ima pravo na zaštitu svojih prava osobnosti, pod pretpostavkama utvrđenim zakonom"[15]. Potom su posebno regulisana lična prava fizičkih lica, kao i lična prava pravnih lica, gde su, u oba slučaja, kao primeri, navedana pojedina lična prava koja uživaju pravnu zaštitu, uz mogućnost proširenja te liste. Odmah se može uočiti značajna razlika u odnosu na koncepciju prihvaćenu u Zakonu o obligacionm odnosima iz 1978, u tom smislu što se ostavlja mogućnost naknade mnogo većeg broja različitih vidova nematerijlne štete (dakle, ne samo onih oblika predviđenih zakonom, iako su oni najčešći) i ne samo onih koji rezultiraju nanošenjem bola ili straha.

---

[12] „Prilikom odličivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i visini njene naknade, sud će voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom" (Čl. 200. st. 2. ZOO Srbije).

[13] Zakon o obveznim odnosima (Sl. list Republike Hrvatske „Narodne novine", br. 35/05), u daljem tekstu: ZOO Hrvatske.

[14] Čl. 1046. ZOO Hrvatske.

[15] Čl. 19. ZOO Hrvatske.

U Republici Sloveniji je još 2001. godine donet novi Obligacijski zakon, koji je stupio na snagu 2002. godine.[16] Novina u ovom zakonu se takođe ogleda u izmenjenoj definiciji nematerijalne štete u odnosu na onu koja je predviđena Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. Tako se pod nematerijalnom štetom podrazumeva nanošenje drugom fizičkog i duševnog (ne psihičkog) bola i straha, kao i *povreda ugleda pravnog lica*[17]. Deo koji se odnosi na materijalnu štetu ostao je neizmenjen.

I Republika Crna Gora je u cilju usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa pravnim tekovinama Evropske unije donela novi Zakon o obligacionim odnosima u 2008. godini.[18] Definicija nematerijalne štete u noveliranoj verziji crnogorskog zakona predstavlja kombinaciju rešenja prihvaćenih u hrvatskom, odnosno slovenačkom zakonu. Nematerijalna šteta se definiše kao „nanošenje drugom fizičkog i psihičkog bola ili straha, kao i *povreda prava ličnosti i ugleda pravnog lica*“[19] (crnogorski zakon ne precizira šta se podrazumeva pod pravima ličnosti, kao što to čini hrvatski).

Smatramo da bi u predstojećim izmenama naših rešenja u materiji obligacionog prava trebalo na drugačiji način pristupiti definisanju pravnog pojma nematerijalne štete. Postojeća definicija nematerijalne štete je preuska i njena sadržina čisto subjektivna, te se prilikom kvalifikovanja štete kao nematerijalne ne vodi računa o prirodi prikraćenog dobra. Iz tog razloga, pojam nematerijalne štete bi trebalo regulisati kao povredu prava ličnosti, gde sama povreda ovih prava predstavlja štetu.

Naknada nematerijalne štete pravnom licu

Kada je reč o priznanju prava na naknadu nematerijalne štete pravnim licima, mogu se sresti različita pravna shvatanja. Neki su teoretičari čvrstog stava da se pravnim licima ne može priznati pravo na naknadu neimovinske štete iz više razloga[20]. Najpre, za priznavanje ovog prava pravnim licima, nedostaju osnovne materijalno-pravne pretpostavke koje uslovljavaju ostvarivanje prava na naknadu ove štete i kod fizičkih lica, a to su: mogućnost da novčana naknada ostvari svoju funkciju u ličnosti žrtve i patnja.[21] Funkcija novčane naknade nematerijalne štete kod pravnih lica se ne može sastojati u pribavljanju nekog zadovoljstva (satisfakcije) oštećenom kako bi se uspostavila psihička i emocionalna ravnoteža narušena poruzrokovanjem štete, jer pravno lice nije posebno biće sa svojim biološkim

[16] Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 83/01 z dne 25. 10. 2001), u daljem tekstu: OZ Slovenije.
[17] „Škoda je zmanjšanje premoženja (navadna škoda), preprečitev povečanja premoženja (izgubljeni dobiček), pa tudi povzročitev telesnih ali duševnih bolečin ali strahu drugemu ter okrnitev ugleda pravne osebe (nepremoženjska škoda).“ (Čl. 132. OZ Slovenije).
[18] Zakona o obligacionim odnosima Republike Crne Gore („Sl. list Crne Gore“, br. 47/08, od 07. 08. 2008. godine;), u daljem tekstu: ZOO CG.
[19] Čl. 149. ZOO CG.
[20] O. Stanković, *op.cit.,* str. 85; suprotno I. Jankovec, *op.cit.,* str. 30.
[21] O. Stanković, *op.cit.,* str. 86.

integritetom i osećanjima. Ono nije u stanju da trpi neimovinsku štetu u smislu u kojem to mogu fizička lica.[22]

Ukoliko se izuzmu svi oni oblici nematerijalne štete koje po prirodi stvari pravno lice ne može pretrpeti, jer nužno pretpostavljaju osobenosti fizičkog lica, značajno je da se razmotri povreda ugleda pravnih lica kao oblika nematerijalne štete koji se uglavnom priznaje u pravnoj teoriji i praksi. Teoretičari koji se protive priznanju prava na naknadu nematerijalne štete pravnim licima, ističu da ugled ovog pravnog subjekta svakako može biti ugrožen, ali da ni u tom slučaju ne postoji analogija između ove štetne radnje i umanjenja ugleda fizičkog lica. Umanjenje ugleda kod fizičkih lica se sastoji u psihičkim patnjama koje su usled ove štetne radnje prouzrokovane pojedincu. Nasuprot tome, kod pravnih lica se umanjenje ugleda sastoji u nepovoljnoj predstavi koju je kod trećih lica izazvala štetna radnja. U tom smislu mere koje bi trebalo da ostvare svrhu uspostavljanja povređenog ugleda kod pravnog lica su razne mere publiciteta, a ne novčana naknada.[23]

Kroz uporedni pregled novih zakonodavnih rešenja zemalja bivše SFRJ može se uočiti da je prihvaćen koncept priznanja novčane naknade nematerijalne štete i pravnim licima. Prema hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima, u odeljku o naknadi štete, pravnim licima se neposredno priznaje pravo pravične naknade štete uzrokovane povredom ugleda i drugih ličnih prava pravne osobe.[24] U slovenačkom pravu iz definicije nematerijalne štete[25] i čl. 193. Obligaciojskog zakona Slovenije takođe proizilazi priznanje prava na naknadu nematerijalne štete i pravnim licima. I u crnogorskom Zakonu o obligacionim odnosima se posebnom odredbom pravnom licu priznaje pravo na pravičnu naknadu štete u slučaju povrede ugleda i prava ličnosti pravnog lica.[26]

Prema važećem Zakonu o obligacionim odnosima Srbije, pravno lice nema pravo na naknadu nematerijalne štete, čak ni u slučaju povrede ugleda.[27] Sud će dosuditi pravičnu naknadu nematerijalne štete *za pretrpljene bolove* zbog povrede ugleda, nezavisno od naknade materijalne štete (ako okolnosti slučaja, a posebno jačina i trajanje pretrpljnih bolova i straha to opravdavaju).[28] To znači da pravnim licima pravo na naknadu ove štete zakonom nije priznato, jer pravno lice ne može trpeti bolove zbog povrede ugleda, kao što je to slučaj sa fizičkim licem.

Još jedno pitanje koje se nameće u pogledu priznavanja prava na naknadu neimovinske štete pravnim licima jeste pravna priroda i stvarna funkcija ovog oblika

---

[22] *Ibidem,* str. 85.
[23] *Ibidem,* str. 86.
[24] Čl. 1100. st. 3. ZOO Hrvatske.
[25] Čl. 132. OZ Slovenije.
[26] Čl. 207. st. 3. ZOO CG.
[27] „Pravno lice nema prava na naknadu nematerijalne štete“ (Vrhovni sud Srbije, Rev. 611/01 od 25. 12. 2002. godine); „Zbog povrede poslovnog i društvenog izgleda prvnog lica, ono ima pravo samo na naknadu materijalne štete, a ne i nematerijalne“ (Vrhovni sud Srbije, Rev. 4765/99 od 27. 10. 1999. godine); „Naknada nematerijalne štete je satisfakcija koja se daje oštećeno fizičkom licu za štetu koju je pretrpeo na nekom svom nematerijalnom dobru, pa se ne može vezivati za slučaj povrede ugleda pravnog lica“ (Vrhovni su Srbije, Rev. 611/01 od 25. 12. 2002. godine).
[28] Čl. 200. st. 1. ZOO Srbije.

naknade kod pravnih lica. Da li se npr. kod dosuđivanja novčane naknade zbog povrede ugleda pravnog lica zapravo radi o naknadi imovinske štete ili čak o privatnim kaznama, ili je koncept neimovinske štete rešenje koje je najadekvatnije za sudsku praksu, s obzirom da je vrlo često teško dokazati visinu imovinske štete koja je pravnim licima prouzrokovana povredom ugleda?[29]

Svrha novčane naknade nematerijalne štete jeste da pribavi neko zadovoljstvo (satisfakciju) u sferi oštećenih nematerijalnih dobara. Tačno je da pravno lice nema osećaj zadovoljstva, ali se pravno lice sastoji od određenog broja fizičkih lica. Svako negiranje prava na naknadu neimovinske štete u pomenutim slučajevima značilo bi i negiranje činjenice da se pravno lice sastoji i deluje preko fizičkih lica. Takođe bi negiranje prava na naknadu neimovinske štete (pa makar i samo one novčane) na neki način predstavljalo i negiranje osećaja ljudi koji obavljaju određene poslove u okviru pravnog lica,[30] koji, nesumnjivo, interese pravnog lica mogu doživeti kao svoje (te osećati nelagodnost, bes, psihičku uznemirenost). Zato smo mišljenja da bi pravnim licima trebalo priznati pravo na naknadu neimovinske štete, što između ostalog, proizilazi iz drugačijeg poimanja nematerijalne štete.

Naknada nematerijalne štete u oblasti ugovorne odgovornosti

Razliku između pravnih i fizičkih lica u pogledu prava na naknadu nematerijalne štete ne treba preuveličavati.[31] Mnogo značajnije je opšte pitanje priznanja prava na naknadu nematerijalne štete, posebno u oblasti ugovorne odgovornosti. Istorijski posmatrano, naknada nematerijalne štete je još od rimskog prava bila sporna u pravnoj teoriji. U rimskom pravu je pojam štete obuhvatao samo gubitke imovinske prirode te je pravo naknade neimovinske štete priznavano samo kod vanugovorne odgovornosti.[32]

Osnovno pitanje koje se postavlja u kontekstu prethodnih razmatranja jeste svrha dosuđivanja naknade nematerijalne štete koja ujedno pretstavlja osnov dosuđivanja ove naknade i određuje njenu pravnu prirodu. Pravnici daju različite odgovore na ovo pitanje, u zavisnosti od toga koju od teorija o naknadi neimovinske štete podržavaju. Dve su osnovne teorije o naknadi neimovinske štete – negativna i pozitivna teorija. Postoje i pravni sistemi koji priznaju naknadu neimovinske štete samo kod vanugovorne odgovornosti.

Negativna teorija uopšte ne priznaje novčanu naknadu neimovinske štete. Poznato je da je osnovna svrha imovinske odgovornosti uspostavljanje pređašnjeg stanja u imovini oštećenog. Kod naknade neimovinske štete ova funkcija se ne može

[29] O. Stanković, *op. cit.,* str. 87.
[30] H. Kačer, *Koncept nematerijalne štete po Zakonu o obveznim (obligacionim) odnosima iz 1978. i usporedba sa konceptom hrvatskog Zakona o obveznim odnosima iz 2005,* u: „Trideset godina zakona o obligacionim odnosima“, Kragujevac, 2008, str. 221.
[31] „Dosuđivanje naknade nematerijalne štete znači određeni gubitak u sredstvima dužnika.... u tom pogledu ne treba da bude od značaja da li se nasuprot dužnika, kao poverilac prava na naknadu štete, javlja fizičko ili pravno lice“ (I. Jankovec, *Ugovorna odgovornost,* Beograd, 1993. godina, str. 35)
[32] O. Stanković, *Rimsko pravo,* Beograd, 1986. godina, str. 240.

ostavriti, jer su povređena lična dobra čovekova, te bi davanje novčane naknade predstavljalo sredstvo sticanja, a ne naknađivanja materijalnih dobara.[33] Takođe se kao argumenti u prilog ovog stanovišta ističu i nemogućnost objektivnog utvrđivanja postojanja i veličine neimovinske štete, kao i nemogućnost preciznog izražavanja u novcu, što dovodi do sudske samovolje.

Pozitivna teorija načelno dozvoljava novčanu naknadu nematerijalne štete. Pristalice ove teorije ističu da je osnovna svrha novčane naknade nematerijalne štete uspostavljanje narušene psihičke ravnoteže oštećnog, kao što je svrha naknade materijalne štete uspostavljanje narušene imovinske ravnoteže. Novčana naknada nematerijalne štete nikako ne predstavlja komercijalizaciju ličnih prava kako to protivnici ove teorije ističu, već upravo doprinosi zaštiti čovekove ličnosti i moralizaciji prava.[34] U krajnjoj liniji, „bolja je nesavršena novčana naknad nego li nikakvo obeštećenje".[35]

Pomenuta teorija o privatnoj kazni koja je bila zastupljena u rimskom pravu ističe kaznenu, a ne reparacionu funkciju naknade nematerialne štete. Prema ovoj teoriji visina kazne se odmerava posebno prema stepenu krivice počinioca štete, kao i njegovim imovinskim prilikama, čime se sprečava sudska samovolja.[36] Ova teorija u savremenom pravu gotovo je u potunosti odbačena, jer današnje pravne sisteme karakteriše odvojenost kazne i naknade koji počivaju na potpuno različitim principima.

Danas je nesporno da bi osnovna svrha naknade štete trebalo da bude reparaciona (princip popravljanja ili uklanjanja štete),[37] a samim tim i preventivna. Međutim, kod nematerijalne štete nije moguće uspostaviti pređašnje stanje, kao što je to slučaj kod materijalne štete. Iz tog razloga je pitanje njene novčane naknade postalo sporno. Suština je shvatanja koje preovladava u savremenom pravu da je džilj naknade nematerijalne štete uspostavljanje ravnoteže u sferi nematerijalnih dobara oštećenog (psihička i emocionalna ravnoteža), baš kao što je cilj naknade materijalne štete uspostavljanje ravnoteže u sferi materijalnih dobara. Činjenica da je određenom licu prouzrokovan fizički ili psihički bol ne može biti izmenjena, ali svakako može novačnom nadoknada biti pružena satisfakcija (zadovoljenje) oštećenom, čime bi on ublažio svoj duševni nemir. Zato, ne postoji osnovan razlog za različito postupnje u oblasti ugovorne odgovornosti u odnosu na vanugovornu odgovonost, kada je reč o novčanoj naknadi nematerijalne štete.

Većina evropskih zakonodavstava priznaje pravo na naknadu neimovinske štete kod vanugovorne odgovornosti. Pojedine zemlje ovo pravo priznaju u ograničenoj meri (u zakonom propisanim slučajevima), što je koncept koji preovladava u našoj

[33] Vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 40.
[34] Vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 44.
[35] Vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 49.
[36] Vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 63.
[37] Čl. 190. ZOO Srbije.

zemlji, Nemačkoj, Italiji i drugim zemljama,[38] dok je pitanje naknade nematerijalne štete zbog povrede ugovora i dalje predmet rasprave u pravnoj nauci[39].

U hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima uvedena je ugovorna odgovornost za neimovinsku štetu, te poverilac, osim prava na naknadu obične štete i izmakle dobiti, ima i pravo na *pravičnu naknadu neimovinske štete*. [40] Ovakvo rešenje je prihvaćeno u mnogim zemljama (Francuska,[41] Švajcarska , Engleska i dr.), kao i u Načelima evropskog ugovornog prava.[42] Ostale zemlje u okruženju kao što su Slovenija, Crna Gora, Bosna i Hercegovina, nisu promenile regulativu naknade neimovinske štete kod ugovorne odgovornosti, mada se pretpostavlja da će ovo značajno pitanje obligacionog prava u pomenutim pravnim sistemima biti rešeno u skladu sa tendencijama evropskog ugovornog prava.

U našoj pravnoj teoriji je sporno da li se Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koji je u Srbiji još na snazi sa izvesnim izmenama i dopunama, priznaje pravo na naknadu neimovinske štete zbog povrede ugovornih obaveza ili ne. U teoriji su prisutna stanovišta da u samom zakonu postoji osnov za dosuđivanje neimovinske štete u slučaju povrede ugovornih obaveza,[43] ali i onih pravnika koji se ne saglašavaju sa konstatacijom da važeći zakon takvu naknadu priznaje.[44]

Zakon o obligacionim odnosima Srbije reguliše novčanu naknadu nematerijalne štete u odeljku koji se odnosi na vanugovornu odgovornost.[45] Kada je reč o ugovornoj odgovornosti, zakon predviđa naknadu materijalne štete (obične štete i izmakle koristi) koju je dužnik u vreme zaključenja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora,[46] ali pri tom ne reguliše naknadu nematerijalne štete zbog

---

[38] Upravnoj teroiji i praksi pomenutih zemalja preovladava stanovište da se naknada nematerijalne štete mora priznati i u oblasti ugovorne odgovornosti, te se u skladu sa ovim stavom i tumači zakonska regulativa instituta nematerijalne štete. I u našoj pravnoj teoriji je izražena tendencija priznavanja naknade nematerijalne štete zbog povrede ugovora, samo što još nije usklađen stav pravne teorije i prakse.

[39] Kao argumenti nepriznavanja naknade neimovinske štete na području ugovorne odgovornosti neki strani autori ističu da kod ove vrste odgovornosti naknada predstavlja za poverioca cenu interesa koji on ima prilikom izvršenja obligacije, te se otuda može tražiti samo naknada imovinske štete (vidi O. Stanković, *op. cit.,* str. 76).

[40] „Vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi *te pravičnu naknadu neimovinske štete* koje je dužnik u vrjeme sklapanja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate.“ (Čl. 346. ZOO Hrvatske).

[41] Stav koji danas preovladava u francuskoj pravnoj teoriji i praksi jeste da se nematerijalna šteta može dosuđivati kako na planu ugovorne tako i na planu vanugovorne odgovornosti (čl. 1149. *Code civil,* 1804). Ovakav stav u francuskom pravu je posledica savremenih tendencija prihvaćenih u evropskom ugovornom pravu, iako je prvobitno preovladavalo stanovište da se ugovorna odgvornost može odnositi samo na materijalnu štetu. (Vidi B. Apostolović, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede ugovora,* u: „Naknada nematerijalne štete“, Udruženje za odštetno pravo, Beograd, 1998-2008).

[42] Čl. 9:501 (2), Lando and H. Beale, *Principles of European Contract Law* – full text of Parts I and II combined, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000

[43] P. Klarić, *Odštetno pravo,* Zagreb, 2003.godina.

[44] S. Perović, *Komentar zakona o obligacionim odnosima,* Beograd, 1995, str. 626.

[45] Čl. 200. i čl. 201. ZOO Srbije.

[46] Čl. 266. st. 1. ZOO Srbije.

povrede ugovora. Odnos između ugovorne i vanugovorne odgovornosti regulisan je posebnim članom kojim se predviđa sledeće: „ukoliko odredbama odseka kojim se reguliše pravo na naknadu štete nije drugačije propisano, na naknadu ove štete shodno se primenjuju odredbe tog zakona o naknadi vanugovorne štete“.[47]Postavlja se pitanje da li se pomenuta odredba zakona o shodnoj primeni pravila o naknadi vanugovorne štete može uzeti kao pravni osnov dosuđivanja naknade neimovinske štete i kod ugovorne odgovornosti? Po samoj prirodi stvari je jasno da se šteta zbog povrede ugovora ne može ispoljavati u onim oblicima nematerijalne štete kakvi su navedeni u samom zakonu[48] (osim onih koji se tiču povrede ugleda)[49]. Sa druge strane, naša dosadašnja sudska praksa ne govori u prilog priznavanja naknade neimovinske štete kod ugovorne odgovornosti.[50]

Međutim, pravo na naknadu nematerijalne štete načelno bi trebalo priznati i kod ugovorne odgovornosti. Povreda ugovorene obaveze može svakako kod strane verne ugovoru izazvati određene oblike nematerijalne štete, kao što su neugodan osećaj, psihička napregnutost ili stres. Jedna ugovorna strana se može opredeliti da zaključi ugovor radi ostvarenja određenog nematerijalnog (a ne samo materijalnog) interesa (npr. ugovori u oblasti turističke delatnosti). Nije redak slučaj da ugovoru verna strana pretrpi nematerijalnu štetu zbog uskraćenog zadovoljstva usled nepoštovanja ugovorne discipline druge ugovorne strane (npr. turista je ostao uskraćen za posetu određene istorijske znamenitosti naznačene u u programu turističke organizacije, a baš ta znamenitost je bila odlučujuća pobuda da zaključi ugovor o organizovanju putovanja sa tom turističkom agencijom). Dakle, nepriznavanje prava na naknadu nematerijalne štete u pomenutom primeru i sličnim situacijama značilo bi ne voditi računa o volji ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora. Takođe su moguće i vrlo česte situacije u oblasti ugovorne odgovornosti gde povreda imovinskog interesa ugovornika ima za posledicu neimovinsku štetu.

Nematerijalni interesi oštećenog moraju biti u jednakoj meri zaštićeni kao i materijalni interesi u slučaju povrede ugovora. Osnov vanugovorne odgovornosti se sastoji u povredi opšteg načela kojim se zabranjuje škođenje drugome. Ovu obavezu ima svaki pojedinac prema ostalim pravnim subjektima, pre zaključenja ugovora. Činom zaključenja ugovora ova obaveza se samo konkretizuje i relativizira, ali i dalje postoji obaveza ne škođenja imovini i ličnosti drugoga. Ne postoji nijedan opravdan razlog zašto bi počinioca štete kod vanugovorne odgovonorsti tretirali povoljnije nego kod ugovorne odgovornosti.

---

[47] Čl. 269. ZOO Srbije.

[48] „ ...kao što su: fizički bolovi, duševni bolovi zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode, prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i strah.“ (čl. 200. st. 1. ZOO Srbije).

[49] S. Perović, *op.cit.,* str. 626.

[50] U domaćoj sudskoj praksi gotovo da i ne postoje novije odluke o naknadi nematerijlne štete zbog povrede ugovora. Kao usamljen primer sudske prakse u pogledu nepriznavanja naknade ove vrste štete kod ugovora, može se navesti presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1421/99 od 2. aprila, 1997. godine. Ostale presude koje se odose na ovo pitanje starijeg su datuma, i donete su uglavnom pre stupanja na snagu važećeg Zakona o o bligacionim odnosima.

Jedinstveni pojam neimovinske štete ne treba cepati veštački. Neimovinska šteta ostaje uvek ista nezavisno od toga da li je prouzrokovana povredom ugovora, građanskim deliktom ili na neki drugi način. I sama priroda štete, razlozi i funkcija naknade štete se i kod ugovorne i kod vanugovorne odgovornosti suštinski ne razlikuje.[51]

Zaključna razmatranja

Polazeći od zakonskih rešenja pojedinih zemalja u okruženju i pretežno pozitivnih stavova teorije prema ugovornoj odgovornosti za nematerijalnu štetu, mišljenja smo da bi pravo na naknadu nematerijalne štete zbog povrede ugovora trebalo izričito zakonski regulisati u postupku usklađivanja našeg sistema obligacionog prava sa pravilima Evropske unije. Iako bi se odredba čl. 269. važećeg Zakona o obligacionim odnosima verovatno mogla uzeti kao pravni osnov dosuđivanja naknade neimovinske štete kod ugovora, neposredno regulisanje ovog instituta bi zasigurno predupredilo dalje polemike i različita pravna tumačenja, a pre svega bi se otklonio nesklad između teorije i prakse.

Osim toga, subjektivna koncepcija nematerijalne štete koja je karakteriše naš obligaciono-pravni sistem preazilazi potrebe današnjeg vremena. Radi usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Evropske unije, nužno je izmeniti zakonsku formulaciju pojma nematerijalne štete čime bi se krug pravno priznatih oblika nematerijalne štete proširio. Prihvatanje objektivne koncepcije, kao vladajuću u sistemu evropskog ugovornog prava, značilo bi da nematerijalna šteta ne postoji samo u slučaju pretrljenog bola ili straha, već i u slučajevima povrede ličnih prava, nezavisno od posledica same povrede. Samim tim bi se otklonio problem subjektivizma koji se zamera sudovima prilikom odmeravanja visine naknade nematerijalne štete, jer je gotovo nemoguće precizno utvrditi intenzitet pretrpljenog bola oštećenog lica u svakom konkretnom slučaju.

Takođe bi *de lege ferenda* trebalo proširiti krug subjekata koji imaju pravo na naknadu nematerijalne štete i priznati to pravo i pravnim licima. Prava ličnosti koja su definisana brojnim međunarodnim aktima i konvencijama, osim onih koja se tiču bioloških osobina fizičkog lica, pripadaju i pravnim licima (pravo na ugled, čast, slobodu privređivanja i dr.). Priznavanjem prava na naknadu nematerijalne štete pravnim licima pružila bi se sveobuhvatnija zaštita prava ličnosti i išlo ukorak sa međunarodnim tendencijama u ovoj sferi prava.

[51] O. Stanković, *op.cit.,* str. 81- 83.

Tamara Djurdjić, B. A.
The student of doctoral studies, Faculty of law in Kragujevac, Republic of Serbia

NON-MATERIAL DAMAGES IN LEGISLATION OF SOME FORMER YUGOSLAVIA COUNTRIES

Summary

The question of non-material damages has always been the main issue in legal theory and still is the subject of interest in legal doctrine, nowadays. We can come across with different concepts about non-material damages in European countries legislation, which lead to various solutions of some relating legal problems, such as compensation right of legal entities. Compensation right is usually recognized in the field of non-contractual responsibility in most legal systems, but the question whether or not this right is recognized in the field of contractual responsibility still arises. The reason why this question is of great importance in our legislation is that it is very hard to say without any doubt whether or not our legislator recognizes compensation right in the field of contractual responsibility. In that sense, there is a big gap between our theory and judicial practice. Besides, comparative overview of legislation in former Yugoslavia countries about non- material damages is of great importance for upcoming changes in our legislation in the process of harmonization with European Union law. For comparative analyze of regulation of non-material damages, some legal solutions of Montenegro, Slovenia and Croatia are taken into consideration.

Key words: non-material damages, compensation of non-material damages, contractul responsibility, personal rights of legal entities.

Katarina Tasić,
Student doktorskih studija Pravnog fakulteta u Beogradu
Stipendista Ministarstva nauke

ZABLUDA I NJEN ODNOS SA KAUZOM UGOVORA

Apstrakt

Pravni sistemi kojima smo se bavili u okviru ovog rada na gotovo istovetan način regulišu ustanovu zablude, uz manja odstupanja koja su više formalne nego suštinske prirode. Navodeći slučajeve u kojima će zabluda biti bitna najpre ističu kada će zabluda svakako biti bitna, a zatim jednim opštim pravilom predviđaju u kojim će još slučajevima, pored onih koji su navedeni izričito, zabluda biti bitna. Ukoliko postoji bitna zabluda prilikom zaključenja ugovora, doći će do poremećaja kauze ugovora, te će takav ugovor biti rušljiv. Takođe je predviđeno da ugovor neće nastati ukoliko ugovorne strane veruju da su saglasne, a, u stvari, među njima postoji nesporazum o prirodi ugovora ili o predmetu ili o osnovu ugovora (tj. o pravnoj naravi ili drugom bitnom sastojku ugovora) u kom slučaju će doći do odsustva kauze ugovora te će iz tog razloga ugovor biti nepostojeći.

Ključne reči: bitna zabluda, nesporazum, kauza, nepostojeći ugovori, rušljivi ugovori

UVOD

U okviru ovog rada ćemo se najpre baviti ustanovom zablude i načinom na koji je regulisana Zakonom o obligacionim odnosima Srbije, Zakonom o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Zakonom o obveznim odnosima Hrvatske, Zakonom o obligacionim odnosima Crne Gore i Zakonom za obligacionite odnose Makedonije imajući u vidu da su rešenja napred navedenih zakona gotovo istovetna uz manja odstupanja koja ćemo istaći tokom daljeg izlaganja i koja su formalne prirode. Na početku rada ćemo definisati zabludu, a zatim ćemo (obzirom da svi pravni sistemi koje ćemo razmatrati predviđaju zablude – prepreke (nesporazum) usled kojih ugovor neće ni nastati) istaći kada će postojati zablude – prepreke (nesporazum) i do kojih posledica će zablude – prepreke (nesporazum) dovesti. Potom ćemo istaći u kojim će slučajevima, pored onih koji su izričito navedeni, postojati bitna zabluda, pomoću kojih kriterijuma ćemo moći da utvrdimo da je zabluda bitna i na koji način će bitna zabluda uticati na punovažnost ugovora. Pored toga ćemo se osvrnuti i na zablude koje se najčešće ističu u literaturi, a koje zakon ne predviđa. Takođe ćemo pokazati da uvek postoji veza između zablude i

kauze ugovora (posredna ili neposredna) kako kod zabluda – prepreka (nesporazuma) tako i kod bitnih zabluda.

I POJAM ZABLUDE

ruje da postoji nešto što u stvarnosti ne postoji, ili da ne postoji nešto što u stvarnosti postoji.[1] Zabluda je pogrešna predstava pravnog subjekta o relevantnim činjenicama koje su vezane za konkretan ugovor, formirana i održavana u svesti pravnog subjekta bez uticaja drugih lica.[2] Lice u zabludi je samo odgovorno za zabludu, „ netačna slika o stvarnosti je formirana isključivom krivicom tog lica“ [3]. Za razliku od zablude, kod prevare jedna ugovorna strana, ili pod određenim uslovima i treće lice, dovodi ili održava u zabludi drugu ugovornu stranu u nameri da je time navede na zaključenje ugovora, te druga ugovorna strana može zahtevati poništaj ugovora i kada zabluda nije bitna[4] dok kod zablude ugovorna strana koja je u zabludi neće moći da zahteva uvek poništaj ugovora. Da li će i u kojoj meri zabluda uticati na punovažnost ugovora zavisi od „bitnosti zablude“, od bitnosti činjenice o kojoj je zabluda za ugovor, tj. od vrste zablude u konkretnom slučaju. U teoriji se često nabraja više vrsta zablude. Međutim, najpre treba istaći da je svaka zabluda posredno ili neposredno vezana za kauzu ugovora.[5] Pored „zabluda prepreka“, koje su neposredno vezane za kauzu ugovora i zato sprečavaju njegov nastanak, postoje i ostale bitne zablude koje su posredno vezane za kauzu.[6] Naime, kada jedna ugovorna strana izjavi volju u cilju zaključenja ugovora i pristane da prihvati prava i obaveze koja proizilaze iz tog ugovora to čini da bi postigla određeni cilj. Cilj (kauza) njegove obaveze je izvršenje obaveze druge strane. Ukoliko je ugovorna strana bila, u trenutku kada je izjavila volju u cilju zaključenja ugovora i prihvatila prava i obaveze koje proizilaze iz tog ugovora, u zabludi o „relevantnim činjenicama koje su vezane za konkretan ugovor“[7] (npr. ako je ugovorna strana bila u zabludi o bitnim svojstvima predmeta ili u zabludi o ličnosti ukoliko je u pitanju *intuitu personae*) to znači da zaključenjem ugovora neće biti ostvaren ni cilj (kauza) zbog koga je ona stupila u konkretan ugovorni odnos. Najzad, postoje i zablude koje nisu pravno relevantne za ugovorno pravo, jer između takve zablude i obećanja nema kauzalne veze.[8]

[1] Ghestin J, La notion d’ erreur dans la droit positif actuel, Paris, 1963. , str. 1
[2] Antić Oliver, Obligaciono pravo, Beograd 2008. , str..326.
[3] Antić Oliver, navedeno delo, str. 325.
[4] Videti: čl.65.st.1. ZOO Srbije, čl..284.st.1. ZOO Hrvatske, čl.57.st.1. ZOO Makedonije, čl.58.st.1. ZOO Crne Gore, čl.71.st.1. ZOO Bosne I Hercegovine.
[5] Antić Oliver, navedeno delo, str.326.
[6] Antić Oliver, navedeno delo, str.334.
[7] Antić Oliver, navedeno delo, str..325.
[8] Antić Oliver, navedeno delo, str.334.

II NAČIN NA KOJI JE ZABLUDA REGULISANA ZAKONIMA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA POJEDINIH BALKANSKIH DRŽAVA

Ustanova zablude je gotovo na identičan način, uz manja odstupanja koja su više formalne nego suštinske prirode, regulisana Zakonom o obligacionim odnosima Srbije, Zakonom o obligacionim odnosima Bosne i Hercegovine, Zakonom o obveznim odnosima Hrvatske, Zakonom o obligacionim odnosima Crne Gore i Zakonom za obligacionite odnose Makedonije te bismo istakli da napred navedeni zakoni kombinuju rešenja kazuističkog sistema[9] i sistema koji zabludu regulišu na uopšten način[10] i to tako što se najpre navode primeri bitne zablude, a zatim je jednim opštim pravilom predviđeno u kojim će još slučajevima, pored onih koji su navedeni izričito, zabluda biti bitna. Pored toga treba napomenuti da su posebnom odredbom predviđene zablude – prepreke (nesporazum) usled kojih ugovor neće ni nastati.

1.Zablude – prepreke (nesporazum) i njihov odnos sa kauzom ugovora

Kada strane veruju das u saglasne, a u stvari među njima postoji nesporazum o prirodi ugovora ili o osnovu ili o predmetu obaveze, ugovor ne nastaje.[11] Istakli bismo da je Zakonom o obveznim odnosima Hrvatske predviđeno da ugovor neće nastati u situaciji kada ugovorne strane veruju da su saglasne, a u stvari među njima postoji nesporazum o pravnoj naravi (prirodi) ugovora ili o drugom bitnom sastojku ugovora (pod „drugim bitnim sastojkom ugovora“ možemo svakako podvesti kauzu i predmet ugovora) tako da možemo zaključiti da se ovakvo rešenje ne razlikuje suštinski od rešenja ostalih zakona koje razmatramo u okvirima ovog rada.[12] U napred navedeni slučajevima se zaista i radi o nesporazumu jer se stranke nisu sporazumele o jednom od bitnih elemenata ugovora te nisu ispunjeni uslovi iz člana 26. Zakona o obligacionim odnosima, koji predviđa da je ugovor zaključen kada su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora, pa samim tim ni ugovor nije nastao pošto ne postoji saglasnost stranaka o bitnim sastojcima ugovora.[13] I u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima profesorima dr Mihaila Konstantinovića je predviđeno da nema saglasnosti između ugovornika i da je ugovor bez dejstava ako je jedan od ugovornika bio u zabludi o predmetu[14], a da takođe nema saglasnosti i da će ugovor biti bez dejstava ako je jedan od ugovornika bio u zabludi o osnovu[15]. Zabluda (nesporazum) o prirodi ugovora (error in negotio) je razmimoilaženje

[9] Videti: Code civil čl. 1110. st.1. i 2. i Antić Oliver, navedeno delo, str.331.
[10] Videti: Nemački građanski zakonik paragraf 119.
[11] Videti: čl. 63. ZOO Srbije, čl.55. ZOO Makedonije, čl.56. ZOO Crne Gore, čl.69. ZOO Bosne I Hercegovine.
[12] Videti: čl.282. ZOO Hrvatske.
[13] Hiber Dragor, Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora, Beograd 1991.,str.199.
[14] Konstantinović Mihailo, Obligacije I ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama I ugovorima, Beograd 1996, str.48, čl..26.
[15] Konstantinović Mihailo, navedeno delo, str,.50, čl.31. st.4.

namera ugovarača u vezi sa vrstom ugovora[16], npr. jedna ugovorna strana veruje da je reč o ugovoru o zajmu, a druga ugovorna strana da je u pitanju ugovor o poklonu. Zabluda o predmetu ugovora je pogrešna predstava o objektu prestacije[17], npr. kupac kupi večernju haljinu verujući da je u pitanju robna marka „Gucci", a u stvari je u pitanju haljina robne marke „Zara". Zabluda o kauzi se odnosi na netačnu predstavu o postojanju kauze nekog ugovora[18] i vezuje se najčešće za neki od primera neosnovanog bogaćenja npr. jedno lice zaključi ugovor od nepostojećeg rizika.[19] Jedan od slučajeva koji se u engleskoj pravnoj literaturi pominje kao primer zablude o kauzi ugovora je slučaj Bell v Lever brothers Ltd (1932)A. C. 161. HL. U navedenom slučaju je bila podneta tužba za poništaj dva ugovora, zajedno sa zahtevom za povraćaj novca koji je isplaćen na osnovu tih ugovora, koji su bili zaključeni između kompanije i dva direktora te kompanije, kojima su ta dva direktora okončala svoje ugovore o radu u zamenu za isplatu visoke sume novca, kao kompenzaciju. Nakon što je kompanija izvršila isplatu otkrila je da je postojala zakonska mogućnost da kompanija, i bez kompenzacije u novcu, otpusti ta dva direktora zbog kršenja ugovora o radu, a tokom procesa je utvrđeno da direktori nisu prevarom prikrili činjenicu da su prekršili svoje ugovore.[20] U krajnjoj liniji i zabluda o prirodi ugovora i zabluda o predmetu mogu biti svedene na zabludu o kauzi[21] jer će i u jednom i u drugom slučaju postojati zabluda o prestaciji (karakteru prestacije) druge ugovorne strane što je u stvari kauza (cilj) ugovora (kauza (cilj) ugovora je izvršenje prestacije druge ugovorne strane).

1.1. Posledice do kojih će doći usled zabluda - prepreka

Ukoliko dođe do nesporazuma o predmetu ili kauzi ili prirodi ugovora između ugovornih strana, ugovor neće ni nastati pošto se volje ugovornih strana neće „susresti". U ovom slučaju će ugovor biti nepostojeći, a pošto ZOO Srbije (kao ni zakoni ostalih država koje u okviru ovog rada razmatramo) ne predviđa nepostojeće ugovore kao posebnu kategoriju ugovora, primeniće se pravila o apsolutnoj ništavosti.[22] Deklarativnu tužbu (tužbu za utvrđenje) da je ugovor nepostojeći moći će da podnese svako zainteresovano lice, a na tu okolnost će i sud paziti po službenoj dužnosti.[23] Pravo da se zahteva utvrđenje da je ugovor nepostojeći neće se ugasiti protekom vremena.[24] Svaka ugovorna strana će biti obavezna da vrati drugoj ono što

[16] Antić Oliver, navedeno delo, str.326.
[17] Antić Oliver, navedeno delo, str..327.
[18] Perović Slobodan, Obligaciono pravo, Beograd 1986. str.289.
[19] Antić Oliver, navedeno delo, str..329.
[20] Videti: Geoffrey Samuel, Contract law: Cases and materials,London 2007. str.250.
[21]Videti: Hiber Dragor, navedeno delo, str.309. str. 314.
[22] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.333.
[23] Videti: čl.109. st.1.ZOO Srbije, čl.327.st.1.ZOO Hrvatske, čl.101st.1.ZOO Makedonije, čl.107.st.1.ZOO Crne Gore, čl.147. ZOO Bosne I Hercegovine.
[24] Videti: čl.110.ZOO Srbije, čl.328.ZOO Hrvatske, čl.102.ZOO Makedonije, čl.108.ZOO Crne Gore, čl.148. ZOO Bosne I Hercegovine..

je primila po osnovu nepostojećeg ugovora, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu, prema cenama u vreme donošenja sudske odluke ukoliko zakon što drugo ne određuje.[25] „Treba razlikovati jednostranu i dvostranu restituciju. Kod jednostrane restitucije će samo jedna ugovorna strana biti u obavezi da izvrši povraćaj primljenog i to prvenstveno u naturi, a ako je to nemoguće onda u novcu (do jednostrane restitucije će doći kod jednostrano obaveznih ugovora, kada je obavezana strana izvršila svoju obavezu, kao i kod dvostrano obaveznih ugovora ukoliko je samo jedna ugovorna strana izvršila svoju obavezu), a kod dvostrane restitucije svaki ugovornik vraća svom saugovorniku ono što je primio od njega po osnovu ništavog (nepostojećeg) ugovora, a ako je to nemoguće onda tu vrednost izraženu novčanim ekvivalentoma“.[26] „Pored toga, jedna strana može pretrpeti štetu usled neizvršenja ugovornih obaveza. Ali, naknadu tako nastale štete može zahtevati samo savesna stranka tj. ona koja nije znala niti je prema okolnostima mogla znati za ništavost ugovora (tj. da je ugovor nepostojeći). Druga strana, čijom krivicom je došlo do zaključenja ništavog (nepostojećeg) ugovora odnosno do štete, dužna je da ovu u celosti naknadi. Naknada treba da obuhvati onu štetu koju je savesna strana pretrpela zbog neizvršenja ugovora, kao i zbog preduzimanja svih postupaka koji su proizašli iz njenog verovanja da je zaključen punovažan ugovor, a koja dovodi do smanjenja imovine“.[27] Još jedno od spornih pitanja koje se može javiti u slučaju nepostojećih ugovora je šta će se desiti u situaciji kada je jedan od ugovarača predao stvar na osnovu ugovora kojim se prenosi neko stvarno pravo, koju je primio po osnovu nepostojećeg ugovora, nekom trećem licu?[28] Polazeći od principa da niko ne može na drugog preneti više prava nego što sam ima, možemo zaključiti da treći ne može steći pravo pošto je njegov prethodnik držao stvar na osnovu nepostojećeg ugovora, ali ovo pravilo neće uticati na mogućnost da treći stekne stvarno pravo po osnovu sticanja stvarnog prava putem održaja i po osnovu sticanja od nevlasnika.[29]

2. BITNA ZABLUDA I NJEN ODNOS SA KAUZOM UGOVORA

Zabluda je bitna ako se odnosi na bitna svojstva predmeta (s tim što Zakon o obveznim odnosima Hrvatske predviđa da je zabluda bitna I ukoliko se odnosi na predmet ugovora dok je u ostalim zakonima predviđeno da ugovor neće ni nastati ukoliko postoji nesporazum o predmetu obaveze), na lice sa kojim se zaključuje ugovor ako se ugovor zaključuje sa obzirom na to lice kao I na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u

[25] Videti: čl.104.st.1.ZOO Srbije, čl.323. st.1.ZOO Hrvatske, čl.96.st.1.ZOO Makedonije,čl.102.st.1.ZOO Crne Gore, čl.142.st.1.ZOO Bosne I Hercegovine.
[26] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 461.
[27] Videti: Perović Slobodan, navedeno delo, str. 469.
[28] Videti: Perović Slobodan, navedeno delo, str. 469.
[29] Perović Slobodan, navedeno delo, str.469-470.

zabludi inače ne bi zaključila ugovor takve sadržine.[30] Prethodno smo istakli da pravni sistemi koje razmatramo u okviru ovog rada spadaju u pravne sisteme koji regulišu zabludu kombinujući rešenje kazuističkog načina regulisanja zablude i sistema koji zabludu regulišu na uopšten način pa najpre navode koje se zablude smatraju bitnim, a zatim ostavlja sudovima mogućnost da ugovor poništе i zbog drugih okolnosti o kojima je ugovorna strana bila u zabludi, a koje se po običajima u prometu smatraju bitnim.[31]

2.1. Vrste bitnih zabluda

2.1.1. Zabluda o bitnim svojstvima predmeta

Kod zablude o bitnim svojstvima predmeta treba najpre razrešiti pitanje koje su to osobine predmeta koje bi se mogle smatrati bitnim u toj meri da bi jedan ugovor mogao biti poništen ukoliko postoji zabluda o toj osobini. Dugo vremena je bilo zastupljeno objektivno tumačenje bitnosti osobina (npr. ram za sliku nije zlatan već je pozlaćen), tj. bitna svojstva predmeta su se vezivala za „hemijski sastav ili namenski kvalitet objekta prestacije“ [32]. Treba napomenuti da čisto objektivno shvatanje, koje polazi od materije, materijala predmeta prestacije, nije primenjivo na obligacije koje se sastoje u davanju.[33] Sa druge strane, prema subjektivnom shvatanju bitna osobina predmeta je ona koju su ugovornici smatrali bitnom u trenutku zaključenja ugovora, ona koja u potpunosti zavisi od volje ugovornih strana. Prema tom shvatanju svaka osobina može biti bitna. [34] Ukoliko bi se prihvatilo čisto subjektivno shvatanje, bila bi ugrožena pravna sigurnost jer ne postoji neki čvrst kriterijum po kome bi se moglo utvrditi da li je određena osobina predmeta bitna nego bi to zavisilo isključivo od volje ugovornih strana. Neophodna je, dakle, objektivizacija subjektivnog shvatanja koja se može izvršiti na dva načina: pozivanjem na poslobni moral ili običaje u prometu (u ovom slučaju bi došlo do situacije gde se jedan pravni standard, bitne osobine predmeta, tumači drugim prabnim standardom, poslovnim moralom, ili bi se primenila moralna norma, kao supsidijarni izvor prava, čija bi dispozicija morala biti jasna i precizna, tj. morala bi da sadrži pravilo o kriterijumu bitnosti) ili pozivanjem na bazu ugovora, suštinu, logiku same transakcije.[35] A šta je drugo baza ugovora, suština, logika transakcije, nego kauza ugovora? Ovo je još jedan dokaz da je svaka zabluda neposredno ili posredno povezana sa kauzom ugovora. I zaista ako se npr. jedan ugovarač obavezao da preda u svojinu drugome svoj zlatni sat da bi mu saugovarač predao u svojinu svoju narukvicu od belog zlata, a kasnije se ispostavi da

[30] Videti: čl.61.st.1.ZOO Srbije, čl.280.st.1.ZOO Hrvatske, čl.53.st.1.ZOO Makedonije, čl.54.st.1.ZOO Crne Gore, čl.67.ST.1.ZOO Bosne I Hercegovine.
[31] Videti: Hiber Dragor, navedeno delo, str.381.
[32] Antić Oliver, navedeno delo, str. 327.
[33] Hiber Dragor, navedeno delo, str..329.
[34] Hiber Dragor, navedeno delo, str..330.
[35] Hiber Dragor, navedeno delo, str.331., str.333.

je u pitanju srebrna narukvica, nije li u tom slučaju u pitanju „zabluda u pogledu kauze jedne ugovorne strane, jer je ona bila uverena da izvršenjem svoje obaveze dobija upravo ono zbog čega se i sama obavezala“[36]. Takođe je važno istaći da je ova vrsta zablude jako bliska zabludi o predmetu ugovora i postavlja se pitanje ne duguje li predmet kao fenomen (pojava) i kao pojam (apstrakcija) svoj identitet bitnim osobinama.[37]

2.1.2. Zabluda o ličnosti (*error in persona*)

Zabluda o ličnosti (*error in persona*) je bitna zabluda ukoliko se ugovor zaključuje sa obzirom na ličnost ugovornika, tj. kod ugovora *intuitu personae*.[38] Kod ove vrste zablude se može raditi o pogrešnoj predstavi o istovetnosti (identitetu) saugovarača, tj. o fizičkoj ličnosti druge ugovorne strane ili o pogrešnoj predstavi u odnosu na lične kvalitete i osobine ličnosti, tzv. zabluda o svojstvima ličnosti.[39] Međutim ne može se povući oštra granica između zablude o fizičkoj ličnosti i zablude o osobinama ličnosti, npr. „naruči se slika Miloša Šobajića, ali to nije poznati srpski slikar koji živi i radi u Parizu već lice sa istim imenom i prezimenom, ali slikar početnik“[40]. Iako ovde postoji zabluda o identitetu saugovarača ipak određene osobine ličnosti čine taj identitet[41](ugovornik je želeo da zaključi ugovor o delu sa poznatim slikarom upravo zbog njegovog iskustva, zbog toga što je poznati slikar, dakle zbog određenih osobina). Mi ćemo se zbog toga u daljem izlaganju detaljnije baviti zabludom o osobinama ličnosti. Zabluda o osobinama ličnosti je uvek relevantna u dobročinim ugovorima.[42] Međutim, zabluda o osobinama ličnosti može izazvati zabunu kod dobročinih ugovora, jer ukoliko je npr. zaključen poklon iz zahvalnosti licu, čiji je identitet za poklonodavca nesporan, zato što se pogrešno veruje da se tom licu duguje zahvalnost, teško je tvrditi da se tu radi o zabludi o osobini ličnosti, motiv je taj koji je pogrešno identifikovan.[43] Treba istaći da postoji povezanost između zablude o ličnosti i zablude o motivima kod dobročinih ugovora, npr. ukoliko poklonodavac odluči da učini poklon svom bliskom prijatelju, da bi na taj način iskazao svoju naklonost prema njemu (motiv), zato što veruje da mu je bio odan prijatelj (osobina ličnosti) dugo godina. Naime, ukoliko se pokaže da je poklonodavac bio u zabludi u pogledu osobina ličnosti poklonoprimca (pokaže se da poklonoprimac nije bio odan prijatelj) postojaće i zabluda o motivu (poklonodavac ne bi učinio poklon iz naklonosti da je znao da mu poklonoprimac nije bio odan).

[36] Antić Oliver, navedeno delo, str.327.
[37] Hiber Dragor, navedeno delo, str.335.
[38] Videti: čl.61.st.1. ZOO Srbije, čl.280.st.1. ZOO Hrvatske, čl.53.st.1 ZOO Makedonije, čl.54.st.1. ZOO Crne Gore, čl.67.ST.1. ZOO Bosne I Hercegovine.
[39] Antić Oliver, navedeno delo, str. 326.
[40] Antić Oliver, navedeno delo, str.326.
[41] Slično: „ Ne duguje li predmet kao fenomen i kao pojam svoj identitet bitnim osobinama“ - Hiber Dragor, navedeno delo, str..335.
[42] Antić Oliver, navedeno delo, str.326.
[43] Hiber Dragor, navedeno delo, str.347.

Identitet ili osobina ličnosti je pokrenula motivacioni mehanizam.[44] I između zablude o ličnosti kod dobročinih ugovora i kauze ugovora postoji veza „posredstvom" motiva koji kod dobročinih ugovora ulaze u polje kauze. U teretnim ugovorima je zabluda, po pravilu, pravno irelevantna, a relevantna je u tzv. naslednopravnim ugovorima (npr. kod ugovora o doživotnom izdržavanju), u ugovoru o nalogu, u nekim ugovorima o delu i sl.[45] Može se zaključiti da će kod ugovora o doživotnom izdržavanju ili kod ugovora o nalogu između saugovarača postojati poseban odnos poverenja, a da bi postojala zabluda o osobinama ličnosti potrebno je da su „naklonost ili poverenje zasnovani na pogrešnoj predstavi o postojanju neke osobine ili okolnosti u vezi sa ličnošću saugovornika"[46]. I kod zablude u pogledu osobina ličnosti kod teretnih ugovora postoji veza sa kauzom ugovora. Npr. ukoliko jedan primalac izdržavanja zaključi ugovor o doživotnom izdržavanju sa davaocem izdržavanja za koga veruje da je pažljiv, požrtvovan i lojalan, on će prihvatiti obavezu da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese svojina tačno određenih stvari ili kakvih drugih prava da bi ga davalac izdržavanja, kao naknadu za to, izdržavao i da bi se brinuo o njemu do kraja njegovog života i da bi ga posle smrti sahranio[47], ali obzirom da je u pitanju poseban odnos bliskosti i poverenja primaocu izdržavanja je bitno da davalac izdržavanja bude zaista i pažljiv, lojalan i požrtvovan, pa možemo reći da se primalac izdržavanja obavezuje da bi ga pažljiv, lojalan i požrtvovan davalac izdržavanja izdržavao i brinuo se o njemu do kraja njegovog života i da bi ga posle smrti sahranio (kauza ugovora) te će primalac izdržavanja, ukoliko postoji zabluda o osobinama ličnosti davaoca izdržavanja (obzirom da nije ostvaren cilj zbog koga je zaključio ugovor), imati pravo da traži poništaj ugovora.

2.1.3. Ostali slučajevi bitne zablude

Zabluda je takođe bitna ako se odnosi na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi inače ne bi zaključila ugovor takve sadržine. [48] Smatra se da su ovi uslovi bitnosti zablude koje zakonodavac postavlja formalne prirode, da se radi o pravnim standardima te da pravi kriterijum tek treba pronaći.[49] Ostavljajući po strani dobročine ugovore „kod kojih, umesto naknade i principa ekvivalencije, dominira *animus donandi*, motivi koji ga čine (treba napomenuti da motivi kod dobročinih ugovora ulaze u polje kauze ugovora), te takav ugovor treba podvrgnuti moralnim načelima"[50], može se zaključiti da „kod ugovora sa naknadom princip naknade, oličen u načelu ekvivalencije, nužno

[44] Hiber Dragor, navedeno delo, str..348.
[45] Antić Oliver, navedeno delo, str.326.
[46] Hiber Dragor, navedeno delo, str.342.
[47] Čl. 194. st. 1.Zakona o nasleđivanju Srbije.
[48] Videti: čl.61.st.1. ZOO Srbije, čl.280.st.1. ZOO Hrvatske, čl.53.st.1. ZOO Makedonije, čl.54.st.1. ZOO Crne Gore, čl.67.st.1. ZOO Bosne I Hercegovine.
[49] Hiber Dragor, navedeno delo, str.394.
[50] Hiber Dragor, navedeno delo, str.524.

vrši odlučujući uticaj i na ustanovu zablude, te će zabluda biti bitna zato što je kao njena posledica nastupila (i) povreda ekvivalencije.“[51] Na kraju, treba postaviti pitanje da li će biti ostvaren cilj (kauza) ugovora ukoliko dođe do povrede ekvivalencije? Jedna ugovorna strana se, u teretnom ugovoru, obavezuje da bi njen saugovarač izvršio svoju obavezu koja će biti približno jednake vrednosti kao njegova obaveza te ukoliko izostane ekvivalencija između obaveza ugovornih strana, tj. ukoliko jedna ugovorna strana primi znatno manje nego što je dala, neće biti ostvarena ni kauza (cilj) te obaveze.

2.1.4. Zabluda o pobudi kod ugovora bez naknade

Kod ugovora bez naknade bitnom zabludom se smatra i zabluda o pobudi koja je bila odlučna za preuzimanje ugovora, [52] npr. otac pokloni svom sinu stan da bi ga podstakao da završi fakultet (motiv), ne znajući da je neposredno pre toga njegov sin napustio fakultet i počeo da radi. Kao što je ranije napomenuto, kod dobročinih ugovora motiv ulazi u polje kauze, a od kauze ugovora zavisi sudbina ugovorne obligacije.[53] „Motivi su jedna psihološka kategorija koju pravo prihvata kao takvu i koju je verovatno nemoguće definisati na način koji zahteva pretpostavljena egzaknost prava. Radi se o složenom procesu nastajanja i identifikovanja potreba i sredstava za njihovo zadovoljenje. Izvršenje ugovora od strane saugovornika se pojavljuje kao jedno od njih.[54] Naravno, i kod ove vrste zablude neće biti uzeta u obzir svaka pobuda već samo ona koja je bila odlučna za preuzimanje ugovora. Međutim, i kod teretnih ugovora će zabluda o motivu biti pravno relevantna, ali samo ukoliko je „apsorbovana“ nekim drugim tipom zablude tj. „ako se okolnost koja predstavlja pobudu podudara sa nekim elementom ugovora u odnosu na koji je zabluda bitna ili ako se pobuda može podvesti pod slučaj bitne zablude nezavisno od okolnosti o kojoj kriva predstava postoji kao i u slučaju da je ono što predstavlja pobudu ugovoreno kao uslov.“[55]

2.1.5. Zabluda o pravu

Zabluda o pravu je jedna od zabluda koja se u teoriji često ističe..[56] Ova vrsta zablude proizilazi iz nepoznavanja propisa npr. lice kupi revolver i potom ode u policiju da ga registruje, ne znajući da je prethodno, pre zaključenja ugovora o kupoprodaji, moralo da pribavi dozvolu za nabavku oružija, a tek potom da traži

[51] Hiber Dragor, navedeno delo, str.516.
[52] Videti: čl.62. ZOO Srbije, čl.281. ZOO Hrvatske, čl.54. ZOO Makedonije, čl.55. ZOO Crne Gore, čl.68. ZOO Bosne I Hercegovine.
[53] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.328.
[54] Hiber Dragor, navedeno delo, str.351.
[55] Hiber Dragor, navedeno delo, str.359.
[56] Videti: član 210. Mađarskog građanskog zakona.

odobrenje za držanje ili nošenje oružija[57] ili je moguće da dođe do ove vrste zabluda kada je „pravni stručnjak“ postupajući u krugu svoje nadležnosti, u zajedničkom prisustvu obe stranke, dao strankama očigledno pogrešno obaveštenje u pogledu sadržine pravnih propisa[58] Kod ove vrste zablude se, sa jedne strane, može primeniti odredba Zakona o obligacionim odnosima da je zabluda bitna ako se odnosi na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi inače ne bi zaključila ugovor takve sadržine.[59] Međutim, sa druge strane, se može tvrditi da ovakva zabluda ne može dovesti do poništenja ugovora pozivajući se na „maksimu *Nemo legem ignorare censetur* – nikome neznanje prava ne može pomoći kao i na maksimu *ignorantio legis nocet* tj. neznanje zakona škodi.[60] U ovom slučaju treba biti oprezan u utvrđivanju mere opreza koja se očekuje od ugovornika u odnosu na pravna pitanja jer, iako se danas može pretpostaviti da ni onaj ko ima pravno obrazovanje, ne poznaje sve norme koje u društvu postoje, može se očekivati da se obavesti o onima koje se tiču ugovora koji zaključuje.[61] Možda bi trebalo prihvatiti rešenje da će ova zabluda biti izvinjavajuća samo ukoliko je ugovorna strana potražila pomoć pravnog stručnjaka pa je on dao pogrešno tumačenje prava.[62]

2.1.6. Zabluda o činjenicama

Zabluda o činjenicama je zabluda u pogledu stvarnog, faktičkog stanja pa se u vezi sa ovom vrstom zablude daje primer da ugovorna strana koja je u zabludi misli da je lice sa kojim zaključuje ugovor punoletno, a ono je maloletno.[63] I u ovom slučaju će se bitnost zablude ceniti prema kriterijumu koji postavlja član 61. Zakona o obligacionim odnosima da je zabluda bitna ako se odnosi na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri stranaka smatraju odlučnim, a strana koja je u zabludi inače ne bi zaključila ugovor takve sadržine.[64]

2.1.7. Zabluda zbog netačnog prenosa volja

Do zablude zbog netačnog prenosa volja može doći ukoliko se ugovor zaključuje između odsutnih ugovornih strana, npr. putem telegrama u situaciji kada je kupac hteo da kupi jednu umetničku sliku, a usled netačnog prenosa volje prodavac

[57] Антић Оливер, наведено дело, стр.329.
[58] Perović Slobodan, navedeno delo, str.298.
[59] Videti: čl.61.st.1. ZOO Srbije, čl.280.st.1. ZOO Hrvatske, čl.53.st.1. ZOO Makedonije, čl.54.st.1. ZOO Crne Gore, čl.67.st.1. ZOO Bosne I Hercegovine.
[60] Hiber Dragor, navedeno delo, str.399.
[61] Hiber Dragor, navedeno delo, str.403.
[62] Videti: član 210. Mađarskog građanskog zakona., Perović Slobodan, navedeno delo, str.298.
[63] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.330.
[64] Videti: čl.61.st.1. ZOO Srbije, čl.280.st.1. ZOO Hrvatske, čl.53.st.1. ZOO Makedonije, čl.54.st.1. ZOO Crne Gore, čl.67.st.1. ZOO Bosne I Hercegovine.

misli da kupuje drugu sliku te zbog pogrešnog prenosa volje „može doći do čitavog niza zabluda“[65]. Na ovu vrstu zablude će se primeniti pravila kao da je volja neposredno izjavljena s tim što će se postaviti i pitanje naknade prouzrokovane štete lica koje je odgovorno za netačan prenos volje.[66]

2.1.8. Zabluda o računskom podatku

Zabluda o računskom podatku se odnosi, pored grešaka u pisanju brojeva, i na pogrešno pisanje pojedinih reči, pa se smatra da je adekvatniji naziv za ovu vrstu zablude „zabluda usled tehničke greške“.[67] Međutim, do ove zablude između ugovornih strana može doći samo usled netačnog prenosa volje te se u tom slučaju ona može svesti na zabludu zbog netačnog prenosa volje.[68] Ukoliko nije u pitanju zabluda zbog netačnog prenosa volje, ova zabluda ne može neposredno pogoditi ugovarače jer ukoliko i dođe do tehničke greške ugovorne strane znaju o čemu su postigle saglasnost, te u zabludi mogu biti samo treća savesna lica te će se u tom slučaju postaviti pitanje odgovornosti za štetu koju su pretrpela treća savesna lica.[69]

2.1.9. Zabluda o vrednosti

Zabluda o vrednosti je zabluda o vrednosti kontraprestacije ili sopstvene prestacije.[70] Članom 24 švajcarskog Zakonika o oblicacijama je predviđeno da će zabluda biti bitna kada je strana koja je u zabludi obećala činidbu znatno većeg obima ili je pristala na činidbu znatno manjeg obima nego što je to ona stvarno htela.[71] U pravnim sistemima koje razmatramo u okviru ovog članka zabluda o vrednosti nije izričito predviđena, ali je ustanova prekomernog oštećenja tako koncipirana da se može zaključiti da je neophodno da, pored očigledne nesrazmere između prestacija ugovornih strana u vreme zaključenja ugovora, ugovorna strana koja zahteva poništenje ugovora bude u zabludi u pogledu vrednosti[72], tj. da u trenutku zaključenja ugovora za pravu vrednost stvari nije znala niti je morala znati.[73] Na prekomerno oštećenje će moći da se pozove ugovorna strana u dvostranoobaveznom, odnosno teretnom ugovoru zato što u ovim ugovorima kauza diktira neposrdnu obavezu ugovarača da pruže odgovarajuću, uravnoteženu protivprestaciju, te ukoliko protivprestacija padne ispod određenog razlomka ili određenog pravnog standarda,

[65] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.330.
[66] Videti: Perović Slobodan, navedeno delo, str.297.
[67] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.331.
[68] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.331.
[69] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.331.
[70] Hiber Dragor, navedeno delo, str.360.
[71] Videti: čl. 24. švajcarskog Zakonika o obligacijam, Perović Slobodan, navedeno delo, str. 290.
[72] Videti:Dalem, Perović Slobodan, navedeno delo, str. 408.
[73] Videti: čl.139.st.1. ZOO Srbije, čl. 375.st.1. ZOO Hrvatske, čl.128.st.1. ZOO Makedonije,čl.134.st.1. ZOO Crne Gore, čl.182.st.1. ZOO Bosne I Hercegovine i Hiber Dragor, navedeno delo, str. 399.

tako da se može smatrati da je jedna strana prekomerno oštećena, to znači da je suprotna strana, prekomerno, odnosno neosnovano obogaćena.[74] Da bi postojalo prekomerno oštećenje, pored uslova da je u pitanju dvostranoobavezni, teretan ugovor, potrebno je i da je između prestacija ugovornih strana postojala, u vreme zaključenja ugovora, očigledna nesrazmera (ovde je u pitanju pravni standard) kao i da postoji zabluda o vrednosti oštećene strane.[75] Dakle, ustanova prekomernog oštećenja je tako koncipirana da bez zablude nema lezije, tj. ukoliko se ne radi o nekim posebnim ustanovama (prevara, pretnja, zelenaški ugovor), do nejednakosti davanja će doći ili zbog zablude ili se radi o postojanju *animus donandi-ja*, a sa druge strane nije li postojanje oštećenja najsigurniji način da se utvrdi da li u konkretnom slučaju postoji bitna zabluda ili ne (a ne samo zabluda o vrednosti).[76] Ugovor može ostati na snazi ukoliko druga ugovorna strana ponudi dopunu do prave vrednosti i na taj način otkloni nesrazmeru između prestacija ugovornih strana.[77] Pravo da se zahteva poništenje ugovora zbog prekomernog oštećenja prestaje istekom jedne godine od njegovog zaključenja (objektivni rok)[78] za razliku od zablude gde postoji i subjektivni i objektivni rok.[79]

2.2. Posledice do kojih će doći usled postojanja bitnih zabluda prilikom zaključenja ugovora

Strana koja je bila u zabludi prilikom zaključenja ugovora može tražiti poništaj ugovora zbog bitne zablude, osim ako pri zaključenju ugovora nije postupala sa pažnjom koja se u prometu zahteva (u Zakonu o obveznim odnosima Hrvatske se ne navodi da strana koja nije postupala sa pažnjom koja se u prometu zahteva ne može tražiti poništaj ugovora zbog bitne zablude).[80] Pažnja koja se u prometu zahteva predstavlja pravni standard te će se pravo ugovorne strane da traži poništaj ugovora ceniti u zavisnosti od konkretnih okolnosti (npr. uzrast, obrazovanje, iskustvo, stručnost ugovarača).[81]

U slučaju da dođe do poništaja ugovora zbog zablude, druga savesna strana ima pravo da traži naknadu pretrpljene štete bez obzira na to što ugovorna strana koja je u

[74] Antić Oliver, navedeno delo, str.407-408.
[75] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.408-409.
[76] Hiber Dragor, navedeno delo, str.372.
[77] Videti: čl.139.st.4. ZOO Srbije, čl.375.st.4. ZOO Hrvatske, čl.128.ст.4. ZOO Makedonije, čl.134.st.5. ZOO Crne Gore, čl.182ст.4. ZOO Bosne I Hercegovine.
[78] Videti: čl.139.ст.2. ZOO Srbije, čl.375.st.2. ZOO Hrvatske, čl.128.st.2. ZOO Makedonije, čl.134.st.2. ZOO Crne Gore, čl.182.ст.2. ZOO Bosne I Hercegovine.
[79] Videti: čl.117. ZOO Srbije, čl.335. ZOO Hrvatske, čl.109. ZOO Makedonije, čl.115. ZOO Crne Gore, čl.1. ZOO Bosne I Hercegovine.
[80] Videti: čl.61.st.2. ZOO Srbije, čl.280ст.2. ZOO Hrvatske, čl.53.st.2. ZOO Makedonije,čl.54.st.2. ZOO Crne Gore, čl.67.st.2. ZOO Bosne I Hercegovine.
[81] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.332.

zabludi nije kriva za svoju zabludu.[82] Kod zablude druga ugovorna strana uvek mora biti savesna jer ako jedna ugovorna strana izazove zabludu kod druge strane ili je održava u zabludi u nameri da je time navede na zaključenje ugovora, postojaće prevara, a ne zabluda.[83] Druga ugovorna strana će imati pravo da traži naknadu štete od strane koja je tražila poništaj ugovora zbog zablude iako ova nije kriva za svoju zabludu. U ovom slučaju će prevagu odneti interesi savesne ugovorne strane iako je ugovorna strana koja je u zabludi postupala sa pažnjom koja se u prometu zahteva. Ovakvo rešenje je pravično iako nema krivice ni jedne ni druge ugovorne strane ipak ugovorna strana koja je u zabludi snosi odgovornost za zabludu jer je postupala sa pažnjom koja se u prometu zahteva, ali možda je u konkretnom slučaju bilo potrebno da postupa sa većom pažnjom od one koja se u prometu zahteva, dok kod druge strane ne postoji nikakva odgovornost za zabludu. Pored toga, i članom 115. Zakona o obligacionim odnosima je predviđeno da je ugovarač na čijoj je strani uzrok rušljivosti odgovoran svom saugovaraču za štetu koju trpi zbog poništenja ugovora, ako ovaj nije znao niti je morao znati za uzrok rušljivosti ugovora.

Strana koja je bila u zabludi ne može se na nju pozvati ako je druga strana spremna da izvrši ugovor kao da zablude nije bilo.[84] Naime, kao što smo istakli bitna zabluda kod teretnih ugovora je ona koja „ dovodi do povrede ekvivalencije.“[85] Ukoliko je druga ugovorna strana spremna da izvrši ugovor kao da zablude nije bilo i da time otkloni povredu ekvivalencije onda ne bi imalo svrhe poništiti takav ugovor zbog zablude. Ugovorna strana koja je bila u zabludi bi zloupotrebila svoje pravo ukoliko bi tražila poništaj ugovora iako je druga ugovorna strana spremna da izvrši obavezu kao da zablude nije bilo. Dakle ovo rešenje je inspirisano kako načelom savesnosti i poštenja, tako i načelom zabrane zloupotrebe prava, koje derivira iz načela savesnosti i poštenja[86], a koje predviđa da je zabranjeno vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.[87]

Zabluda lica preko kojeg je strana izjavila svoju volju smatra se isto kao i zabluda u vlastitom izjavljivanju volje.[88] Ukoliko je zastupnik jedne ugovorne strane bio u zabludi prilikom zaključenja ugovora, u ime zastupanog, to će dovesti do istih posledica kao da je ugovorna strana, koja je ugovor zaključila preko zastupnika, bila u zabludi.

---

[82] Videti: čl.61.st3. ZOO Srbije, čl.280.st.3. ZOO Hrvatske, čl.53.st.3. ZOO Makedonije, čl.54.st.3. ZOO Crne Gore, čl.67.st.3. ZOO Bosne i Hercegovine.

[83] Videti: čl.65.st.1 .ZOO Srbije, čl.284.st.1. ZOO Hrvatske, čl.57.st.1. ZOO Makedonije, čl.58.st.1. ZOO Crne Gore, čl.71.ст.1. ZOO Bosne I Hercegovine.

[84] Videti: čl.61st.4. ZOO Srbije, čl.280.st.3. ZOO Hrvatske, čl.53.ст.4. ZOO Makedonije,čl.54.ст.4. ZOO Crne Gore, čl.67.st.4. ZOO Bosne i Hercegovine.

[85] Hiber Dragor, navedeno delo, str.516.

[86] Videti: Antić Oliver, navedeno delo, str.332.

[87] Videti:čl.13. Zakon o obligacionim odnosima.

[88] Videti: čl.64. ZOO Srbije, čl.283. ZOO Hrvatske, čl.56. ZOO Makedonije, čl.57. ZOO Crne Gore, čl.70. ZOO Bosne I Hercegovine.

Ugovor koji je bio zaključen u zabludi, biće rušljiv (osim u slučaju da postoji neka od zabluda – prepreka kada ugovor neće ni nastati). Za razliku od ništavih ugovora, rušljivi ugovori su oni koji proizvode pravna dejstva, ali koji mogu biti poništeni u predviđenom roku na zahtev zakonom određenih lica i to zbog nedostataka kojima se u prvom redu vređaju pojedinačni interesi.[89] Ugovorna strana koja je bila u zabludi može tražiti da se ugovor poništi[90],“ a pravo da traži poništenje ugovora može zahtevati i univerzalni naslednik lica koje je bilo u zabludi kao i neko treće lice koje ima pravni interes da se ugovor poništi npr. poverilac lica koje je bilo u zabludi“[91]. Pravo da se traži poništaj ugovora prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za zabludu (subjektivni rok), a najkasnije istekom roka od tri godine od dana zaključenja ugovora (objektivni rok).[92] Saugovarač ugovorne strane koja je bila u zabludi može od nje tražiti da se u određenom roku, koji ne može biti kraći od 30 dana, izjasni da li ostaje pri ugovoru ili ne, a ukoliko se pozvana ugovorna strana u ostavljenom roku ne izjasni ili ako izjavi da ne ostaje pri ugovoru, smatraće se da je ugovor poništen.[93] Presuda kojom se ustanovljava zabluda će imati konstitutivno dejstvo, a ukoliko se tužba za poništenje rušljivog ugovora ne podigne u zakonu predviđenom roku, ugovor će proizvoditi pravna dejstva od momenta njegovog zaključenja.[94] Ako je na osnovu ugovora, koji je zaključen u zabludi, nešto bilo ispunjeno, ima se izvršiti vraćanje, a ukoliko to nije moguće, ili se priroda onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu i to prema cenama u vreme vraćanja, odnosno donošenja sudske odluke.[95] I kod bitne zablude će poništenje ugovora delovati retroaktivno tj. ugovor neće proizvoditi dejstva od trenutka zaključenja, ali se smatra da se ugovorne strane mogu sporazumeti da poništeni ugovor neće proizvoditi pravna dejstva samo za ubuduće.[96] „I kod zablude može doći do jednostrane i dvostrane restitucije. Do jednostrane restitucije će doći kod jednostrano obaveznih ugovora, kada je obavezna strana izvršila svoju obavezu, kao i kod dvostrano obaveznih ugovora ukoliko je samo jedna ugovorna strana izvršila svoju obavezu, i u tom slučaju će samo jedna ugovorna strana biti u obavezi da izvrši povraćaj primljenog i to prvenstveno u naturi, a ako je to nemoguće onda u novcu. Ukoliko je u pitanju dvostrano obavezni ugovor i ukoliko su obe strane izvršile svoju obavezu svaki ugovornik će biti u obavezi da vrati svom saugovorniku ono što je primio od njega po osnovu rušljivog ugovora koji je poništen, a ako je to

[89] Marković L, Građansko pravo, I knjiga, Opšti deo I stvarno pravo, Beograd 1912., str. 204., citirao: Perović Slobodan, navedeno delo, str. 470.
[90] Videti: čl.112.ст.1. ZOO Srbije, čl.331.st.1. ZOO Hrvatske, čl.104.st.1. ZOO Makedonije, čl.110.st.1. ZOO Crne Gore, čl.150.st.1. ZOO Bosne I Hercegovine.
[91] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 472.
[92] Videti: čl.117. ZOO Srbije, čl. 335. ZOO Hrvatske, čl.109. ZOO Makedonije, čl.115. ZOO Crne Gore, čl.1. ZOO Bosne I Hecegovine..
[93] Videti: čl.112.st.2.i 3. ZOO Srbije, čl.331.ст.2.i 3. ZOO Hrvatske, čl.104.st.2.i 3. ZOO Makedonije, čl.110.st.2.i 3. ZOO Crne Gore, čl.150.st.2.i 3. ZOO Bosne I Hercegovine.
[94] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 470.
[95] Videti: čl.113. ZOO Srbije, čl.332. ZOO Hrvatske, čl.105. ZOO Makedonije, čl.111. ZOO Crne Gore, čl.151. ZOO Bosne I Hercegovine.
[96] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 473.

nemoguće onda tu vrednost izraženu novčanim ekvivalentom."[97] U slučaju da dođe do poništaja ugovora zbog zablude, druga ugovorna strana ima pravo da traži naknadu štete bez obzira na to što ugovorna strana koja je u zabludi nije kriva za svoju zabludu.[98] Naknada štete treba da postavi savesnog ugovarača u onaj položaj u kome bi bio da je ugovor bio izvršen na način, u mestu i u vreme kako je to bilo predviđeno (pozitivni ugovorni interes).[99] Što se tiče trećih lica koja su na osnovu rušljivog ugovora stekla neko pravo treba istaći da će u tom slučaju biti primenjen princip da niko na drugog ne može preneti više prava nego što i sam ima, ali ovo pravilo neće uticati na mogućnost da treći stekne stvarno pravo po osnovu sticanja stvarnog prava putem održaja i po osnovu sticanja od nevlasnika.[100]

ZAKLJUČAK

Kao što smo već istakli, svi pravni sistemi kojima smo se bavili kombinuju rešena kazuističkog sistema i sistema koji zabludu regulišu na uopšteni način te najpre navode kada će zabluda svakako biti bitna, a zatim jednim opštim pravilom predviđaju u kojim će još slučajevima, pored onih koji su navedeni izričito, zabluda biti bitna. Pored toga, u svm ovim zakonima, su posebnom odredbom predviđene zablude – prepreke (nesporazum) usled kojih ugovor neće ni nastati.

Svaka od ovih zabluda je posredno ili neposredno povezana sa kauzom ugovora pa će i posledice, do kojih će različite vrste zabluda dovesti, biti različite (neki od ugovora će biti nepostojeći, neki rušljivi) što zavisi, u krajnjoj liniji od stepena uticaja zablude na volju saugovarača, a posredno i od stepena uticaja zablude na kauzu ugovora.

Izjavljujući volju za zaključenje ugovora ugovorna strana izražava nameru da prihvati odgovarajuća prava i obaveze koja proizvodi taj ugovor, a to čini iz određenog razloga, da bi postigla odgovarajući cilj (kauza). Ukoliko postoji zabluda prilikom zaključenja ugovora to će dovesti i do poremećaja (bitna zabluda) ili odsustva kauze (zablude – prepreke) što će uticati i na punovažnost ugovora te će takav ugovor biti rušljiv ili nepostojeći.

[97] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 461.
[98] Videti: čl.61.st3. ZOO Srbije, čl.280.st.3. ZOO Hrvatske, čl.53.st.3. ZOO Makedonije, čl.54.st.3. ZOO Crne Gore, čl.67.st.3. ZOO Bosne I Hercegovine.
[99] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 475.
[100] Perović Slobodan, navedeno delo, str. 475.

Katarina Tasić,
Student of doctors studies at the Faculty of Law, Belgrade

MISTAKE AND ITS RELATION TO THE CONTRACT CAUSE

Summary

The Legal systems we dealt with within this work in, practically, identical way, regulate the institution of mistake, with small aberrations that are more of formal than of fundamental nature. Stating the cases in which mistake would be of a vital importance, it is firstly stated that mistake would be definitely essential, and then, by stating one basic rule, it is predicted in which cases, beside those that are clearly stated, mistake would be essential. If there is an essential mistake on the occasion of signing the contract, it will lead to the disturbance of contract cause, hence the contract would be voidable. It is as well anticipated by all the laws we dealt with within this work, that the contract will not be signed unless contractual parties believe that they are concurrent, but, in fact, there is a misunderstanding about the nature of agreemen (contract) or about the cause or the grounds of the contract (i.e. about the nature of the law or any other important part of the contract), in which case the cause will be omissioned and, for that reason, contract will be void.

Key words: essential mistake, misunderstanding, cause, voidable contract, void contract

Mladen Tišma,
student treće godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

OSAMNAEST GODINA USTAVA REPUBLIKE SRPSKE

Apstrakt

U članku se razmatra osamnaestogodišnja primena Ustava Republike Srpske i njegov razvoj u tom periodu. Ustav Republike Srpske donet je u specifičnim istorijskim (međunarodnim, političkim i drugim) okolnostima sa ciljem pravnog uređenja jedne tek nastajuće države, a danas entiteta u jednoj veoma složenoj državnoj organizaciji. U tom osnovnom zadatku ovaj akt je uspeo dobivši svoju potvrdu u Opštem okvirnom sporazumu o miru i Ustavu Bosne i Hercegovine, koji je aneks tog sporazuma. Pomenuto okruženje, kao i kratak period vremena koji je protekao od proglašenja Republike do njegovog donošenja uticali su da njegovi pisci sa jedne strane pokušaju da se otrgnu uticajima prethodne ustavnosti, a da oslonac za pisanje novog Ustava pronađu u nekim savrenenim ustavima, uključiv i neke osnovne zakone jugoslovenskih republika. Iako je takav pristup uveliko olakšao i ubrzao donošenje Ustava, ubrzo se pokazalo da istovremeno nije uvažavao stalne promene u političkom i međunarodnom položaju i okruženju Republike Srpske, koja se u međuvremenu našla u krvavom građanskom ratu na tlu bivše Bosne i Hercegovine, kao i niz problema u izgradnji sopstvenog pravnog sistema. To je doprinelo da se odstupi od mnogih rešenja prvobitnog teksta i dovelo do niza ustavnih revizija. Nakon rata, pozicija Republike Srpske u okviru Bosne i Hercegovine, kao i nezaobilazna uloga stranih faktora, oličenih u instituciji visokog predstavnika postaju faktori u ustavnom razvoju Srpske. U radu se poseban akcenat stavlja na brojne izmene i dopune, amandmane kao izabrani vid revizione tehnike, promene u tumačenju pojedinih odredbi i odavno postavljeno pitanje o potrebi donošenja novog ustava, kojim bi se zaokružio osamnaestogodišnji razvoj Srpske.

Ključne reči: ustav, amandman, političke institucije, entitet, složena država

Iako se osamnaest godina u životu jednog ustava, a pogotovo jedne države ne čini velikim vremenskim periodom jer države se stvaraju za večnost[1] na prostorima Balkana, u osamnaest godina može se smeniti i po nekoliko država na jednoj teritoriji. Pre osamnaest godina bivšu SFRJ zamenila je Savezna Republika Jugoslavija, nju Srbija i Crna Gora, a ovu Republika Srbija. Istovremeno, u drugom delu bivše Jugoslavije stvorena je Republika Srpska, danas entitet Bosne i Hercegovine.

[1] K. Čavoški, Zgaženi ustav, Beograd 2003, str. 253.

I ISTORIJSKI KONTEKST

Republika Srpska nastala je u vrtlogu raspada bivše SFRJ započetog otcepljenjem Republike Slovenije i Republike Hrvatske. Ubrzo je usledilo proglašenje nezavisnosti Republike Makedonije, a isti rasplet očekivan je i u Socijalističkoj Republici Bosni i Hercegovini.

Prvi korak u stvaranju Republike Srpske bila je odluka srpskih poslanika u Skupštini SR BiH da obrazuju Skupštinu srpskog naroda u Bosni i Hercegovini oktobra 1991. godine. Ta Skupština će 9. januara 1992. deklaracijom proglasiti Republiku Srpskog Naroda Bosne i Hercegovine.[2]

Sa druge strane, secesionistički procesi doživeli su svoj vrhunac proglašenjem nezavisnosti Bosne i Hercegovine, ostvarenu donošenjem niza protivustavnih akata. Taj proces rušenja Ustava Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine kulminirao je donošenjem tzv. Ustava Republike Bosne i Hercegovine od strane „krnjeg" Predsedništva 24. februara 1993. godine.[3] Donošenje Ustava Republike Bosne i Hercegovine zvanično je predstavljeno kao utvrđivanje prečišćenog teksta republičkog Ustava od 1974.[4] Međutim, suprotno izričitoj odredbi Ustava SR BiH da se ustavna revizija može vršiti samo u formi ustavnog zakona ili ustavnog amandmana,[5] taj tekst obuhvatio je niz uredbi, poput one o promeni naziva Republike[6], oružanim snagama[7] i sl. Danas se, čak i u delu bosanskohercegovačke ustavnopravne književnosti,[8] ističe da je to poslednji legalni i legitimni ustav u zemlji na koji se treba vratiti, zanemarujući činjenicu da je iste godine Ustavni sud BiH taj tekst proglasio neustavnim.[9] Suprotno toj odluci, nastavilo se sa primenom istog, pa je na osnovu njega 1995. godine donesen Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava RBiH,[10] kojim je bošnjačkoj delegaciji stvoren „ustavni" osnov za prihvatanje Ustava Bosne i Hercegovine, iz Aneksa 4 Opšteg okvirnog sporazuma za mir („Dejtonski sporazum"). Istovremeno, na teritorijama pod kontrolom hrvatskih snaga obrazovana je Herceg-Bosna, prvo kao Hrvatska zajednica – politička, kulturna,

[2] Deklaracija je objavljena u „Službenom glasniku srpskog naroda BiH", broj 1/92

[3] Ustav Republike Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst objavljen je u „Službenom listu RBiH", broj 5/93 od 14. marta 1993. godine

[4] „Službeni list SR BiH", broj 4/74

[5] Uzgred ta odredba zadržana je i u članu 268. stav 6. tzv. prečišćenog teksta Ustava RBiH

[6] Uredba o izmjeni naziva Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine, „Službeni list RBiH", broj 1/92

[7] „Službeni list RBiH", broj 4/92

[8] Tako E. Šarčević, Bosna i Hercegovina i proturječnosti procesa evropskih integracija – ustavnopravni pogled, u zborniku: Bosna i Hercegovina i proturječnosti procesa evropskih integracija, Sarajevo 2008, str. 39

[9] „Službeni list RBiH", broj 20/93; protivustavnost ovog, ali i drugih akata donetih u procesu secesije bila je predmet pažnje i Međunarodnog suda pravde u Hagu u postupku RBIH vs. FRY. Vid. M. Kreća, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Kreća in Genocide case (Preliminary Objections), Beograd 1997, str. 52. i dalje

[10] „Službeni list RBiH", broj 49/95

ekonomska i teritorijalna celina.[11] Iako je u članu 5. te odluke izražena lojalnost, kako je navedeno, demokratski izabranim vlastima RBiH, dok je BiH nezavisna u odnosu na Jugoslaviju,[12] već 1993. donosi se Temeljna odluka o uspostavi i proglašenju Hrvatske Republike Herceg-Bosne,[13] koja je imala ulogu ustava koji, sticajem okolnosti, nije donet. Naredne, 1994. godine Bošnjaci i Hrvati osnivaju Federaciju Bosne i Hercegovine, mada i RBiH i Herceg-Bosna još izvesno vreme nastavljaju da egzistiraju.[14]

II DONOŠENJE USTAVA

U takvim okolnostima Skupština Srpskog Naroda BiH donela je i proglasila Ustav Srpske Republike Bosne i Hercegovine.[15] Dok je po jednima ustav u trenutku svog donošenja bio politička proklamacija, sa pretenzijom da bude ustav jedne teritorije, koja nije bila ni jasno određena niti precizno omeđena[16] drugi smatraju da je Republika još u trenutku donošenja Deklaracije o proglašenju Republike Srpskog Naroda Bosne i Hercegovine imala sve konstitutivne elemente državnosti, uključujući i teritoriju (uz ogradu: još neomeđenu).[17]

Srpska Republika Bosna i Hercegovina tim Ustavom određena je kao država srpskog naroda i građana koji u njoj žive.[18] Utvrđeno je da se Republika nalazi u sastavu Jugoslavije, a da može stupiti u zajednice sa državnim tvorevinama drugih konstitutivnih naroda BiH.[19] Da Ustav nije „srušio mostove" za suživot sa drugim narodima u Bosni i Hercegovini govori i član 143. kojim je propisano da će se taj Ustav „uskladiti sa konstitutivnim aktom o uređenju odnosa u Bosni i Hercegovini".[20]

Prema zamišljenom sistemu podele vlasti, u Srpskoj Republici BiH zakonodavnu vlast je vršila Narodna skupština od 120 narodnih poslanika[21], izvršnu Vlada, a sudsku nezavisni sudovi, dok je za Ustavni sud kazano da obezbeđuje zaštitu

[11] Vid. Član 1. Odluke o uspostavi Hrvatske zajednice Herceg-Bosne od 18. novembra 1991. godine
[12] ibidem
[13] Tekst Temeljne odluke objavljen je u zagrebačkom „Večernjem listu" 29. avgusta 1993. godine
[14] Ustav FBiH donela je Ustavotvorna skupština 30. marta 1994. Vid. „Službene novine FBiH", broj 1/94
[15] „Službeni glasnik srpskog naroda BiH", broj 3/92
[16] R. V. Lukić, „Ustav Republike Srpske", Strani pravni život 1/97, str. 18.
[17] R. Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka 1999, str. 349.
[18] Član 1. Ustava. U preambuli su pomenuti i muslimanski i hrvatski narod, a u članu 5. tačka 1. iskazan stav da se Republika utemelji na „obezbeđivanju nacionalnih ravnopravnosti", što je operacionalizovano u članu 71. stav 2. Ustava: „U sastavu Narodne skupštine obezbjeđuje se što srazmjernija nacionalna zastupljenost."
[19] Članovi 3. i 4. Ustava
[20] Uporedi E. Šarčević, Dejtoski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi, Sarajevo 2009. posebno str. 51-56.
[21] Narodnu skupštinu su, po Ustavnom zakonu za provođenje Ustava, činili poslanici dotadašnje Skupštine srpskog naroda BiH i poslanici izabrani na dopunskim izborima.

ustavnosti i zakonitosti, dok predsednik Republike[22] „predstavlja Republiku i izražava njeno jedinstvo“.[23] Pored njih, u Ustavu su pomenute Narodna banka i Služba za platni promet i finansijsku kontrolu.[24] Republika je podeljena na oblasti, kasnije regije kao „političko-teritorijalne jedinice“ u kojima se „kao jedinstvenom etničkom, ekonomskom, kulturnom i drugom prostoru, obavljaju funkcije *državne* vlasti“[25] (podvukao – M. T.), a gradovi i opštine definisani su kao jedinice lokalne samouprave u kojima „građani odlučuju o poslovima lokalnog značaja (...) i drugim pitanjima od neposrednog interesa za građane“.[26]

U tom prvobitnom tekstu *materia constitutionis* bila je sistematizovana u preambulu i normativni deo od 145 članova svrstanih u dvanaest poglavlja: osnovne odredbe, ljudska prava i slobode, ekonomsko i socijalno uređenje, prava i dužnosti Republike, organizacija Republike, teritorijalna organizacija, narodna odbrana, ustavnost i zakonitost, ustavni sud, sudovi i javna tužilaštva, promena ustava i završne odredbe.

Već 12. maja 1992. doneti su prvi amandmani i niz drugih ustavnih akata koji menjaju odredbe ustava, kojima je između ostalog, menjana materija odbrane, pa i sam naziv Republike[27], Već u septembru iste godine Narodna skupština donosi Zaključak kojim se utvrđuje potreba donošenja novog ustavnog teksta koji bi obuhvatio sve dotadašnje revizije. Tako je 17. decembra 1992. godine Zakonodavno-pravna komisija Narodne skupštine utvrdila prečišćeni tekst. Taj ustavni tekst od 140 članova je i danas osnova *pozitivnog* Ustava.

Danas, kada je broj izmena i dopuna Ustava Republike Srpske dostigao brojku od 121 amandmana, Ustav se (nezvanično) objavljuje kao integralni tekst pozitivnog ustava tj. u prečišćeni tekst iz decembra 1992. ugrađuju se kasniji amandmani.[28] Predlogom Ustavnog zakona planirano je da se, ukoliko Amandmani CXXII-CLI, koji se već više od godinu dana u proceduri budu usvojeni, donese novi prečišćeni tekst, čime bi se povećala pravna sigurnost i obezbedio veći stepen pouzdanja u to koje su norme važeće.[29]

---

[22] Predsedništvo Republike, kao kolektivni šef države ukinut je 17. II 1992. odlukom Narodne skupštine („Službeni glasnik RS“, broj 19/92)

[23] Član 69. Ustava

[24] Čl. 98. i 99. Ustava

[25] Čl. 100. i 101. Ustava

[26] Član 102. Ustava

[27] Amandmani VII i VIII na Ustav („Službeni glasnik RS“, broj 15/92); Inače na osnovu jedne ustavne deklaracije i pre ove izmene iz naziva zemlje je izbačeno pominjanje BiH (s obrazloženjem da je to naziv druge samostalne države) pa je do donošenja ovih amandmana korišćen naziv „Srpska Republika“.

[28] Tako M. Simović, M. Dmičić (priređivači), Ustav Republike Srpske, VI izdanje, Banja Luka 2005, i VII izdanje, Banja Luka 2007. Ova tehnika oprobana je u bivšoj SFRJ nakon 1988. i donošenja amandmana na Ustav od 1974. Vid. Ustav SFRJ i amandmani (važeće odredbe), Privredni pregled, Beograd 1989.

[29] Amandmani su usvojeni u Narodnoj skupštini početkom 2009. godine, ali već godinu dana su u proceduri pred Većem naroda zbog odbijanja bošnjačkog kluba delegata da dâ saglasnost za promenu ustava.

III OSNOVNA USTAVNA ODREĐENJA

Ovde će biti razmatrana određenja data u osnovnim odredbama Ustava, dok će se druge karakteristike razmatrati uz odgovarajuće odredbe. Ulogu preambule ima Amandman LXVI[30], i prema praksi Ustavnog suda BiH (posebno tzv. odluka o konstitutivnosti) preambula je *sastavni* deo ustava koji ima *obavezujuću* snagu. Republika Srpska je definisana kao jedinstven i nedeljiv ustavnopravni entitet koji samostalno obavlja svoje ustavotvorne, zakonodavne, izvršne i sudske funkcije, dok konstitutivni narodi i ostali građani ravnopravno učestvuju u vršenju vlasti.[31] Republička teritorija je jedinstvena nedeljiva i neotuđiva, a ustavom je utvrđen postupak promene međuentitetske linije razgraničenja. Prema Ustavu, Republici pripadaju sve državne funkcije i nadležnosti osim onih koje su Ustavom BiH izričito prenesene na njene institucije.[32] Predlogom Amandmana CXII iz 2008. godine bilo je predviđeno da se prenos nadležnosti vrši po postupku za promenu Ustava, ali se pre konačnog usvajanja u Narodnoj skupštini od njega odustalo. Propisana je i mogućnost uspostavljanja specijalnih i paralelnih odnosa sa bivšom SRJ i njenim republikama-članicama, u skladu sa Ustavom BiH.[33] Osnove ustavnog uređenja utvrđene su u članu 5. koji ćemo navesti *in extenso*. „Ustavno uređenje Republike temelji se na: garantovanju i zaštiti ljudskih sloboda i prava u skladu sa međunarodnim standardima; obezbeđivanju nacionalnih ravnopravnosti i zaštiti vitalnih interesa konstitutivnih naroda; socijalnoj pravdi; vladavini prava; tržišnoj privredi; višestranačkom sistemu; parlamentarnoj demokratiji i podeli vlasti; slobodnim izborima; lokalnoj samoupravi; zaštiti prava etničkih grupa i drugih manjina.“ Pored toga ustav u osnovnim odredbama još sadrži lapidarne odredbe o državljanstvu, službenim jezicima, simbolima i glavnom gradu.

IV ORGANIZACIJA VLASTI

1. Zakonodavstvo

Ustavotvornu i zakonodavnu vlast u Srpskoj danas vrše Narodna skuptina i Veće naroda. Veće naroda, kao drugi dom sa zadatkom da predstavlja konstitutivne

[30] Ovim amandmanom zamenjeni su Amandmani XXVI i LIV kojima je zamenjena prvobitna preambula, a koji su proglašeni neustavnim od strane Ustavnog suda BiH (vid. Delimičnu odluku U-5-98DO[1])

[31] Amandman LXVII na Ustav RS, koji zamenjuje član 1. Ustava (Ova odredba je i pre toga bila više puta menjana).

[32] Amandman LVI, tačka 1. Ima mišljenja da je Republika Srpska zadržala suverenitet pa je ova odredba vešt prikaz suštine te suverenosti načinjena tako da ne izaziva (spoljno)političke probleme: P. B. Spahn, „A federal Bosnia and Herzegovina: Can a weak centre lead the way“, Federations Magazine 2002, p. 19

[33] Ibid, tačka 2. U predlogu iz 2008. pominjanje bivše SRJ zamenilo bi se pominjanjem susednih država.

narode i Ostale[34] uvedeno je Amandmanima LXVI-XCVIII. Veće čine četiri kluba delegata – tri predstavljaju konstitutivne narode i imaju pravo zakonodavnog veta (glasa se na principu kurijalnog votuma), te klub Ostalih. Klubovi konstitutivnih naroda imaju po osam članova, a klub Ostalih četiri člana, koje biraju odgovarajući nacionalni kokusi u Narodnoj skupštini ili poseban elektorski kolegijum sastavljen od odbornika opštinskih skupština. Mandat delegata, koji uživaju poslanički imunitet, traje četiri godine i vezan je za trajanje mandata Narodne skupštine. Sa druge strane, najvažnija promena u položaju Narodne skupštine jeste njeno svođenje od jednodomnog parlamenta na položaj opštepredstavničkog doma u dvodomnoj zakonodavnoj strukturi.[35] Prvobitni broj od 120 narodnih poslanika, koji je kasnije povećan na 140, danas je sveden na 83, kako bi se obezbedilo da „sve opštine budu na *odgovarajući* način zastupljene u Narodnoj skupštini".[36] (podvukao M. T.). Prema zakonskom rešenju,[37] 62 mandata raspoređuju se u šest višečlanih izbornih jedinica sistemom količnika, dok su preostali mandati tzv. kompenzacijski koji se dodeljuju za celinu teritorije Republike Srpske.[38]

Prema osamdeset drugom amandmanu utvrđena su dva prilično složena zakonodavna postupka.[39] Iako su vitalni nacionalni interesi definisani[40], zahvaljujući generalnoj klauzuli da u to spadaju i druga pitanja ukoliko tako smatraju dve trećine članova jednog od klubova konstitutivnih naroda praktično svi akti koje donese Narodna skupština prolaze kroz Veće naroda. Prema postupku za zakone, druge propise i akte koji se odnose na neki od vitalnih nacionalnih interesa iz Amandmana LXXVII oni se uvrštavaju u dnevni red veća kao pitanje od vitalnog interesa, ako tako smatra više od jednog člana predsedništva. Ako tako smatra samo jedan član predsedništva o tome odlučuje njegov nacionalni klub dvotrećinskom većinom glasova, i ukoliko oceni da je u pitanju akt koji spada u vitalni interes prelazi se na

[34] Pod terminom „Ostali" u Ustavu BiH i Ustavu RS podrazumevaju se pripadnici nacionalnih manjina.

[35] Mada primenjena tehnika kojom je uvedeno Veće naroda navodi na zaključak da je ono tek sastavni deo Narodne skupštine, pa se tako nije došlo ni do utvrđivanja nekog zajedničkog imena za ova dva tela, mada ni neki drugi dvodomni parlamenti poznaju samo nazive posebnih domova (npr. u Nemačkoj Bundestag i Bundesrat, u Sloveniji Državni zbor i Državni svet, itd.).

[36] Ova odredba (Amandman XXXVI, tačka 2.) izaziva niz nejasnoća, pogotovo što u Republici Srpskoj postoje 63 opštine, mada se slična rešenja mogu videti i u drugim zemljama, npr. Sloveniji u kojoj 22 člana Državnog sveta predstavljaju lokalne inerese (čl. 96. st. 2. tač. 5. Ustava Slovenije) Više: Z. Zlokapa, „Ustav RS o lokalnoj samoupravi", Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci XXII/98, str. 151-152.

[37] Izborni zakon BiH („Službeni glasnik BiH", broj 23/01, 7/02, 9/02, 20/02 i 25/02) i Izborni zakon RS („Službeni glasnik RS", broj 34/02 i 35/03)

[38] M. Dmičić, Ustavnopravni osnov funkcionisanja Bosne i Hercegovine na osnovu slobodnih i demokratskih izbora, Rad priremljen kao deo istraživanja Fondacije Soroš u BiH, str. 22.

[39] Vid. Amandman LXXXII na Ustav RS („Službeni glasnik RS", broj 21/02)

[40] To su: ostvarivanje prava konstitutivnih naroda da adekvatno budu predstavljeni u svim organima vlasti, nacionalni identitet, ustavni amandmani, organizacija organa javne vlasti, jednaka prava u postupku donošenja odluka, teritorijalna organizacija i sistem javnog informisanja (Amandman LXXVII). Pravo na adekvatno predstavljanje u organima vrši se u skladu sa popisom stanovništva iz 1991. godine (Amandman LXXXV) Uporedi: Amandman LXX, tačka 10. stav 2. na Ustav SR BiH („Službeni list SR BiH", broj 21/90).

drugu varijantu zakonodavnog postupka (o čemu kasnije). Predsedništvo je obavezano da odluku donese u roku od jedne sedmice nakon čega se o zakonu, drugom propisu ili aktu izjašnjava Veće. Zakon, odnosno, akt je usvojen ako za njega glasa većina u svakom klubu delegata. Ukoliko pak veće postigne saglasnost o amandmanima predlog se vraća Narodnoj skupštini na ponovno odobravanje, a ukoliko se saglasnost ne postigne ili Narodna skupština odbije da izmeni zakon obrazuje se *ad hoc* paritetna komisija koja usaglašava tekst zakona. Ukoliko komisija konsenzusom usaglasi tekst on se smatra usvojenim, uprotivnom ga vraća predlagaču koji ne može ponoviti isti tekst zakona, propisa ili akta. Drugi oblik zakonodavnog postupka koji, kao što je rečeno, započinje mišljenjen 2/3 članova jednog kluba da je zakon, propis ili akt pitanje od vitalnog interesa. Ukoliko većina svakog kluba glasa za zakon tj. akt on se smatra usvojenim, a ako se delegacije usaglase o amandmanima on se dostavlja Narodnoj skupštini na odobrenje. Ukoliko se ne dođe do takve saglasnosti o sudbini zakona konačnu reč daje Ustavni sud Republike. Od devet članova Ustavnog suda, sedam sudija od kojih su po dva pripadnici svakog konstitutivnog naroda, a jedan pripadnik nacionalnih manjina čine Veće za zaštitu vitalnog interesa.[41] Veće Ustavnog suda odlučuje dvotrećinskom većinom pri čemu je vezano rokom od jedne sedmice za odlučivanje o prihvatljivosti, a u roku od mesec dana za odlučivanje o meritumu. Ukoliko Ustavni sud odluči da se zakon koji je bio predmet spora ne odnosi na vitalni interes isti se smatra usvojenim, ili se pak usvaja prostom većinom, u protivnom neusvojeni zakon se vraća predlagaču koji ne može ponovo da podnese isti tekst.

2. Izvršna vlast

Bicefalna izvršna vlast podeljena je između Vlade i predsednika Republike, iako Ustav utvrđuje da „izvršnu vlast vrši Vlada“, a da predsednik „Republiku predstavlja i njeno državno jedinstvo izražava“. Bicefalna organizacija egzekutive smatra se jednom od odlika parlamentarnog režima, pri čemu je šef države njen stabilni deo na koga parlament ni na koji način ne može da utiče, budući da je njegova osnovna funkcija da usklađuje rad aktivnih vlasti – vlade i parlamenta.[42] Sa druge strane, u mešovitim sistemima, kakvi su polupredsednički, iako formalno postojanje „dvoglave“ egzekutive praćeno je istaknutijim položajem predsednika u odnosu na vladu, pa tako neki autori ističu da šef države imenuje i razrešava premjera, a na njegov predlog i ostale članove vlade,[43] a sve veći broj teoretičara svodi polupredsednički sistem na dva *codicio sine qua non* – neposredan izbor i odgovornost vlade pred parlamentom, čime se zanemaruje uloga predsednika kao

[41] Vid. Amandman LXXXVIII, tačka 2. i Amandman CXXI na Ustav RS
[42] R. Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd 2008, str. 191.
[43] Ibid. Međutim, takav postupak prisutan je i za neke racionalizovane parlamentarne sisteme, npr. u SR Nemačkoj (vid. Član 63. stav (2) i član 64. stav (1) Osnovnog zakona za Saveznu Republiku Nemačku; navedeno prema: Osnovni zakon (Ustav) Savezne Republike Nemačke, Beograd 2003, str. 38-39.)

aktivnog činioca izvršne vlasti.[44] Ustav Republike Srpske, kao što je rečeno, kaže da je Srpska utemeljena na ,,parlamentarnoj demokratiji". Sa druge strane, neka ustavna rešenja položaja predsednika Republike jedne navode da je u pitanju polupredsednički sistem,[45] dok drugi ističu da je predsedničku poziciju karakterišu klasična rešenja uz neke osobenosti.[46] Ističe se da, uz već pomenute osobenosti Srpske, položaj njenog predsednika ima znatnih sličnosti sa institucijom predsednika Republike Srbije prema Ustavu od 1990. godine.[47]

2.1 Predsednik Republike

Prema prvobitnom tekstu Ustava (član 80.), predsednik Republike Srpske predstavlja Republiku, predlaže Narodnoj skupštini kandidata za predsednika Vlade, predlaže Narodnoj skupštini kandidate za predsednika i sudije Ustavnog suda, ukazom proglašava zakone, daje pomilovanja, dodeljuje odlikovanja i priznanja, a obavlja i druge poslove u skladu sa Ustavom. Kasnije su ove nadležnosti menjane pa tako sada predsednik ima suspenzivni zakonodavni veto, iako je njegova realna vrednost zanemariva budući da Narodna skupština ponovo odlučuje o spornom zakonu istom većinom kao i prilikom njegovog usvajanja,[48] a pri predlaganju predsednika i sudija Ustavnog suda vezan je predlogom Visokog sudskog i tužilačkog saveta.[49] Ovim kompetencijama dodate su i nove, pa tako predsednik Republike obavlja poslove iz oblasti bezbednosti i odnosa sa drugim državama i međunarodnim organizacijama, postavlja i opoziva šefove predstavništava Republike u inostranstvu i predlaže ambasadore BiH iz Srpske i obrazuje savetodavna tela i stručne službe za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti.[50] Imajući u vidu okolnosti u kojima je Srpska nastala i izgrađivala se, svakako važno mesto imala su i vanredna ovlašćenja predsednika Republike. Prema prvobitnom tekstu – Ustavu Srpske Republike Bosne i Hercegovine, predsednik Republike, ako Narodna skupština ne može da se sastane zbog vanrednih prilika, pošto pribavi mišljenje Vlade ,,utvrđuje postojanje vanrednih prilika i nalaže mere za wihovo otklanjanje" pri čemu je vezan Ustavom i zakonom. U odnosu na analognu odredbu Ustava Srbije od 1990. (čl. 83. tač. 6. i 7. Ustava),

[44] Više: D. Simović, Polupredsednički sistem, Beograd 2008, posebno str. 356-362.
[45] A. Fira, Ustavno pravo Bosne i Hercegovine, Novi Sad 2002, posebno str. 135-155. Isti autor nešto dalje ipak ističe da je u osnovi tradicionalni parlamentarizam koji se približava semiprezidencijalizmu (ibid, str. 156.)
[46] R. Kuzmanović, op. cit., str. 471.
[47] Ibidem. Iako se u ranijoj ustavnopravnoj i političkoj književnosti sistem vlasti uspostavljen Ustavom Srbije od 28. IX 1990. najčešće svrstavao u polupredsednički, danas je sve prisutnije stajalište da se radi o racionalizovanom parlamentarnom sistemu (Tako, M. Simović, op. cit., str. 293-309. S. P. Orlović, Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije, Beograd 2008, str. 140-175), što od nastanka ovog ustava zastupa njegov glavni pisac: R. Marković, Predgovor u: Ustav Republike Srbije, Savremena administracija, Beograd 1990, str. IV-V; isti, Moć i nemoć predsednika Republike Srbije, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 3-4/2004
[48] Amandman XL, tačka 2.
[49] Amandman XCIII na Ustav RS
[50] Amandman CVIII, kasnije izmenjen Amandmanom CXVI i Amandmanom L

odredba čl. 81. stav 1. Ustava Srpske uočavaju se četiri razlike: predsednik Republike Srpske može utvrditi i postojanje vanrednog stanja, što predsednik Srbije po Ustavu nije mogao,[51] potrebno je pribaviti mišljenje cele Vlade a ne samo njenog predsednika dalje, predsednik Republike Srpske istovremeno sa utvrđivanjem vanrednih prilika „nalaže mere za njihovo otklanjanje“, i četvrto: predsednik Republike Srpske ove aktivnosti vrši „u skladu sa Ustavom i zakonom“. Predsednik Republike Srpske, dalje, raspolaže i pravom donošenja „akata iz nadležnosti Narodne skupštine“ kojoj ih i podnosi na potvrdu. Međutim, Ustav Republike Srpske ne utvrđuje da se tim aktima „mogu ograničiti pojedine slobode i prava čoveka i građanina i izmeniti organizacija, sastav i ovlašćenja Vlade i ministarstava, sudova i javnih tužilaštava“, kako što to omogućava prethodni srbijanski Ustav. O praksi korišćenja ovih ovlašćenja posvetićemo se kasnije. Prema danas važećem rešenju ratno i vanredno stanje proglašavaju zajedički organi BiH, a vanredno stanje za Srpsku može proglasiti samo Narodna skupština. Predsednik sada mora da sasluša i mišljenje predsednika Narodne skupštine pre donošenja uredbi sa zakonskom snagom ili odlukao o imenovanju, odnosno razrešenju funkcionera. Sada je predviđena mogućnost suspenzije pojedinih odredbi Ustava koje se odnose na donošenje zakona drugih propisa i opštih akata i preduzimanja mera republičkih organa, kao i pojedinih sloboda i prava izuzev taksativno navedenih, kao i da se menja organizacija, personalni sastav i ovlašćenja izvršnih, upravnih i pravosudnih organa, kao i personalna organizacija Republike.[52] Predsednik ima i dva potpredsednika Republike iz različitih konstitutivnih naroda koji „pomažu predsedniku Republike u obavljanju poslova koje im on poveri“. Predsednik i potpredsednici Republike biraju se na period od četiri godine i mogu najviše dva puta uzastopno izabrani. Za predsednika je izabran kandidat dobije najviše glasova, a za potpredsednike kandidati iz druga dva naroda koji, posle njega, imaju najviše glasova. Ustav kaže da su predsednik i potpredsednici Republike odgovorni građanima koji ih opozivaju po postupku po kome su ih i izabrali.

2.2 Vlada

Vlada je pretpostavljeni, i u praksi najčešće pretežni nosilac izvršne vlasti, a zakon kaže i da je *samostalna* u okviru svojih nadležnosti. (podvukao M.T.)[53] u nadležnost Vlade spadaju tipične izvršne funkcije, inicijatorske funkcije, kao i obaveze. Jedina dopuna odredbe kojom je utvrđena nadležnost Vlade jeste njena nadležnost da odlučuje o formiranju misija Republike u inostranstvu.[54] Načelno, mandat Vlade traje četiri godine i vezan je za mandat Narodne skupštine. Vladu, pored predsednika, ima 16 ministara koji se biraju u skladu sa Ustavom određenom

[51] Mada su ustavne odredbe koje su se odnosile na stanje neposredne ratne opasnosti i ratno stanje Zakonom o merama za slučaj vanrednog stanja („Sl. glasnik Republike Srbije, broj 19/91) neustavno proširene i na vanredno stanje

[52] Amandman XXXV, tačka 3. i Amandman CIX na Ustav RS

[53] Član 1. stav 2. Zakona o Vladi Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, broj 118/08)

[54] Član 90. Ustava dopunjen je tačkom 1. Amandmana XLI i izmenjen Amandmanom LXI

nacionalnom strukturom. U pogledu izbora i razrešenja Vlade, Ustav Republike Srpske sadrži i rešenja po kojima na predsednik Republike i predsednik Vlade mogu uticati na njen mandat i sastav. Tako predsednik Republike može, na osnovu sopstvene ocene da je Vlada u krizi, na inicijativu 20 narodnih poslanika i mišljenja predsednika Narodne skupštine i predsednika Vlade zatražiti od premjera da podnese ostavku, a ako on to ne učini može ga razrešiti. Sa druge strane, predsednik Vlade može, uz mišljenje predsednika Republike i predsednika Narodne skuptine, vršiti promene u sastavu Vlade, o čemu je dužan da obavesti Narodnu skupštinu.[55] Time je u Republici Srpskoj uveden kancelarski model racionalizacije parlamentarnog sistema.[56] To je izraženo i u zakonkom rešenju da predsednik Vlade tj. kancelar jeste šef i da oličava Vladu. Politička praksa u Srpskoj pokazuje da kancelar ima istaknutu poziciju u sistemu vlasti koja, u mnogim aspektima, zasenjuje normativno jači položaj predsednika Republike.

2.3 Senat

Pedeset trećim amandmanom, donetim 1996. godine, uspostavljen je Senat Republike, kao „savetodavno telo najviših ustavnih institucija“[57] sa zadatkom da razmatra pitanja od posebnog značaja za politički, nacionalni, ekonomski i kulturni razvoj Srpske, između ostalog ustavne promene u Srpskoj i BiH. Naredne godine donet je danas važeći Zakon o Senatu kojim su razrađene ustavne odredbe.[58] Senatore koji trebaju biti istaknute javne, naučne i kulturne ličnosti imenuje predsednik Republike koji je i predsedavajući Senata. Mada pomenuti amandman određuje da je maksimalni broj senatora 55, današnji Senat, koji je prošle godine počeo sa radom prekidajući višegodišnju pauzu u funkcionisanju, broji 42 člana. Budući da ne donosi ni opšte ni pojedinačne pravne akte Senat ima značaj samo u moralno-političkoj sferi.[59]

3. Sudstvo

Ustav Republike Srpske uređujući sudsku vlast određuje da su sudovi samostalni i nezavisni, da sude na osnovu Ustava i zakona i da su naglašava njihovu samostalnost i nezavisnost u odnosu na izvršnu i zakonodovnu vlast.[60] Izuzev

[55] Amandman XLI, tač. 3-5.
[56] Isto: A. Fira, op. cit., str. 162.
[57] Vid. Amandman LIII na Ustav RS, tačka 1. („Službeni glasnik RS“, broj 16/96)
[58] U planu je donošenje novog Zakona o Senatu kojim bi se izvršilo usklađivanje sa ustavnim odredbama o konstitutivnosti i uvela senatorska primanja, pošto senatori sada učestvuju pro bono.
[59] R. V. Lukić, op. cit., str. 31. Suprotno A. Fira, op. cit., str. 151. Fira, naime, smatra da je time samo potvrđena teza o velikoj političkoj ulozi predsednika Republike, pošto isti autor posmatra Senat u kontekstu ustavne odredbe o nadležnosti predsednika Republike da obrazuje svoja savetodavna tela i stručne službe (to je Amandman L na Ustav RS).
[60] Član 121a. Ustava RS. Time je delimično prihvaćeno zalaganje teorije za dodatna jemstva sudske nezavisnosti. P. Kunić, Republika Srpska: država sa ograničenim suverenitetom, Banja Luka 1997, str. 75.

utvrđivanja postojanja Vrhovnog suda Republike i Visokog sudskog i tužilačkog saveta, Ustav sva pitanja organizacije sudova i javnih tužilaštava, kao i advokature zakonu. Ustav propisuje zborni sastav suda i javnost suđenja i odstupanja od njih, te detaljnije uređuje sudijski i tužilački imunitet. Visoki sudski i tužilački savet osnovan je u cilju obezbeđivanja nezavisnosti, nepristrasnosti, stručnosti i efikasnosti sudstva i tužilaštva preuzevši od Narodne skupštine nadležnost postavljanja, razrešavanja i disciplinskog gonjenja sudija i tužilaca, a zakonom je dobio i dodatna ovlašćenja.

4. Ustavni sud

Za razliku od drugih srednjoevropskih i istočnoevropskih zemalja, koje ustavno sudstvo obrazuju krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka kao jedan od aspekata tranzicije, ustavno sudstvo u Srpskoj oslanja se na (jugoslovensku) tradiciju, danas dugu više od četrdeset pet godina. Uticaj te tradicije posebno je vidljiv u ustavnim rešenjima, kao i prihvatanju prakse i shvatanja ranijih ustavnih sudova. Zanimljivo je da su svi članovi poglavlja posvećenog Ustavnom sudu bili predmet amandmaniskih promena, neki i više puta, ali da prvobitne nadležnosti suda nisu menjane. Tako Ustavni sud Republike Srpske vrši apstraktnu ustavnosudsku normativnu kontrolu koja u Srpskoj, iako načelno naknadna, trpi i dva izuzetka. Prvi je involviranost Ustavnog suda u zakonodavni postupak prilikom sukoba domova da li su spornim zakonom, propisom odnosno aktom povređenji vitalni nacionalni interesi (vid. izlaganje o zakonodavnom postupku), a drugi je Amandman XLII, prema kome Ustavni sud „prati pojave od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, obaveštava najviše ustavne organe Republike o stanju i problemima u toj oblasti i daje im mišljenja i predloge za donošenje zakona i preduzimanje drugih mera radi obezbeđenja ustavnosti i zakonitosti i zaštite sloboda i prava građana, organizacija i zajednica“. Iako je ovakva uloga u bivšoj SFR Jugoslaviji bila predviđena,[61] ona je zbog kritike u teoriji[62] izostavljena iz ustava u zemljama bivše Jugoslavije, izuzev Crne Gore.[63] Ističe se, naime, da samo naknadna kontrola jedino ima smisla.[64] Time Ustavni sud, pogotovo kada je u pitanju njegovo meritorno odlučivanje o vitalnom interesu gde za predmet ima jedan nedovršen akt, *osporava primat* zakonodavca.[65] Ustavni sud rešava, kako horizontalni tako i vertikalni sukob nadležnosti, odlučuje o pitanjima imuniteta, te ocenjuje saglansot

[61] Tako Ustav SR BiH od 1974. godine sadrži skoro identičnu odredbu sa Amandmanom XLII na Ustav RS

[62] Pa tako i odredba Ustava RS nailazi na kritike: A. Fira, op. cit., str 169.

[63] Vid. Član 149 stav 3 Ustava Crne Gore („Sl. list CG“, broj 1/07). Raniji ustav tadašnje Republike Crne Gore iz 1992. nije sadržavao takvu ili sličnu odredbu.

[64] O. Vučić, D. Stojanović, „Ustavno sudstvo na preseku prava i politike“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2009, str. 97.

[65] Ibid.

programa, statuta i opštih akata političkih organizacija sa Ustavom i zakonom.[66] Iako Ustav Republike Srpske kaže da su odluke Ustavnog suda Srpske opšteobavezne i izvršne na teritoriji Republike,[67] to je relativizovano činjenicom da Ustavni sud BiH ima apelacionu nadležnost u odnosu na sve sudove u Bosni i Hercegovini.[68] Ustavni sud čini devet članova, a njegovo Veće za zaštitu vitalnog interesa sedam. Sudije, kao što je već kazano, bira Narodna skupština na predlog predsednika Republike, koji ih pak, predlaže na osnovu predloga Visokog sudskog i tužilačkog saveta. Zanimljivo je da svaki građanin Republike Srpske može biti izabran za sudiju Ustavnog suda jer ni Ustav ni Zakon[69] ne postavljaju bilo kakve zahteve u tom pogledu. Sudijska funkcija je, načelno, trajna.

5. Lokalna samouprava

Po pitanju lokalne samouprave stav da je Ustav Srpske protivurečan i nekonzistentan[70] aktuelan je i danas, iako se poslednjim predlogom ustavnih amandmana, pokušala sveobuhvatna reforma ovog dela ustavne materije. Jedan od osnovnih razloga leži u čestim ustavnim promenama i odustajanju od provbitnog koncepta teritorijalne organizacije po kome su se između lokalne samouprave i republičkog nivoa nalazio nivo teritorijalne autonomije, koji je amandmanima iz septembra 1992. brisan iz Ustava.[71] Iako je lokalna samouprava temeljna vrednost Republike (čl. 5. alineja 9. Ustava) i kao takva ograničenje republičke vlasti (čl. 68.), to ustavotvorca nije sprečilo da suzi ovlašćenja lokalne samouprave i ustavne odredbe o njoj svede na tri člana. Tako se u članu 102. stav 1. utvrđuje nadležnost opštine, a stavovima 2. i 3. istog člana još kaže se da se „sistem lokalne *uprave*“ uređuje zakonom, a da se na isti način može poveriti „vršenje poslova lokalne *uprave* u gradu“ (podvukao M.T.). Međutim, ostalo je nejasno šta pod lokalnom upravom ustavotvorac podrazumeva tj. da li se misli na dekoncentraciju ili je po sredi terminološka zamena sa pojmom lokalne samouprave. Uz to je utvrđeno da gradu i opštini pripadaju prihodi utvrđeni zakonom kao i sredstva za vršenje poverenih poslova. Paketom amandmana CXXII-CL u Ustavu bi se utvrdilo da građani imaju pravo na lokalnu samoupravu, koju ostvaruju neposredno i preko slobodno izabranih predstavnika. Bilo bi predviđeno da su jedinice lokalne samouprave opštine i gradovi, koji taj status stiču posebnim zakonom. Predloženim izmenama ustava utvrdila bi se

[66] Za razliku od nekih drugih ustavnosudskih organa u komparativnoj ustavnosti (Nemačka, Srbija), Ustavni sud Srpske ne odlučuje i o samom radu političkih stranaka i, s tim u vezi, ne može da zabrani njihov rad.
[67] Član 119. stav 1. Ustava, dopunjen Amandmanom LXIV. Predlogom Amandmana CL predviđeno je da su odluke Ustavnog suda RS i „konačne“.
[68] Član VI, tačka 3. podtačka b) Ustava Bosne i Hercegovine. Time ovaj sud gubi čistu ustavnosudsku funkciju kao „četvrtu“ granu vlasti i pribižava se ulozi kakvu ima npr. Vrhovni sud SAD ili Savezni vrhovni sud u Švajcarskoj Konfederaciji.
[69] Zakon o Ustavnom sudu Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, broj 54/05 – prečišćen tekst)
[70] Z. Zlokapa, op. cit., str. 141-155.
[71] Amandmani IX-XVIII na Ustav RS („Službeni glasnik RS“, broj 15/92)

svojinska prava opština i gradova, slobodno raspolaganje sopstvenim prihodima i priznala njihova samostalnost koja bi podlegala samo kontroli ustavnosti i zakonitosti. Time bi se zaustavila marginalizacija lokalne samouprave u Srpskoj, a Ustav uskladio sa Evropskom poveljom o lokalnoj samoupravi, što je intencija ustavotvorca.

V REVIZIONA TEHNIKA

Iako je pitanje pravno-tehničkih aspekata promene ustava u teoriji ustavnog prava zapostavljeno, izbor revizione tehnike može imati dalekosežne posledice po ustavni razvoj zemlje, za šta je Srpska najbolji primer. Ustav se može menjati na više načina: totalnom revizijom kada se donosi novi ustav, čak i kada su izmene u odnosu na stari tekst manje;[72] donošenjem posebnog ustavnog zakona kojim se delimično uređuje *materia constitutionis*;[73] donošenjem ustavnog zakona koji interveniše u postojeći ustavni tekst i u njemu vrši izmene i dopune,[74] i na kraju donošenjem ustavnih amandmana. I dok ustavni zakoni o izmenama i dopunama intervenišu u postojeći ustavni tekst, menjaju, dodaju i brišu odredbe u njemu, čime se njihova uloga u pravnom poretku iscrpljuje, ustavni amandmani su posebni pravni akti ustavne snage koji ne vrše fizičke promene u ustavnom tekstu već na njega deluju prema pravilu *lex posterior derogat legi priori*. Iz tog razloga, za razliku od ustavnih zakona koji se, kako ističe nemačka teorija, uvek odnose na članove ustava, amandmani su potpuni pravni akti pa ukoliko je reč o dopuni ustava, nije nužno ni izričito pominjanje postojećih ili uvođenje novih odredbi u osnovni tekst.

Većina država danas delimične promene ustava vrši izmenama i dopunama koje menjaju postojeći tekst, a to je i slučaj sa skoro svim evropskim zemljama, zbog čega se ističe da je ona primerenija evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji. Sa druge strane, ustavne amandmane pored SAD, u kojima su i nastali, koristi manji broj država kao što su Venecuela, Makedonija i Bosna i Hercegovina.[75]

---

[72] Ilustrativni primeri su ustavi Kraljevine Srbije od 1888. i 1903. godine, kada je novi ustav izvršio 42 izmene u ustavnom tekstu iz 1888., kao i Ustav Republike Srbije od 2006. u odnosu na Ustav od 1990.

[73] Takav je u Jugoslaviji bio Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti od 1953. godine, ili u Francuskoj Ustavni zakon Republike, kao jedan od tri organska zakona III Republike.

[74] Ova tehnika, poznata i kao tehnika izmena i dopuna, danas je najčešće korišćena iako se konkretni revizioni akti različito nazivaju. Tako se u SR Nemačkoj ovi akti zovu zakoni o promeni Osnovnog zakona, u Hrvatskoj se, odustajanjem od naziva ustavni zakon o izmjenama i dopunama ustava, koristi naziv Promjena Ustava RH, u Francuskoj, Italiji i Sloveniji i drugim zemljana ustavni zakoni. U engleskom govornom području (uz izuzetak Australije) najčešće se koristi naziv Constitution Amendment Act, što u prevodu znači zakon o promeni ustava, a što se veoma često meša sa ustavnim amandmanima, kao posebnom revizionom tehnikom (kao što postoje razlike u odnosu na amandmane u procesnom smislu koji se koriste u zakonodavnom postupku).

[75] Ustavni amandmani, kao vid promene pojedinih odredbi ustava propisani su i u Crnoj Gori. Vid. Član 156 Ustava Crne Gore („Sl. list CG“, broj 1/07), kao i ranije član 118 Ustava Republike Crne Gore („Sl. list RCG“, broj 48/92)

U Republici Srpskoj, prvobitni ustavni tekst (član 142. Ustava Srpske Republike BiH) predviđao je, po ugledu na raniji republički Ustav od 1974. dva metoda svoje promene i to samo delimične, a to su ustavni amandmani ili ustavni zakoni. Amandmanima iz septembra 1992. godine utvrđeno je da se Ustav RS može menjati ustavnim amandmanima. Sa jedne strane, time je ustavni tekst postao protivurečan jer nepromenjene odredbe govore o aktu o promeni ustava, a amandirani član 142. koji je kasnije postao član 137. Ustava Republike Srpske samo o amandmanima. Da su loše strane amandmanske tehnike, pogotovo u nestabilnom okruženju koje zahteva skoro neprestana prilagođavanja društvenim promenama, u Srpskoj došle do punog izražaja govori i to da su od februara kada je ustav donet pa do 17. decembra 1992. kada je utvrđen novi ustavni tekst, bilo pet revizija (u maju, junu, avgustu, septembru i decembru iste godine) kojima su menjane odredbe o odbrani, vojnom sudstvu i tužilaštvu, smrtnoj kazni,[76] lišenju slobode, naziv Ustava i Republike i njena definicija, teritorija, odnos države i crkve, slobodi političkog delovanja i organizovanja, teritorijalnoj organizaciji, promeni Ustava, parlamentarnom inkompatibilitetu, potpredsedniku Republike, i zamenjivanju šefa države. Vremenom se broj amandmana povećavao tako da je na mestu ocena da je to u osnovi novi ustav.[77] Amandmani su se približili nemačkom poimanju ustavne revizije putem ustavnog zakona, pa tako pored menjanja odredaba u osnovnom ustavnom tekstu uvode i nove odredbe.[78] U praksi se javlja problem i pozivanja na one odredbe koje su više puta menjane pa tako navođenje ustavnog osnova često izgleda: „Na osnovu člana 68. koji je zamenjen Amandmanom XXXII, koji je izmenjen Amandmanima CXV...“. Dalje, tu je i pitanje pouzdanja u važnost normi koje je nekad problem i za samog ustavotvorca. Tako npr. Amandman XC iz 2002. stavlja van snage član 138. Ustava. Međutim, taj član Ustava već je ranije zamenjen i to čak dva puta: Amandmanima LI i LXV. Valja primetiti da se teškoće u primeni amandmanske tehnike donekle mogu ublažiti tako što se celokupna ustavna odredba potpuno zamenjuje amandmanom umesto da se u nju tekstualno interveniše ili menjaju samo pojedini delovi.[79]

VI USTAVNOST I ZAKONITOST U IZGRADNJI PRAVNOG PORETKA

Prvo ćemo navesti osnovne ustavne garantije ustavnosti i zakonitosti imajući, pre svega, u vidu nameru ovog rada da prikaže razvoj ne samo ustavnog već i

[76] Originalni član 11. Ustava Srpske Republike Bosne i Hercegovine glasio je: „Život čovjeka je neprikosnoven. – U Republici nema smrtne kazne.“ Amandmanom V dopušteno je propisivanje i izricanje smrtne kazne za najteže oblike teških krivičnih dela. Formulacija koju koristi peti amandman identična je odredbi stava 2. člana 14. Ustava Republike Srbije od 1990. godine. Predloženim Amandmanom CXXVI stav 2. člana 11. brisao bi se iz Ustava RS.

[77] R. Kuzmanović, Amandmanska kodifikacija entitetskih ustava i Ustava Bosne i Hercegovine, Pravni život 12/03, str. 668.

[78] Npr. član 121a. dodat je Amandmanom XCIV, a član 138a. Amandmanom CXIV. U aktuelnom predlogu ustavnih promena u Ustavu dodali bi se članovi 12a, 100a, 100b, 102a. i 102b.

[79] Uporedi: Constitution of the Republic of Macedonia, Skopje 2005.

ukupnog pravnog poretka, kao i zbog činjenice da je u pitanju jedini deo ustava koji do današnjeg dana nije pretrpeo niti jednu (formalnu) izmenu. Ustav utvrđuje da svi niži akti moraju biti saglasni sa njim, a podzakonski propisi i sa zakonom. Propisana je obaveza objavljivanja propisa u odgovarajućem službenom listu i to pre stupanja na snagu, kao i da *vacatio legis*, po pravilu, traje osam dana računajući od dana objavljivanja i propisana odstupanja od toga. Od načela zabrane retroaktivnosti Ustav utvrđuje dva izuzetka: pojedine odredbe zakona (ne i drugih propisa) ukoliko to zahteva poseban opšti interes i drugi, primena blažeg kaznenog zakona na učinioca kažnjivog dela (krivična dela, privredni prestupi, prekršaji). Dalje, utvrđeno je da se rešavanje u pojedinačnim stvarima može odvijati samo u zakonom propisanom postupku i sa tim povezuje pravo na odbranu i pravo na žalbu (uključujući i pravo na upravni spor), kao i pravo na upotrebu svog jezika. Ustav sadrži i odredbe da se u određenim upravnim stvarima mogu isključiti žalba i upravni spor.[80] Članom 114. Ustava utvrđuje se pravo da obustavi od izvršenja propis, opšti ili pojedinačni akt, ako smatra da je protivustavan ili protivzakonit, kao i da Republika ima pravo i dužnost da neposredno izvršava zakone i druge propise ako ih organi i organizacije u Srpskoj ne bi izvršavali.

U književnosti se ističe da po svom načelnom karakteru i stepenu apstrakcije ustavni stil se jasno razlikuje od zakonskog, te se stoga uobičajenim metodama pravnog tumačenja zakona i drugih propisa ne može doći do preciznog smisla ustavnih normi.[81] Posebno zanimljiva, iz ugla uloge ustavnosudske interpretacije, jeste praksa Ustavnog suda BiH koja je umnogome uticala i na ustavni poredak Srpske, čije bliže razmatranje prevazilazi obim ovog rada. U pogledu Ustava Republike Srpske, takođe, mogu se primetiti zanimljive intepretacije ustava kojima se njegovim odredbama daje nov smisao i značaj. Tako član 29. Ustava kojim se građanima zajemčuje biračko pravo dopunjen je tačkom 5. Amandmana LVII koji glasi: „Biračko pravo na osnovu člana 29. stiče se nakon prethodnog prebivališta u određenom mestu u trajanju koje se utvrđuje zakonom.“ Budući da se u interpretativnoj odredbi Ustava (Amandman LVII, tač. 1-3.) kojom se pojam građanin tumači tako da se odnosi na sve, a ne samo na građane (što je ustavni pojam državljanina) ne pominje član 29. Ustava sledio bi zaključak da je biračko pravo rezervisano za državljane. Do suprotnog zaključka dolaze pravni pisci koji amandman tumače kao proširenje biračkog prava i na rezidente,[82] ali i zakonodavac koji na taj način uvodi čitav katalog različitih oblika biračkog prava.[83] Sa druge strane, često se iz vida gubi *ratio legis* pojedinih ustavnih propisa, tj. njihova svrha u vremenu kada su nastali. Primer toga bio bi predlog Amandmana CXLIX kojim bi se član 108. Ustava, koji sada glasi: „Zakoni, statuti, drugi propisi i opšti akti moraju biti u

[80] Ekvivalentne odredbe brisane su iz Ustava Republike Srbije. Prema prošlogodišnjem predlogu ustavne revizije brisala bi se samo mogućnost isključenja prava na upravni spor, čime bi se Ustav uskladio sa članom 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda.
[81] O. Vučić, D. Stojanović, op. cit., str. 99
[82] M. Dmičić, op. cit., str. 21.
[83] Ibid.

saglasnosti sa Ustavom. – Propisi i drugi opšti akti moraju biti u saglasnosti sa zakonom.“ zamenio sledećim odredbama: „Zakoni, statuti i drugi opšti akti moraju biti u saglasnosti s Ustavom. –Statuti i drugi opšti akti moraju biti u saglasnosti sa zakonom.“ U njegovom obrazloženju se navodi da je cilj ove promene „logičko tekstualno usklađivanje i preciziranje“. Ukoliko se pristupa usklađivanju ustavnih odredbi onda bi ovaj amandman trebalo da obuhvati i niz drugih odredaba Ustava (npr. čl. 70, a pogotovo Amandman LXXXII koji nedoslednim korišćenjem pojmova izaziva nedoumice od velike praktične važnosti – koji to sve akti dolaze pod zaštitu vitalnog nacionalnog interesa, bilo kroz Veće naroda ili Ustavni sud). Amandman gubi iz vida da ustavna odredba na koji način vrši klasifikaciju, jer svi propisi su opšti akti, ali nisu svi opšti akti i propisi, svi zakoni su propisi (a time i opšti akti), ali nisu svi propisi zakoni. Za razumevanje posebnog pominjanja statuta, treba imati u vidu istorijske okolnosti njenog nastanka. Ustav Republike Srpske je, kao što je rečeno, pisan sa snažnim osloncem na strane ustavne dokumente, a posebno Ustav Srbije od 1990. koji u članu 119. stav. 1 sadrži skoro identičnu normu. Ustav Srbije u pogledu reči statut precizira da je to statut autonomne pokrajine, čime se taj složeni pravni akt pozicionira u hijerarhiji pravnih akata. Smisao pominjanja reči statut u Ustavu Republike Srpske jeste član 107. Ustava Srpske Republike BiH (u vezi sa čl. 103-105.), kojim se utvrđuje da oblasti, gradovi i opštine imaju svoje statute kojima uređuju organizaciju, delokrug i rad organa i druga pitanja, a sve to na osnovu Ustava i zakona.

Jedna od najvećih zamerki upućenih Ustavu Republike Srbije od 1990. godine u stručnoj i široj javnosti odnosila se na pribegavanje ustavotvorca metodu enonsijacije, popularnoj „kaučuk metodi“ kojom su mnoga pitanja samo okvirno uređena, a njihova dalja razrada prepuštena zakonu. I Ustav Republike Srpske je u mnogim aspektima zakonu prepustio pravno uređivanje. Kao razlog za prepuštanje zakonodavcu da uredi niz pitanja ističe se upravo činjenica da je ovaj ustav donet u početnoj fazi konstituisanja Republike, i da se time pokušala obezbediti njegova fleksibilnost i izbegle dodatne ustavne promene.[84] Da ovakav pristup ima opravdanje pokazuje i skoro ukidanje institucije ombudsmena Republike Srpske. Naime, Ustav ne poznaje ovaj organ, koji je na zahtev Venecijanske komisije uveden zakonom, za šta se još 1997. godine zalagao akademik Jovičić.[85] Početkom ove godine Narodna skupština je, na zahtev Evropske unije,[86] donela zakon kojim je u Srpskoj ukinut ombudsmen, što je u sadašnjoj političkoj situaciji daleko lakše izvesti nego reviziju entitetskog ustava.

Značajnije pitanje jeste kako su ustavne norme primenjivane i kakva je njihova uloga bila u vreme izgradnje celokupnog ustavnog i pravnog poretka. Kao što se, s pravom ističe, Republika Srpska je postala ustavna država u samom početku svog

[84] R. Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka 1999, str. 357.

[85] Jovičić je tada još predlagao da se u Ustav Republike Srpske ugrade i Visoki savet pravosuđa, računski i upravni sud, kao i da se više naglasi nezavisnost sudova.

[86] Ovaj zahtev postavljen je kao jedan od uslova za ukidanje viznog režima ugovornica Šengenskog sporazuma prema Bosni i Hercegovini.

bivstvovanja,[87] što nije uobičajeno u takvim istorijskim procesima. To je uticalo da državna vlast dobije odmah svoje pravne okvire čime se transformisala u državu, a ne puki monopl sile; a pravo nove Republike svoj izvor jer, kako veli R. Vasić, „sve norme državnopravnog poretka, odnosno akti kojima su donete, dobijaju svoje važenje od ustava“[88]. Pa ipak, burni istorijski proces, kakav je nastajanje nove državne tvorevine, nije obezbeđivao stabilan razvoj prava i izaziva veća ili manja odstupanja od ustavom zamišljenog uređenja. Tako je u početnom, ratnom periodu u Republici Srpskoj doneto 215 zakona i drugih akata zakonske snage i 146 zakona kojim su vršene izmene i dopune.[89] Istovremeno propisi bivše SFRJ i bivše SR BiH ostali su u primeni na teritoriji Srpske na osnovu člana 12. Ustavnog zakona uz uslov da nisu u suprotnostima sa Ustavom i zakonima RS. Međutim, isti period obeležila je i „inflacija propisa“ usled čestih izmena postojećeg prava, dok su istovremeno u mnogim oblastima ostale pravne praznine, kao i povrede postupaka za donošenje propisa. Istovremeno, mnoge odredbe Ustava posvećene legalitetu nisu poštovane, pa su donošeni retroaktivni zakoni, kasnilo se sa njihovim objavljivanjem ili čak nisu ni objavljeni čime se, opravdano, postavilo pitanje dalje važnosti načela „*ignorantia iuris nocet*“.[90]

Posebno zanimljiva pojava jesu akti koje je donosio šef države na osnovu člana 81. stav 2. Ustava, i kasnije na osnovu Amandmana XXXV na Ustav RS od 11. XI 1994.[91] Formulacija pomenute ustavne odredbe da predsednik Republike donosi „akte o pitanjima iz nadležnosti Narodne skupštine“ tumačena je tako da je šef države ovlašćen da koristi i istu formu tih akta, tako da je predsednik Republike, samo u toku 1992. godine, doneo dvadeset četiri zakona,[92] a ista praksa nastavljena je i narednih (ratnih) godina. Budući da je parlament čitavo ovo vreme radio[93] i donosio zakone, s pravom se postavilo pitanje da li je šef države mogao da donosi akte iz nadležnosti parlamenta.[94] Naime, ustavna odredba veže ovo pravo predsednika Republike za uslov da parlament nije u mogućnosti da se sastane, a on je obavezan da te akte podense Narodnoj skupštini na potvrđivanje pošto se ona sastane, razvila se praksa da su se predsednik Republike i Narodna skupština dopunjavali u zakonodavnoj delatnosti,[95] pa neki autori govore da je u Republici Srpskoj došlo do razvijanja jednog specifičnog vida skupštinskog (konventskog) sistema.[96] Tako je zakone koje

[87] R. Kuzmanović, „Formiranje države Republike Srpske“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci XXII/98, str. 26.
[88] K. Čavoški, R. Vasić, Uvod u pravo, Beograd 2007, str. 386.
[89] Navedeno prema: S. Savić, „Zakon kao izvor prava u pravnom sistemu Republike Srpske“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci XX-XXI/96-97, str. 97.
[90] S. Savić, op. cit., str. 99.
[91] „Službeni glasnik RS“, broj 28/94
[92] Dok je Narodna skupština donela 48. Predsedništvo, i kasnije predsednik Republike doneli su, između ostalog, i zakone o vojsci, izbeglicama, carinskoj službi, itd.
[93] Uostalom, prema članu 74. stav 1. Ustava, Narodna skupština je u stalnom zasedanju. (podvukao M. T.)
[94] S. Savić, op. cit., str. 100.
[95] Ibidem
[96] R. V. Lukić, op. cit., str. 25.

je doneo predsednik Republike menjala i dopunjavala Narodna skupština i obrnuto. Ta praksa je nastavljena i nakon pomenutog amandmana kojim je bilo precizirano da šef države može donositi *uredbe* sa zakonskom snagom (podvukao M. T.), što primenom argumenta *a contrario* znači da ne može zakone. Nakon ukidanja ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti[97] prestali su i osnovi za korišćenje ovih predsedničkih ovlašćenja.

Na ova, ali i druga odstupanja ukazivao je Ustavni sud Republike Srpske koristeći se „kontraverznim" pravom da predlaže mere za obezbeđivanje ustavnosti i zakonitosti. Međutim, Ustavni sud imao je poteškoće da uspostavi svoj autoritet. Iako je položaj svakog ustavnog suda „na preseku prava i politike",[98] ustavno sudstvo bi načelno trebalo da izbegava veće uplitanje u političke procese, uključujući i „provikacij[u] politizacije od strane samog suda".[99] Tako je Ustavni sud Republike Srpske 1997. ugrozio sopstveni autoritet uplevši se u sukob predsednika Republike, sa jedne i parlamenta i Vlade, sa druge strane, prilikom odluke predsednika Republike da raspusti Narodnu skupštinu. Naime, predsednik Vlade i predsednik Narodne skupštine odbili su da daju svoje mišljenje o raspuštanju parlamenta predsedniku Republike, nakon čega je predsednik Republike raspustio parlament. Vlada je pokušala da obustavi od izvršenja odluku predsednika, pozivajući se na član 114. Ustava,[100] nakon čega je predsednik Republike pokušao da postavi novu vladu, s pozivom na član 94. stav 9. Ustava. Vlada i Narodna skupština su pred Ustavnim sudom protiv odluke predsednika Republike. Član 72. Ustava, dopunjavan Amandmanima XXXIX i LX, utvrđuje da „[p]redsednik Republike može, pošto sasluša mišljenje predsednika Vlade i predsednika Narodne skupštine, odlučiti da Narodna skupština bude raspuštena." Stoga, dva uslova koja Ustav postavlja šefu države jesu samo da sasluša mišljenja predsednika Vlade i predsednika Parlamenta,[101] ali ti stavovi nisu obavezujući već savetodavni.[102] Ustavni sud je, većinom od četiri prema tri, odlučio da je akt o raspuštanju bio neustavan. Sa druge strane, Venecijanska komisija je stala na stanovište da je akt o raspuštanju bio saglasan Ustavu,[103] a da Vlada, budući da je u pitanju *politički* akt (podvukao M. T.), nije mogla obustaviti od izvršenja,[104] kao što ni predsednik Republike nije mogla

[97] Odluka predsednika Republike od 15. XII 1995. („Službeni glasnik RS", broj 27/95) i Odluka Narodne skupštine od 19. VI 1996. („Službeni glasnik RS", broj 15/96)

[98] G. Leibholz, „Das Bun des ver fas sungs ge richt im Schnittpunkt von Politik und Recht", Deutsches Verwaltungsblatt, Köln 1974. Navedeno prema: O. Vučić, D. Stojanović, op. cit., str. 101.

[99] O. Vučić, D. Stojanović, op. cit., str. 106.

[100] Član 114. stav 1. Ustava RS glasi: „Vlada Republike ima pravo da do odluke Ustavnog suda obustavi od izvršenja propis, opšti ili pojedinačni akt, za koje smatra da su protivustavni ili protivzakoniti."

[101] Isto: R. Kuzmanović, Ustavna mogućnost raspuštanja parlamenta", Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci XX-XXI/96-97, str. 19.

[102] Ibidem

[103] Opinion of the Venice Commision Working Group on the interpretation of certain provisions of the Constitution of the Republic of Srpska, CDL (97) 28, p. 2

[104] Ibid.

obrazovati novu vladu.[105] Bez obzira na odluku Ustavnog suda, Narodna skupština je raspuštena.

VII ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Republika Srpska i njen ustav prošli su u ovih osamnaest godina dug put od svog nastanka, kao deo SFRJ,[106] kao suverena i nezavisna država,[107] da bi danas Srpska bila međunarodnopriznati entitet Bosne i Hercegovine, koja poslednjih petnaest godina prelazi iz forme realne unije u specifičan oblik federacije, a sve to bez formalnih ustavnih promena.[108]

Pokušaji smanjenja nadležnosti entiteta u korist zajedničkih organa BiH danas su praktično svakodnevni, naročito kroz predlaganje zakona BiH koji uređuju odnose koji uopšte ne spadaju u nadležnost zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine, a čiji se ustavni osnov pokušava stvoriti u odredbi člana IV/4.a) Ustava BiH prema kome je Parlamentarna skupština nadležna za „donošenje zakona potrebnih za sprovođenje odluka Predsedništva ili za izvršavanje nadležnosti Parlamentarne skupštine“.[109]

Iako svaki ustav, kao i bilo koji drugi pravni akt, teži da uređuje stvarnost, pravna norma nikada ne može ići u korak sa životom, i pre ili kasnije dolazi u sukob sa njim, i najčešće gubi bitku. Tako nastaju ustavni običaji i konvencije *praeter constitutionem,* koji vremenom prelaze na teren *contra constitutionem*.[110] I pored činjenice da je u Srpskoj stvarni život mnogo brže išao van okova ustavnih normi, preovladalo je shvatanje da se Ustav mora koliko-toliko mora usklađivati sa stvarnošću. U tome leže brojne revizije i prepuštanje nekih pitanja zakonodavcu. Takvo „osavrenenjavanje“ dovoelo je do toga da, kako Jovičić kaže, „ustavni tekst predstavlja konglomerat starih i novih odredbi, često ne najbolje usklađenih (kako sadržinski, tako i s obzirom na primenjenu ustavnopravnu tehniku)“, dodajući da je

[105] Ibid., p. 3

[106] Prvobitni član 3. Ustava glasio je: „Republika se nalazi u sastavu savezne države Jugoslavije.“, čime je potvrđena ranija ustavna deklaracija o ostanku srpskog naroda u saveznoj državi Jugoslaviji iz 1991. godine

[107] Iako Srpska nije imala opšte izričito međunarodno priznanje, njen međunarodnopravni subjektivitet došao je do izražaja u činjenici da je imala ugovorni kapacitet (ius tractatum) za zaključivanje niza međunarodnih sporazuma, uključujući i Dejtonski, a činjenicu njene suverenosti i državnosti u međunarodnopravnom smislu u vremenu od raspada Jugoslavije do osnivanja Bosne i Hercegovine krajem 1995. priznaju i Međunarodni sud pravde (vid. pasuse 235. i 394. Presude u predmetu RBIH vs. FRY) i Ustavni sud BiH (vid. Pasus 57. Odluke U-4-04-DO[1]2)

[108] Izuzev Amandmana I na Ustav BiH („Sl. glasnik BiH“, broj 25/09), kojim je regulisan položaj Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine

[109] Tako je 10. februara ove godine na Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine BiH razmatran (i odbijen) predlog Zakona o obligacionim odnosima, iako je, prema entitetskim ustavima, obligaciono pravo njihova nadležnost. Vid. Amandman XXXII, podtačka 6) na Ustav RS

[110] Takav primer pruža Ustav Kraljevine Norveške od 17. V 1914. godine („Ustav iz Eidsvola“)

„to [je] cena koju ovakvi »savremeni ustavi« moraju platiti“.[111] Iako se odavno u stručnoj, ali i široj javnosti ističe potreba donošenja novog ustava,[112] veliko je pitanje koliko je njegovo usvajanje realno, imajući u vidu složenost političkih odnosa kako u Bosni i Hercegovini, tako i u samoj Srpskoj. Položaj Veća naroda kao ustavotvornog činioca otežava svaku, preko potrebnu reformu ovog, danas u mnogo čemu zastarelog pravnog spomenika.

U pogledu političkih institucija svakako najinteresantnije jeste menjanje odnosa između predsednika Republike i Vlade u sferi egzekutive. Tako uporedo sa jačanjem ustavnog položaja predsednika Republike u normativnoj sferi, suprotan proces odvijao se u političkom životu, došavši do današnjeg stanja da predsednik Republike ne igra aktivnu ulogu u svakodnevnoj poltici, iako je snabdeven moćnim instrumentima da na nju značajno utiče.

I pored brojnih teškoća koje ga i danas prate, pravni sistem Republike Srpske ipak iznalazi načine za dalju nadgradnju, pri čemu često iskorači ispred drugih, daleko starijih sistema. Podsetimo da je Republika Srpska skoro u potpunosti reformisala materiju građanskog prava, uključujući i donošenje stvarnopravne kodifikacije.[113]

Na kraju, iako se Republika Srpska i njen pravni sistem ne mogu opisati kao „neobrađena ledina“,[114] ipak treba istaći da još ima neobrađenih delova koji zahtevaju svoje pravno uređivanje, kao i onih koji terbaju nov pravni okvir. Ustav Republike Srpske, sadašnji ili neki budući, ne bi smeo biti prepreka tom razvoju. Iako je sadašnji Ustav od nesumnjive važnosti i značaja za Srpsku, pre svega njeno stvaranje i očuvanje, i kao takav jedan od najvećih pravnih spomenika, potreba donošenja novog ustava je očigledna i sve se više nameće kao imperativ. Sa druge strane, važeći Ustav Republike Srpske prihvata se kao ustav-simbol, i svojevrstan „čuvar Republike“ čime se prednost daje njegovoj reformi, umesto potpunoj zameni.

---

[111] M. Jovičić, Svojstva savremenog ustava, u zborniku radova: Dva veka savremene ustavnosti, Beograd 1990, str. 512.

[112] Kunić, Lukić, Dmičić

[113] U Srbiji, zemlji koja je bila među prve četiri zemlje u svetu sa građanskom kodifikacijom, stvarno pravo tj. njegova kodifikacija se već više od dve decenije nalaze u fazi prednacrta, a neizvesna je sudbina i budućeg građanskog zakonika na kome se radi od kraja 2006. godine

[114] Ocena koju je svojevremeno izrekao M. Šuković opisujući bivšu Saveznu Republiku Jugoslaviju. M. Šuković, *Savezna Republika Jugoslavija: osnovna sistemska obilježja*, Beograd 1996, str. 8.

Mladen Tišma,
third year student at Belgrade University Faculty of Law

EIGHTEEN YEARS OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The Constitution of the Republic of Srpska has been passed in specific historical circumstances. Its major intention had been establishment of legal ground for than newly established Republic of Srpska. That goal has achieved recognition in the General Framework Agreement for Peace and Constitution of Bosnia-Herzegovina as its annex. Short period for drafting the Constitution as well as political and international situation meant that constitution-makers needed to rely on some foreign modern constitutional documents, including some of other Yugoslav republics in order to break with communist constitutionality. That approach speeded adoption of the Constitution but in the same time did not take into account constant changes of position of the Republic of Srpska, involved into bloody civil war in former B-H as well as domestic problems in construction of its own legal system. These factors led to deviations from the original constitutional concept and many alternations and supplements. After the war High Representative and status of the Republic of Srpska as an entity of Bosnia-Herzegovina have become new in constitutional development. Special attention in this paper is on numerous constitutional revisions and US-styled amendment technique as chosen way for them. This paper opens old question whether Republic of Srpska needs a new constitution to complete 18-year long constitutional development of Srpska.

Key words: Constitution, amendment, political institutions, entity, complex state

Prof.dr Vladimir Čolović
viši naučni saradnik
Institut za uporedno pravo Beograd

OSNOVNE KARAKTERISTIKE REGULISANJA STEČAJA OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U HRVATSKOJ, CRNOJ GORI I REPUBLICI SRPSKOJ
(sa osvrtom na pravo EU i zakonodavstvo Srbije)

Apstrakt

Stečaj osiguravajućih društava različito se reguliše u zemljama u regionu. U radu se analiziraju zakonodavstva Hrvatske, Crne Gore i Republike Srpske u ovoj oblasti. U Hrvatskoj se ova materija reguliše statusnim zakonom, dok se ostala pitanja regulišu Zakonom o stečaju Hrvatske. U Crnoj Gori postoji poseban Zakon, koji se odnosi, samo, na stečaj i likvidaciju osiguravajućih društava, dok se u Republici Srpskoj neki elementi stečaja protiv osiguravajućih društava uređuju statusnim zakonom, odnosno Zakonom o društvima za osiguranje, dok se druga pitanja regulišu «opštim» Zakonom o stečajnom postupku. U Srbiji se posebnim Zakonom uređuje stečaj osiguravajućih društava. To je Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, koji na detaljniji način uređuje ovu oblast u odnosu na ranija zakonska rešenja. Činjenica je da stečajni postupak protiv osiguravajućih društava mora biti regulisan posebnim zakonskim aktom, ali, isto tako, mora se posebno voditi računa o specifičnostima same delatnosti osiguranja, poslovanju osiguravajućih društava, kao i o vrstama osiguranja. Osim toga, važno je razlikovati subjekte koji se bave vršenjem delatnosti osiguranja od subjekata koji vrše određene poslove vezane za osiguranje, kao što su zastupanje, posredovanje, vršenje drugih usluga i sl.

Ključne reči: stečaj, osiguravajuće društvo, osiguranje, stečajni upravnik, poverioci, isplatni red.

Specifičnost stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava proizlazi iz posebnosti samih osiguravajućih društava. Osiguravajuća društva su finansijske organizacije, koje od drugih srodnih društava izdvaja niz instituta, koji se pojavljuju samo u delatnosti osiguranja. Posvetićemo pažnju regulisanju stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava u tri države u regionu, odnosno u dve države i jednom entitetu, kao delu države. Naime, analiziraćemo zakonodavstva Hrvatske, Crne Gore i Republike Srpske u ovoj oblasti. Razlog tome je, pre svega, način regulisanja. U Hrvatskoj se ovaj postupak reguliše „statusnim“ zakonom, koji reguliše položaj

osiguravajućih društava. To je Zakon o osiguranju Republike Hrvatske (dalje: ZOH)[1]. Naravno, ovim Zakonom se regulišu samo specifičnosti stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava, dok se većina pravila regulišu zakonodavstvom koje reguliše opšti stečajni postupak. Zatim, u Crnoj Gori se ova materija reguliše Zakonom o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje (dalje: ZSLO CG)[2], a u Republici Srpskoj Zakonom o društvima za osiguranje (ZDO RS)[3], kao i drugim izvorima. Kao što vidimo, radi se o dva načina regulisanja, kad su u pitanju zakonski akti. U Srbiji, ova materija se reguliše tako, što se istim zakonom regulišu i stečajni postupak protiv banaka i stečajni postupak protiv osiguravajućih društava, a to je Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje (dalje: ZSLBO)[4].

Znači, u Hrvatskoj i Republici Srpskoj se ova materija reguliše zakonodavstvom koje uređuje položaj osiguravajućih društava, dok se u Crnoj Gori se posebno reguliše stečajni postupak protiv osiguravajućih društava. Osim analize navedenih izvora, posvetićemo pažnju i zakonodavstvu Evropske unije u ovoj oblasti, odnosno, analiziraćemo pojedine odredbe Direktive Evropske Unije o reorganizaciji i likvidaciji osiguravajućih društava.

I) STEČAJ OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U ZAKONODAVSTVU HRVATSKE

1. Opšte odredbe

ZOH, kao što je rečeno, sadrži odredbe o stečaju osiguravajućih društava, koje se odnose na specifičnost navedenih subjekata i vođenje stečajnog postupka protiv njih, dok se opšta pitanja ovog postupka regulišu po Stečajnom zakonu Republike Hrvatske (dalje: SZ).[5] ZOH posvećuje pažnju kako opštim odredbama, koje se odnose na specifičnosti ovog postupka, kada se on otvara protiv osiguravajućeg društva, kao i odredbama koje se odnose na ugovore o osiguranju u kojima se obrazuje matematička rezerva, odnosno, radi se, pre svega, o ugovorima o osiguranju života.

Kao razlozi za pokretanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava, navodi se situacija, kada je imenovana posebna uprava, na osnovu čijeg izveštaja je procenjeno da se nije poboljšalo finansijsko stanje osiguravajućeg društva, tako da ono nije u stanju da ispunjava tekuće obaveze, kao i situacija, kada se prilikom obavljanja nadzora nad osiguravajućim društvom utvrdilo postojanje nekog od stečajnih razloga, koji su predviđeni u SZ[6].

[1] Zakon o osiguranju Republike Hrvatske (Narodne novine br. 151/05, 87/2008, 82/2009)
[2] Zakon o stečaju i likvidaciji društava za osiguranje Crne Gore (Sl.list Crne Gore br. 11/07)
[3] Zakon o društvima za osiguranje Republike Srpske (Sl.glasnik R.Srpske br. 17/05)
[4] Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje Republike Srbije (Sl.glasnik R. Srbije br. 61/05)
[5] Član 218. ZOH; Stečajni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine br. 44/96, 29/99, 129/2000, 82/06)
[6] Član 219. ZOH

ZOH sadrži i odredbu koja se odnosi na prestanak ugovora o osiguranju, koje je zaključilo osiguravajuće društvo u pitanju, i određuje da će oni prestati pokretanjem stečajnog postupka protiv tog društva[7]. Rešenje o obustavi stečajnog postupka, kao i rešenje o zaključenju stečajnog postupka nad osiguravajućim društvom dostavlja se i nadzornom telu[8]. U ZOH se utvrđuju i potraživanja viših isplatnih redova. Naime, potraživanjima prvog višeg isplatnog reda (pored onih koji su utvrđeni u SZ), smatraju se i: a) potraživanja iz ugovora o životnom osiguranju i ostalih ugovora o osiguranju za koje se primjenjuju slične tablice verovatnosti i proračuna kao za životna osiguranja koja se nisu mogla namiriti iz imovine za pokriće matematičke rezerve; b) potraživanja iz ugovora o neživotnim i drugim osiguranjima u vezi sa kojima se ne oblikuju matematičke rezerve na ime naknade štete za štetne događaje koji su nastupili pre otvaranja stečaja i na ime povrata dela premije plaćene za period posle prestanka ugovora o osiguranju; i c) potraživanja Hrvatskog ureda za osiguranje za izvršene isplate iz Garantnog fonda, a po Zakonu o obveznim osiguranjima u prometu Republike Hrvatske, na ime naknade isplaćenog iznosa štete, koje oštećena lica nisu mogli naplatiti od osiguravajućeg društva zbog otvaranja stečaja nad tim društvom[9].

2. Posebne odredbe ZOH o isplati potraživanja iz osiguranja u kojima je potrebno oblikovati matematičku rezervu

ZOH sadrži posebne odredbe koje se odnose na životna osiguranja, kao i na druge vrste osiguranja u kojima se primenjuju slične tablice verovatnosti i proračuna kao i za životna osiguranja, odnosno, na potraživanja iz tih osiguranja. Poverioci koji imaju takva potraživanja, imaju pravo odvojenog namirenja iz imovine za pokriće matematičke rezerve, tj. iz sredstava prikupljenih unovčenjem imovine za pokriće matematičke rezerve. Imovina za pokriće matematičke rezerve ne ulazi u stečajnu masu i isključivo je namenjena namirenju navedenih poverilaca. Imovina za pokriće matematičke rezerve je imovina osiguravajućeg društva koja je odvojena od ostale imovine osiguravajućeg društva i koja je oblikovana u skladu sa odredbama ZOH, koje se odnose na obavezu oblikovanja imovine za pokriće matematičke rezerve[10].

Navedeni poverioci imaju pravo na namirenje potraživanja iz imovine za pokriće matematičke rezerve na dan pokretanja stečajnog postupka protiv osiguravajućeg društva. Poverioci potraživanja iz ugovora o životnim osiguranjima i ostalih ugovora o osiguranju, kod kojih postoji obaveza osiguravajućeg društva da primenjuje pravila o životnim osiguranjima, imaju pravo da se iz imovine za pokriće matematičke rezerve, isplate pre ostalih potraživanja, u visini koja odgovara obaveznom pokriću u vezi sa osiguranjem iz kojeg proizlazi to potraživanje. Ako

[7] Član 220. ZOH
[8] Član 221. ZOH
[9] Član 222. ZOH
[10] Član 223. ZOH

imovina za pokriće matematičke rezerve nije dovoljna za kompletnu isplatu navedenih potraživanja, tada se potraživanja isplaćuju u odnosu sa obaveznim pokrićem u vezi sa osiguranjem iz kojeg proističe potraživanje, kao što je odnos između celokupne vrednosti imovine za pokriće matematičke rezerve i obaveznog pokrića za sva osiguranja koja su zaključena od strane osiguravajućeg društva u vrsti osiguranja, a u vezi kojih je oblikovana imovina za pokriće matematičke rezerve[11]. Visina potraživanja i ukupna visina obaveznog pokrića utvrđuje se na dan pokretanja stečajnog postupka protiv osiguravajućeg društva[12].

Stečajni upravnik je dužan da kod organizacije, koja obavlja poslove platnog prometa, otvori i poseban račun za imovinu za pokriće matematičke rezerve. Naravno, on je dužan da otvori i opšti račun za stečajnog dužnika, posle pokretanja stečajnog postupka[13]. Poverioci koji imaju potraživanja iz imovine za pokriće matematičke rezerve imaju pravo da imenuju svog predstavnika u odbor poverilaca, na prvoj skupštini poverilaca[14]. Potraživanja iz ugovora o osiguranju prijavljuju se stečajnom upravniku u skladu sa odredbama SZ[15].

3. Filijale stranih osiguravajućih društava i stečajni postupak

Kad govorimo o stranim osiguravajućima društvima, uostalom, kada govorimo o stranim subjektima protiv kojih je pokrenut stečajni postupak, govorimo o primeni pravila o međunarodnom stečaju. No, situacija je još složenija, ako se radi o filijalama stranih osiguravajućih društava. Iako se, ovde, primenjuju, kao što smo rekli, pravila stečajnog postupka sa elementom inostranosti, moramo spomenuti činjenicu da hrvatsko zakonodavstvo, kompletnije nego druge zemlje u regionu, reguliše poslovanje filijala stranih osiguravajućih društava na domaćoj teritoriji.

Naime, ZOH definiše da osiguravajuća društva, na teritoriji Republike Hrvatske, mogu osnivati domaća i strana fizička i pravna lica. Međutim, pod stranim licima, hrvatsko zakonodavstvo podrazumeva dve vrste stranih subjekata. ZOH definiše stranu zemlju, kao zemlju van EU[16] i državu članicu, pod kojom podrazumeva državu iz EU[17]. Praktično, ovom odredbom se određuje i drugačiji status subjekata koji dolaze iz zemlje članice EU ili iz neke druge zemlje. Takođe, ZOH definiše da je švajcarsko osiguravajuće društvo pravno lice, koje je za poslove osiguranja u Hrvatskoj dobilo dozvolu nadležnog nadzornog organa.[18] Znači, posebno se određuje status stranog osiguravajućeg društva, koje dolazi iz Švajcarske, tako da je, čak, posebna odredba posvećena tome. Predviđeno je da strana osiguravajuća društva, koja nisu iz zemalja članica EU, mogu osnivati svoje filijale (podružnice) u

[11] Član 224., st.1,2 i 3 ZOH
[12] Član 224., st.6 ZOH
[13] Član 225., st.1 ZOH
[14] Član 226. ZOH
[15] Član 227. ZOH
[16] Član 5., st.1 ZOH
[17] Član 4. , st.1 ZOH
[18] Član 5., st.4. ZOH

Hrvatskoj pod uslovima predviđenim u ZOH, kao i uz podnošenje propisane dokumentacije. Ti uslovi su sledeći: a) poslove osiguranja filijale moraju da vode, najmanje, dva lica koja su ovlašćena da zastupaju osnivače; b) filijala mora da bude kadrovski i tehnički osposobljena; v) filijala mora da raspolaže sa deponovanim sredstvima u iznosu od jedne polovine iznosa osnivačkog kapitala, koji je predviđen u ZOH; g) filijala mora da raspolaže na teritoriji Hrvatske sa imovinom u vrednosti od jedne polovine garantnog kapitala koji je propisan u ZOH. U vezi sa tim, filijala mora da deponuje i iznos kao jemstvo za plaćanje obaveza iz ugovora zaključenih na teritoriji Hrvatske.[19] Osiguravajuća društva iz zemalja članica EU mogu poslove osiguranja na teritoriji Hrvatske obavljati neposredno ili preko filijale.[20] Ova odredba je u skladu sa ciljevima unutrašnjeg tržišta osiguranja EU.

*

* *

Činjenica je da ZOH posvećuje malo odredaba stečajnom postupku protiv osiguravajućih društava. Ovaj postupak sadrži mnogo više posebnosti u odnosu na ono što je regulisano u ZOH. Te posebnosti se ne odnose samo na isplatu potraživanja u ovom postupku. Kada je u pitanju isplata potraživanja iz ugovora o osiguranju u vezi kojih je potrebno obrazovati matematičku rezervu života, smatramo da je zakonodavac izdvojio najvažnije karakteristike ove vrste osiguranja, imajući u vidu status ovih sredstava u uslovima pokretanja stečajnog postupka.

II) STEČAJ OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA PO ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

1. Pokretanje stečajnog postupka i imenovanje stečajnog upravnika

Kad je u pitanju ZSLO CG, analiziraćemo samo one odredbe, koje su specifične ili koje izazivaju nedoumice. ZSLO CG posebnu pažnju posvećuje ugovorima o osiguranju života, odnosno, matematičkoj rezervi, slično kao i u zakonodavstvu Hrvatske.

Pre svega, definicija pokretanja stečajnog postupka protiv osiguravajućeg društva nije sasvim jasna. U navedenom Zakonu se kaže, da će se taj postupak pokrenuti, ako regulatorni organ nadležan za poslove osiguranja oceni da mere, koje su preduzete u skladu sa Zakonom o osiguranju, nisu dovele do poboljšanja u ispunjavanju obaveza od strane osiguravajućeg društva. Neprecizno regulisanje uslova za pokretanje stečajnog postupka može dovesti do grešaka i zloupotreba. Isto tako, vrlo nevešto se upotrebljavaju termini kao što su margina solventnosti i garantne rezerve, tj. govori se o njihovoj usklađenosti, od koje zavisi pokretanje stečajnog postupka. Margina solventnosti se u poslovanju osiguravajućeg društva menja. Činjenica je da od garantnih rezervi zavisi bonitet osiguravajućeg društva, ali je zakonodavac morao da definiše garantne rezerve, šta ih čini i kad će se smatrati da

[19] Član 86., st.2 ZOH
[20] Član 82., st.1 ZOH

njihovo preveliko trošenje ugrožava sigurnost tog društva.[21] Zatim, ZSLO CG definiše i ko može biti imenovan za stečajnog upravnika. To može biti lice, koje je na listi stečajnih upravnika, koje ima visoku stručnu spremu i tri godine radnog iskustva u osiguranju. Ne kaže se ništa o tome, koja visoka stručna sprema mora biti u pitanju i na kojim poslovima je to lice bilo u jednom osiguravajućem društvu.[22] Da li to lice može biti neko, ko nije završio pravni ili ekonomski fakultet ili ko je radio samo na proceni šteta ili nekom drugom poslu, na kome nije mogao da bude upoznat sa svim ili većinom poslova vezanih za osiguranje. Osim toga, nije jasno, zbog čega je određeno da će razrešeni stečajni upravnik vršiti poslove u postupku do imenovanja novog. Naročito, ako se radi o licu koje je osuđeno zbog vršenja krivičnih dela ili protiv kojeg se vodi krivični postupak, itd.

2. Matematička rezerva života (sredstva po ugovorima o osiguranju života)

Sledeće što možemo da zamerimo zakonodavcu, kada je u pitanju ZSLO CG, odnosi se na postupanje sa sredstvima osiguranja života. To se odnosi na prenos ugovora o osiguranju života sa sredstvima na druga osiguravajuća društva. Naime, ako su ta društva odbila da se izvrši prenos tih ugovora na njih, postavlja se pitanje zašto bi osiguranici iz tih ugovora obrazovali odbor, koji bi vršio pripremne radnje koje bi dovele do prenosa tih ugovora na druga društva.[23] Ništa se ne govori o tome, koje bi to radnje bile, kao i koja je svrha ponovnog pokušaja prenosa tih ugovora na druga društva. Takođe, ništa se ne govori o druge dve mogućnosti, koje se odnose na isplatu matematičke rezerve, odnosno, sredstava osiguranja života osiguranicima, kao i mogućnosti za osnivanje drugog osiguravajućeg društva koje bi se bavilo osiguranjem života. Kad je u pitanju isplata navedenih sredstava, navodi se smanjenje ugovorenih suma i obaveštavanje regulatornog organa i ništa više, tako da je ta odredba ostala nedorečena.

Kad je u pitanju namirenje potraživanja poverilaca, ZSLO CG ne spominje ugovore o reosiguranju.[24] ZSLO CG reguliše jedino dobrovoljnu likvidaciju osiguravajućih društava.[25] Radi se o opštim pravilima i pozivanjem na primenu odredaba drugih zakona.

Činjenica je da ZSLO CG izbegao grešku, koja je učinjena u regulisanju ove oblasti u Srbiji i Republici Srpskoj (čija zakonodavstva ćemo kasnije analizirati). ZSLO CG reguliše samo stečaj (kao i likvidaciju) osiguravajućih društava. Naravno, neizbežno je pozivanje na opšta pravila, odnosno na Zakone koje regulišu ove postupke.

[21] Član 5. ZSLO CG
[22] Član 7. ZSLO CG
[23] Članovi 9. i 10. ZSLO CG
[24] Član 13. ZSLO CG
[25] Član 14. ZSLO CG

III) STEČAJ OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA PO ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE

Kao što smo, napred rekli, u Republici Srpskoj se stečaj osiguravajućih društava reguliše odredbama ZDO, odnosno «statusnim» zakonom, kao i Zakonom o stečajnom postupku. Moramo, odmah, reći da je ova oblast regulisana na necelovit i nepregledan način (što ustalom važi i za ostale delove ovog zakona). No, analiziraćemo samo one najvažnije i najinteresantnije odredbe, napominjući da ZDO reguliše, kako neke elemente stečaja, tako i postupak reorganizacije. Međutim, mi nećemo posvećivati pažnju reorganizaciji, obzirom da se i ovde zakonodavac poziva na «opšta» pravila definisana u Zakonu o stečajnom postupku i jedino što je vredno pomenuti, odnosi se na mogućnost preduzimanja mera reorganizacije prema filijali osiguravajućeg društva u Republici Srpskoj koje ima sedište u Federaciji BiH. Kao glavni subjekt u ovim postupcima određena je Agencija za osiguranje Republike Srpske (dalje: Agencija RS).

Zakoni koji regulišu stečajni i likvidacioni postupak, kao i Zakon koji se odnosi na preduzeća primenjuju se na stečaj i likvidaciju osiguravajućih društava, osim u slučajevima, kada je u ZDO predviđeno drugačije rešenje.[26] Osim toga, dok se ne zaključi likvidacioni postupak, ne može se pokrenuti stečajni.[27]Agencija RS mora biti obaveštena od strane suda o pokretanju likvidacionog ili stečajnog postupka i to u roku od 10 dana od dana podnošenja zahteva za pokretanje postupka.

Utvrđivanje potraživanja vrši sudija u stečajnom ili likvidacionom postupku. Potraživanja se isplaćuju po sledećem redu: 1. korisnici polisa životnog osiguranja; 2. korisnici naknada po polisama neživotnog osiguranja koji su prijavili ostvarenje osiguranog slučaja i čije su prijave evidentirane; i 3. bilo koja druga lica koja su prijavila svoje zahteve u vremenskom periodu iz ovog člana.[28] Postavlja se pitanje, zašto se ne upotrebljava termin «ugovor o osiguranju», a ne «polisa». Agencija RS nadzire sve postupke tokom posebne likvidacije ili stečaja društva za osiguranje.

1. Privilegovana potraživanja

ZDO reguliše i privilegovana potraživanja na poseban način. Time se štite lica, koja imaju potraživanja po ugovorima o osiguranju. Naime, korisnici naknada osiguranja, kao i njihovi naslednici, imaju privilegovana potraživanja prema ulaganjima društva za osiguranje u odnosu na sva ostala opšta ili posebno privilegovana potraživanja, sa izuzetkom troškova procesa posebne likvidacije, kao i troškova stečaja. Kada osiguravajuće društvo dođe u fazu posebne likvidacije, korisnik naknade osiguranja ima privilegovana potraživanja prema svim sredstvima, bilo da pripadaju ulaganjima tog društva ili ne. Ta privilegija im daje prednost nad

[26] Član 68., st.2 ZDO
[27] Član 68. st. 4 ZDO
[28] Član 69., st. 2 i 3 ZDO

svim ostalim poveriocima, osim za potraživanja navedenih troškova.[29] Ne vidimo razlog ovakvog definisanja privilegovanih potraživanja, pogotovo, što je posebna odredba posvećena isplatnim redovima.

2. Status filijala osiguravajućih društava

Obzirom da smo spomenuli filijale osiguravajućih društava i njihov status u postupku reorganizacije, moramo da posvetimo pažnju i regulisanju statusa filijala u ZDO. ZDO razlikuje filijale osiguravajućih društava iz drugog entiteta, odnosno Federacije BiH i filijale osiguravajućih društava iz drugih zemalja. ZDO je filijalu osiguravajućeg društva definisao kao organizacionu jedinicu društva za osiguranje, na koju je društvo prenelo deo ovlašćenja za nastupanje u pravnom prometu sa trećim licima i koja se kao organizaciona jedinica upisuje u sudski registar.[30] Ovde treba analizirati tri pitanja, od čijih odgovora će zavisiti i status navedenih filijala. Prvo pitanje se odnosi na definiciju organizacione jedinice društva za osiguranje, odnosno, da li je ta jedinica samostalna ili ne. Iz ove odredbe se može zaključiti da nije. Zatim, prenos ovlašćenja na tu organizacionu jedinicu, takođe, govori da nije u pitanju samostalni subjekt. I treće pitanje se odnosi na upis u sudski registar, što definiše filijalu kao samostalno pravno lice, što ne proizlazi iz ostala dva pitanja, odnosno, elemenata ove odredbe.

ZDO razlikuje osnivanje filijala stranih osiguravajućih društava, misleći, pri tome, na osiguravajuća društva, koja imaju sedište van BiH, od otvaranja filijala osiguravajućih društava, koja imaju sedište u Federaciji BiH, ali van Republike Srpske. Osiguravajuće društvo, koje ima sedište u Federaciji BiH može da osnuje filijalu u Republici Srpskoj, pod uslovom da Agencija za nadzor Federacije dostavi Agenciji Republike Srpske zahtev sa određenim dokumentima, koje definiše ZDO, na jednom ili više službenih jezika u BiH.[31] Društvo za osiguranje, koje ima sedište u Republici Srpskoj može osnovati filijalu u Federaciji BiH, ako Agencija Republike Srpske, podnese zahtev za otvaranje filijale u Federaciji, kao i dokumente određene u ZDO.[32] Inostrano osiguravajuće društvo, koje nema sedište u BiH, može da obavlja delatnost osiguranja u Republici Srpskoj u obliku filijale, nakon dobijanja dozvole za rad od Agencije za nadzor osiguranja Republike Srpske. Jedna filijala može obavljati samo životno ili samo neživotno osiguranje.[33] Da bi strano osiguravajuće društvo dobilo dozvolu za rad filijale u Republici Srpskoj, ono mora biti osnovano kao akcionarsko društvo ili kao društvo za uzajamno osiguranje ili u nekom drugom obliku društva za osiguranje, koji je predviđen u zemljama članicama EU. Strano osiguravajuće društvo mora postaviti zastupnika filijale u Republici Srpskoj.

[29] Član 70, st.1 i 2 ZDO
[30] Član 2. ZDO
[31] Član 36. ZDO
[32] Član 38. ZDO
[33] Član 45. ZDO

IV) DIREKTIVA EVROPSKE UNIJE O REORGANIZACIJI I LIKVIDACIJI OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA

Direktiva Evropske Unije o reorganizaciji i likvidaciji osiguravajućih društava (dalje: Direktiva)[34] propisuje neka posebna pravila za reorganizaciju i likvidaciju osiguravajućih društava. U Preambuli Direktive govori se o opštim karakteristikama instituta, koje reguliše.[35] Isto tako, Direktiva daje opšte definicije instituta, koje upotrebljava. Mi ćemo se osvrnuti samo na one najosnovnije. Iako je u oblasti stečaja (odnosno insolventnosti) donesena Direktiva EU br.1346/2000 od 29. maja 2000. godine, ona se ne primenjuje na likvidaciju osiguravajućih društava. Direktiva se primenjuje na osiguravajuća društva, koja imaju sedište u jednoj od zemalja članica Evropske Unije. Takođe, ova Direktiva reguliše i položaj poverilaca, koji imaju prebivalište, odnosno, sedište u navedenim zemljama. Dejstvo Direktive se proširuje i na filijale osiguravajućih društava, s tim što se definiše da će pravo zemlje, u kojoj se nalazi filijala, regulisati njen položaj, imovinu i odgovornost. Ono što je interesantno, jeste odnos običnih i privilegovanih poverilaca, odnosno, zaštita privilegovanih poverilaca u odnosu na obične, kao i u odnosu na zakonodavno regulisanje ovog instituta u zemljama članicama. Direktiva predviđa dva metoda tretmana potraživanja poverilaca: u odnosu na imovinu, kao i u odnosu na poverioce. Takođe, Direktiva predviđa pun efekat odluke o otvaranju stečajnog postupka u drugim zemljama Evropske Unije. Direktiva obrađuje postupak reorganizacije i postupak likvidacije, ali određuje i neka zajednička pravila za obe vrste postupaka. Što se tiče regulisanja pojedinih faza postupaka, Direktiva određuje da će se primenjivati pravo domaće zemlje. To se odnosi na prebijanje u postupku, prava izlučnih i razlučnih poverilaca, uticaja ovih postupaka na pravne poslove, sudske postupke, itd. Direktiva reguliše i položaj filijala onih osiguravajućih društava, koja imaju sedište van zemalja članica Evropske Unije.

Direktiva u osnovnim odredbama definiše institute, kao što su osiguravajuće društvo, filijala, mere reorganizacije, domaća zemlja – zemlja pokretanja postupka, zemlja u kojoj se nalazi filijala osiguravajućeg društva, ovlašćeni organ za pokretanje postupka i donošenje mera reorganizacije, nadzorni organ, administrator u postupku reorganizacije, kao i zahtev, odnosno potraživanje.[36] Pod filijalom podrazumeva se predstavništvo osiguravajućeg društva, koje se bavi poslovima osiguranja, s tim da je njeno sedište na teritoriji zemlje članice. Odredbe Direktive podrazumevaju filijalu kao pravno lice, koje je pod jurisdikcijom zemlje, koja je dala dozvolu za rad toj filijali. Pod merama reorganizacije podrazumevaju se mere, koje preduzima ovlašćeno administrativno ili sudsko telo u cilju nastavka rada osiguravajućeg

[34] Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the reorganisation and winding-up of insurance undertakings (Official Journal L 110, 20/04/2001 P.0028-0039)
[35] Preambula Direktive (2,4,7,14,15,20,24,29)
[36] Član 2. Direktive

društva. Naravno, te mere su deo plana, tako da njih može biti i više, u zavisnosti o kakvom obliku reorganizacije je reč.

1. Mere reorganizacije[37]

Samo ovlašćeni (sudski ili administrativni) organ može doneti odluku o preduzimanju mera reorganizacije jednog osiguravajućeg društva, uključujući i filijale u drugim zemljama članicama. Mere reorganizacije ne sprečavaju vođenje likvidacionog postupka protiv osiguravajućeg društva. Mere reorganizacije će se regulisati po pravu one zemlje u kojoj se sprovode. Te mere će imati dejstva u svim zemljama članicama, bez ispunjenja bilo kakvih posebnih formalnosti. To znači, da će se odluke o sprovedenim merama priznavati u drugim zemljama članicama bez ispunjenja pretpostavki za priznanje. Sprovođenje mera reorganizacije biće nadzirani od posebnog nadzornog organa. Organ, koji je doneo odluku o sprovođenju reorganizacije biće dužan da obavesti nadzorni organ o svim odlukama, koje je doneo u vezi mera reorganizacije. Sa druge strane, nadzorni organ, koji je na ovakav način obavešten, biće dužan da obavesti nadzorne organe u drugim zemljama članicama, u kojima ta reorganizacija proizvodi određene posledice. Direktiva uređuje i pitanje obaveštavanja poznatih poverilaca i njihovog prava na prijavu potraživanja. Postupak reorganizacije, koji se sprovodi radi nastavka rada jednog osiguravajućeg društva, podrazumeva procenu niza mera, koje bi dovele do daljeg poslovanja tog društva, vodeći računa o svim specifičnostima same delatnosti osiguranja.

2. Likvidacioni (stečajni) postupak[38]

Direktiva koristi izraz "winding up" za stečaj, odnosno likvidaciju osiguravajućih društava. Zbog razlika u terminima u ovoj oblasti, mi ćemo koristiti reč likvidacija. I kod otvaranja likvidacionog postupka, glavnu ulogu ima ovlašćeni organ (administrativni ili sudski), koji donosi odluku o pokretanju ovog postupka. Ta odluka se odnosi ne samo na osiguravajuće društvo, već i na filijale. Ta odluka može biti donesena i u slučaju sprovođenja mera reorganizacije, odnosno, u njihovom odsustvu. Znači, odluka o otvaranju likvidacionog postupka se može doneti, bez obzira na postupak reorganizacije. Odluka o otvaranju likvidacionog postupka će se priznati u svim zemljama članicama, bez ispunjenja formalnosti oko priznanja te odluke. Kao i kod reorganizacije, i ovde postoji obaveza obaveštavanja nadzornog organa. Inače, Direktiva upotrebljava termin "supervisory authorities", koji bi mogli da upodobimo sa institutom nadzornog organa, koji jasno definiše ulogu ovog organa. Što se tiče prava, koje će se primeniti u postupku, merodavno će biti pravo domaće zemlje, u kojoj se vodi postupak. Direktiva uređuje tretman potraživanja, na taj način, što zemlja članica može potraživanja uređivati pomoću dva metoda. Prvi metod se odnosi na određene prednosti potraživanja iz osiguranja u odnosu na druga

[37] Članovi 4.-7. Direktive
[38] Članovi 6.-16. Direktive

potraživanja, pod određenim uslovima[39]. Drugi metod određuje da ta potraživanja neće imati prednost pred zahtevima zaposlenih, troškovima postupka i taksama, zahtevima koji proizlaze iz socijalnog osiguranja i zahtevima izlučnih i razlučnih poverilaca. Direktiva uređuje i potraživanja (zahteve), koja imaju prvenstvo i osnov u imovini, kao i njihovo podnošenje na isplatu[40].

Određena je i obaveza ovlašćenog organa, koji je doneo odluku o otvaranju postupka, zatim upravnika (likvidatora) postupka, kao i drugog ovlašćenog lica, da objave odluku o otvaranju likvidacionog postupka u službenim novinama. Kao i kod reorganizacije, i u likvidacionom postupku se moraju obavestiti poznati poverioci o otvaranju likvidacionog postupka. Svaki poverilac, koji ima prebivalište ili sedište u jednoj od zemalja članica, kao i van zemlje u kojoj je pokrenut postupak, ima pravo da podnese prijavu potraživanja, kao i da ospori pojedina potraživanja. Takva potraživanja imaće isti tretman, kao i prijavljena potraživanja od strane poverilaca, koji imaju sedište ili prebivalište u zemlji pokretanja postupka.

3. Zajedničke odredbe Direktive za postupak reorganizacije i likvidacioni postupak[41]

Direktiva sadrži i odredbe, koje će se primenjivati i kod preduzimanja mera reorganizacije i kod likvidacionog postupka. Pre svega, Direktiva određuje, koje će se pravo primenivati na ugovore o radu i radne odnose, predviđajući da će se primeniti pravo zemlje članice u kojoj se postavlja pitanje. Što se tiče ugovora, čiji je predmet neka nepokretna imovina, primeniće se pravo zemlje članice, na čijoj se teritoriji nalazi ta imovina. Isto tako, ako je predmet ugovora vazduhoplov ili brod, primeniće se pravo zemlje članice u kojoj se vodi registar brodova, odnosno vazduhoplova. Takođe, Direktiva reguliše i prava poverilaca, koji svoj osnov potraživanja imaju u stvarima, bilo da su one pokretne ili nepokretne, na taj način da postupak reorganizacije ili likvidacioni postupak neće uticati na ta prava. Isto tako, ovi postupci neće uticati na pravo poverilaca da zahtevaju prebijanje svojih potraživanja sa drugim potraživanjima. Direktiva određuje da će se postupci, koji su u toku, regulisati po pravu zemlje članice u kojoj se vodi takav postupak. To znači da će se o prekidu postupka, koji je u toku, donositi odluka po pravu zemlje suda, koji vodi taj postupak.

Ovlašćeni organ koji je doneo odluku o pokretanju navedenih postupaka, donosi odluku i o imenovanju administratora u postupku reorganizacije, kao i likvidacionog upravnika. Da bi ova lica mogla da preduzimaju akte u drugim zemljama članicama, moraju da dokažu svojstvo originalnim primerkom odluke ili overenom kopijom te odluke. Neće se tražiti legalizacija tih isprava u drugim zemljama članicama. Administrator i likvidacioni upravnik moraju da postupaju u zemljama članicama u

[39] Gazivoda J., Stečaj osiguravajućih društava u pravu EU, Zbornik radova «Osiguranje u susret procesu pridruživanja Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji», Palić 2006., str. 294

[40] *Goodger T.,European Wind-Up, Elb. Mitchell 2004.,www.elbornes.com/index.php?section=articles&param=9*

[41] Članovi 19.-30. Direktive

skladu sa pravom odnosne zemlje članice. Administrator i likvidacioni upravnik imaju pravo da zahtevaju upis sprovođenja mera reorganizacije i otvaranje likvidacionog postupka u zemljišne registre, trgovačke registre ili bilo koje druge javne registre u drugim zemljama članicama.

Direktiva određuje da će se primenjivati njene odredbe i na postupke sprovođenja mera reorganizacije i likvidacionog postupka protiv filijala osiguravajućih društava, koja imaju sedište u trećim zemljama, van zemalja članica. Zemlja u kojoj se pokreće postupak (ili domaća zemlja) je zemlja u kojoj navedena filijala ima ovlašćenje (dozvolu) za rad.

4. Specifičnosti Direktive 2001/17/EU

Odredbe Direktive daju nova rešenja u oblasti likvidacije (stečaja) i reorganizacije osiguravajućih društava, koja su specifična. Te specifičnosti su sledeće:

1) Osnovni cilj Direktive jeste unifikacija pravila u ovoj oblasti, s tim, što se radi o ograničenoj unifikaciji, obzirom da se regulisanje pojedinih faza u postupcima reorganizacije i likvidacije uređuje po pravilima domaće zemlje, u kojoj se rešava pojedina faza;

2) Direktiva određuje samo neka od pravila ovih postupaka, koja se tiču tretmana potraživanja pojedinih poverilaca i odnosa njihovih potraživanja prema ostalim potraživanjima, zatim načina namirenja tih poverilaca, kao i sprovođenja postupka reorganizacije. Pretpostavlja se da specifičnost delatnosti osiguranja nalaže jedinstvenu primenu pravila, koje se odnose na navedeno;

3) Status filijala je određen na taj način, što se primenjuju odredbe Direktive, čak i kada osiguravajuće društvo, o čijoj filijali je reč, ima sedište u nekoj trećoj zemlji;

4) Direktiva uređuje tretman stranih subjekata u ovim postupcima. Naime, kada jedan od ovih postupaka, pokrenut u jednoj od zemalja članica, ima efekta u drugoj zemlji članici, onda strani administrator, likvidacioni upravnik ili poverilac može ostvarivati svoja prava i u toj zemlji članici, pod uslovima određenim u Direktivi;

5) Direktiva uređuje tretman stranih odluka i drugih akata u drugoj zemlji članici, određujući da će te odluke proizvesti dejstva u drugoj zemlji članici i bez ispunjenja posebnih formalnosti, odnosno, neće biti potrebno sprovesti postupak priznanja tih odluka.

Osnovni cilj Direktive jeste regulisanje ove materije na nivou svih zemalja članica EU. Naravno, potrebno je uskladiti i nacionalna zakonodavstva sa njenim odredbama. Osim toga, delatnost osiguranja je posebna u odnosu na ostale delatnosti, tako da se, u slučaju insolventnosti jednog osiguravajućeg društva, moraju postaviti posebna pravila za neke faze navedenih postupaka.

V) STEČAJ OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA PO ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Analiziraćemo i odredbe ZSLBO, koje se odnose na stečaj osiguravajućih društava[42]. Naime, ZSLBO reguliše pokretanje stečajnog postupka protiv banaka i osiguravajućih društava, uključujući i sve pravne posledice, koje proizvodi stečaj. To znači da se jednim zakonskim izvorom reguliše stečaj dva navedena subjekta, koji su različiti i po vrsti delatnosti i po načinu poslovanja. Jedina zajednička karakteristika i banaka i osiguravajućih društava sastoji se u njihovom finansijskom karakteru, ali to ne znači da je ta karakteristika identična i kod jednog i kod drugog subjekta.

Stečajni postupak protiv osiguravajućih društava uređivao se, do donošenja ZSLBO, Zakonom o osiguranju (dalje: ZO)[43], koji je donesen 2004.godine i koji je, takođe, uređivao samo posebnosti stečaja osiguravajućih društava. Za sva ostala pitanja, primenjivala su se pravila stečajnog zakonodavstva.[44] ZO je, kao što je rečeno, regulisao samo neke segmente stečajnog postupka, koji se pokretao i vodio protiv osiguravajućih društava, čime je napravio propust po mnogim pitanjima. To se odnosi na neke specifičnosti samog stečajnog postupka protiv ovih subjekata. Pre svega, u ZO nije napravljena jasna razlika (bar u tekstu) između postupka likvidacije i stečajnog postupka, već se u naslovu odeljka ZO, koji reguliše ovu materiju, pominje prestanak osiguravajućih društava, kao i ostalih društava, koje se bave poslovima osiguranja. Zatim, nije na jasan način regulisan stečaj osiguravajućih društava, koja se bave poslovima osiguranja života. Naime, nakon pokretanja stečajnog postupka ugovori o osiguranju života se, po ZO, prenose na druga osiguravajuća društva, ako ih ona prihvate.[45] Sa druge strane, ako navedena društva ne prihvate te ugovore, svi osiguranici će obrazovati odbor, koji će odlučiti o prenosu ugovora o osiguranju života sa smanjenim sumama osiguranja.[46] ZO ne spominje neka opšta pravila, u ovoj oblasti, koja se odnose na mogućnost isplate suma osiguranja po navedenim ugovorima, kao i mogućnost osnivanja osiguravajućeg društva od strane osiguranika, koji su zaključili ugovor o osiguranju života sa društvom, protiv kojeg je pokrenut stečajni postupak, ako naravno ta sredstva budu dovoljna za osnivanje društva, koje bi se bavilo, naravno, samo poslovima osiguranja života (i u Crnoj Gori se na sličan način reguliše ovo pitanje). Osim toga, ZO reguliše i namirenje iz stečajne mase, odnosno predviđa isplatne redove. Na prvom mestu isplaćuju se troškovi stečajnog

[42] Uobičajeni naziv za organizacije koje se bave delatnošću osiguranja jeste osiguravajuće društvo. One mogu biti osnovane, po domaćoj zakonskoj regulativi, kao akcionarsko društvo i društvo za uzajamno osiguranje. Osim tih organizacija, postoje organizacije u ovoj oblasti koje se bave posredovanjem i zastupanjem u osiguranju (društvo za zastupanje u osiguranju i društvo za posredovanje u osiguranju), kao i agencije za pružanje drugih usluga u osiguranju. Šulejić P., Pravo osiguranja, Beograd 2005., str. 132-133

[43] Zakon o osiguranju (Sl.glasnik R.Srbije br. 55/04)
[44] Član 208. ZO
[45] Član 203. ZO
[46] Član 204. ZO

postupka, zatim potraživanja poverilaca po osnovu osiguranja i reosiguranja života do visine matematičke rezerve. Nakon toga, isplaćuju se potraživanja poverilaca po osnovu ugovora o osiguranju od posledica nezgode, kao i potraživanja poverilaca po osnovu ostalih ugovora o osiguranju i reosiguranju[47]. Kad se isplate navedena potraživanja, primenjivaće se odredbe stečajnog zakonodavstva, što znači da će doći na red isplata ostalih poverilaca, kao i isplata osnivača osiguravajućeg društva u stečaju.[48]

1. Pokretanje stečajnog postupka[49]

Narodna banka Srbije vrši nadzor i kontrolu poslovanja osiguravajućih društava, pa, samim tim, ima ovlašćenje da u, zakonski utvrđenim uslovima, oduzima dozvolu za rad. Narodna banka Srbije donosi rešenje o ispunjenosti uslova za pokretanje stečajnog postupka i dostavlja ga nadležnom sudu. Isto tako, to rešenje se dostavlja osiguravajućem društvu, protiv kog je pokrenut stečajni postupak, kao i Agenciji za osiguranje depozita. Nadležni sud je dužan da, najkasnije, prvog radnog dana od dana prijema rešenja od Narodne banke Srbije, donese odluku o pokretanju stečajnog postupka. Inače, protiv rešenja Narodne banke Srbije moguće je pokrenuti upravni spor. Ako se rešenje poništi u upravnom sporu, a, kasnije, Narodna banka donese novo rešenje o tome da su ispunjeni uslovi za otvaranje stečaja protiv osiguravajućeg društva, pravne posledice će nastupiti danom isticanja prvog oglasa o pokretanju stečajnog postupka na oglasnoj tabli suda.

2. Subjekti stečajnog postupka[50]

Kada govorimo o subjektima stečajnog postupka, govorimo, pre svega, o organima stečajnog postupka, a to su stečajno veće, stečajni upravnik i odbor poverilaca. U stečajnom postupku, koji se pokreće protiv osiguravajućih društava, ulogu stečajnog upravnika vrši Agencija za osiguranje depozita, koja daje predlog i za izbor članova odbora poverilaca. Osim navedenih organa stečajnog postupka, moramo navesti i samog stečajnog dužnika, kao i Narodnu banku Srbije. Agencija za osiguranje depozita, kao stečajni upravnik, utiče na rad poverilaca, samim tim što predlaže članova odbora poverilaca. ZSLBO se, bliže, ne bavi izborom članova odbora poverilaca, pa se može zaključiti, da bi se, u tom delu, morao primenjivati Zakon o stečajnom postupku (dalje: ZSP)[51], što ne možemo prihvatiti, obzirom na specifičnost ovog «posebnog» stečajnog postupka. Stečajno veće, po odredbi ZSLBO, kao sudski organ kontroliše rad Agencije za osiguranje depozita, kao i sam stečajni

[47] Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K., Pravo osiguranja, Novi Sad 2006., str.87-88
[48] Član 206. ZO
[49] Članovi 4., 5. i 6. ZSLBO
[50] Član 7. ZSLBO
[51] Zakon o stečajnom postupku (Sl.glasnik R.Srbije br.84/2004)

postupak. Moramo izdvojiti Narodnu banku Srbije, kao subjekt, koji može oduzeti dozvolu za rad osiguravajućem društvu, tako da o Narodnoj banci možemo govoriti, kao o predlagaču stečajnog postupka.

3. Isplatni redovi

ZSLBO isplatu troškova uređuje zajednički i za banke i za osiguravajuća društva. Pre glavne deobe, na teret stečajne mase, isplaćuju se neisplaćene neto minimalne zarade u poslednjih godinu dana pre pokretanja stečajnog postupka, zatim, neisplaćeni doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje za poslednjih dve godine pre otvaranja stečaja, kao i mesečne zarade lica u radnom odnosu u banci ili osiguravajućem društvu, za vreme trajanja stečajnog postupka. Nakon navedenih troškova, isplaćuju se i troškovi vezani za održavanje i unovčenje imovine stečajnog dužnika, zatim troškovi stečajnog postupka, kao i ostali troškovi, nastali nakon pokretanja stečajnog postupka.[52] Vidimo da se radi o opštim pravilima, koja se odnose na troškove stečajnog postupka, ali možemo postaviti pitanje redosleda isplate, odnosno da li bi prioritet trebalo da imaju troškovi stečajnog postupka (tu ne mislimo samo na sudske troškove).

Isplatni redovi osiguravajućeg društva u stečaju, regulisani su primenom opštih pravila u ovoj oblasti. Obzirom da je isplata troškova zajednički regulisana, ZSLBO, na sličan način, kao i ZO, uređuje isplatu potraživanja, što znači da je redosled sledeći:

a) ugovori o osiguranju i reosiguranju života,
b) ugovori o osiguranju od posledica nezgode,
c) ugovori o osiguranju i reosiguranju svih drugih vrsta osiguranja.

ZSLBO svrstava u isplatni red i potraživanja po osnovu javnih prihoda, da bi, na kraju, regulisao i isplatne redove, koje je, ranije, regulisao ZSP. Naime, ZSLBO u isplatne redove svrstava i potraživanja ostalih poverilaca, kao i potraživanja akcionara, odnosno članova društva za uzajamno osiguranje.[53] Moramo reći, da ZSLBO kompletnije uređuje isplatne redove, kada je u pitanju stečaj osiguravajućih društava od ZSP, odnosno ZO. Naime, ZO je uređivao isplatu potraživanja po ugovorima o osiguranju i reosiguranju, dok je isplatu ostalih potraživanja uređivao ZSP, na koji se ZO i pozivao.

4. Uloga Agencije za osiguranje depozita

Agencija za osiguranje depozita ima veliku ulogu u stečajnim postupcima, koji se vode protiv osiguravajućih društava, samim tim što ima ulogu stečajnog upravnika. Njene obaveze su regulisane ne samo u ZSLBO, već i Zakonom o Agenciji za osiguranje depozita (dalje: ZA).[54] Ostale aktivnosti Agencije za osiguranje depozita,

[52] Član 16. ZSLBO
[53] Član 18. ZSLBO
[54] Zakon o Agenciji za osiguranje depozita (Sl.glasnik R. Srbije br. 61/05)

kada je u pitanju stečaj osiguravajućih društava, definisane su u ZSLBO. Te aktivnosti su vezane za prenos portfelja osiguravajućeg društva u stečaju na drugo osiguravajuće društvo, zatim, za ulogu Agencije u pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika, kao i za radnje vezane za imovinu stečajnog dužnika.

Kada su u pitanju osiguravajuća društva, protiv kojih je otvoren stečaj, ZSLBO definiše i prenos portfelja na drugo osiguravajuće društvo, što uključuje i prenos novčanih sredstava. Naime, Agencija za osiguranje depozita, u roku od dvadeset dana od dana otvaranja stečaja, raspisuje javni tender, čime se oglašava prenos portfelja osiguravajućeg društva u stečaju. Na osiguravajuće društvo, koje ponudi najbolje uslove, prenosi se portfelj, kao i novčana sredstva, ali, tek, nakon, davanja saglasnosti od strane Narodne banke Srbije. Nakon davanja saglasnosti, u roku od dva dana (radna) zaključuje se ugovor između osiguravajućeg društva u stečaju i osiguravajućeg društva, koje preuzima portfelj.[55] Na sve ostale radnje, koje su vezane za prenos portfelja osiguranja, primenjuju se odredbe ZO. Te radnje su vezane za zahtev za dobijanje saglasnosti za prenos portfelja osiguranja, zatim za odlučivanje o tom zahtevu, obaveze društva u postupku prenosa portfelja, pravne posledice prenosa portfelja osiguranja, itd.[56] Postavlja se pitanje, zašto ZSLBO reguliše prenos portfelja osiguranja, nakon pokretanja stečajnog postupka, kada ZO detaljnije definiše ovu oblast.

Agencija za osiguranje depozita, kao i poverioci, mogu pobijati pravne radnje stečajnog dužnika, i to samo one, koje su učinjene u periodu od šest meseci pre pokretanja stečajnog postupka.[57] ZSLBO navodi da se, po ostalim pitanjima, vezanim za pobijanje pravnih radnji, primenjuje ZSP. Osim toga, Agencija za osiguranje depozita ima određenu ulogu vezanu za imovinu stečajnog dužnika. Ona vrši popis imovine, sačinjava početni bilans u roku od šezdeset dana od dana nastupanja pravnih posledica stečaja.[58] Agencija za osiguranje depozita utvrđuje i valjanost i visinu prijavljenih potraživanja poverilaca. ZSLBO određuje rok za navedeno, tj. šest meseci od isteka roka za njihovo prijavljivanje.[59] Najzad, Agencija za osiguranje depozita ima mogućnost, po ZSLBO, da odluči da privremeno naknadi troškove stečajnog postupka iz svojih sredstava. Ta sredstva će naknaditi nakon oblikovanja stečajne mase.[60] Iz odredaba ZSLBO se može zaključiti da Agencija za osiguranje depozita obavlja većinu poslova stečajnog upravnika iz stečajnog postupka, koji se vodi protiv ostalih privrednih subjekata. Takva uloga Agencije za osiguranje depozita je razumljiva, kada su u pitanju banke, kao stečajni dužnici, dok se kod osiguravajućih društava, protiv kojih je otvoren stečaj, može postaviti pitanje uloge ovlašćenog organa u okviru Narodne banke Srbije (inspektora osiguranja), koji vrši nadzor i kontrolu poslovanja osiguravajućih društava.[61]

[55] Član 10. ZSLBO
[56] Članovi 209.–213. ZO
[57] Član 11. ZSLBO
[58] Član 13. ZSLBO
[59] Član 14. ZSLBO
[60] Član 15. ZSLBO
[61] Član 151., st.1 ZO

VI) ZAKLJUČAK

Imajući u vidu da smo, napred, istakli bitne činjenice o načinu regulisanja stečajnog postupka osiguravajućih društava u zakonodavstvima tri zemlje, kao i u pravu EU, odnosno, i u našoj zemlji, ovde ćemo izneti nekoliko predloga za buduće regulisanje ove oblasti. Ti predlozi su sledeći:

1) Regulisanje stečajnog postupka protiv osiguravajućih društava je neophodno posebnim zakonskim aktom (koji bi se odnosio samo na ta društva);

2) Jasno razlikovanje akcionarskog društva i društva za uzajamno osiguranje od društava za posredovanje i zastupanje u osiguranju i agencija za pružanje drugih usluga u osiguranju, kad je u pitanju pokretanje stečajnog postupka;

3) Posebno posvećivanje pažnje regulisanju stečaja društava za uzajamno osiguranje, obzirom na specifičnosti samog društva i cilja u poslovanju;

4) Tačno određivanje stečajnih razloga, odnosno pretpostavki za pokretanje stečajnog postupka, koje ne može na isti način biti regulisano kao i u «opštem» stečajnom postupku. To se, naročito, odnosi na slučajeve, kada Narodna banka Srbije ili drugi ovlašćeni organ, ne oduzme dozvolu za rad, a društvo ne izvršava svoje obaveze duži vremenski period;

5) Regulisanje imenovanja stečajnog upravnika, kao u crnogorskom zakonodavstvu, sa određenim modifikacijama. Agencija za osiguranje depozita ne može biti stečajni upravnik, kao što je to učinjeno u srpskom zakonodavstvu;

6) Regulisanje isplatnih redova, tako što će se jasno odvojiti troškovi i dugovi stečajne mase od privilegovanih potraživanja, kao i potraživanja po ugovorima o osiguranju u odnosu na potraživanja ostalih poverilaca i akcionara, odnosno, članova društva;

7) Posebno regulisanje potraživanja po osnovu osiguranja života i predviđanje tri načina postupanja sa sredstvima matematičke rezerve po opštim pravilima; i

8) Regulisanje pokretanja stečajnog postupka protiv filijala stranih osiguravajućih društava. No, pre toga, potrebno je predvideti mogućnost poslovanja stranih osiguravajućih društava putem filijala na domaćoj teritoriji, što je imperativ, obzirom na neka rešenja u ovoj oblasti, ne samo u zemljama EU, već i u Hrvatskoj.

Još jednom napominjemo, stečajni postupak protiv osiguravajućih društava ima svoje specifičnosti, iako se radi o finansijskoj organizaciji, kao što su i banke. Međutim, ovi subjekti imaju svoje posebne karakteristike, tako da se ne mogu istim zakonskim aktom regulisati navedeni postupci protiv njih, kao što je to slučaj u Republici Srbiji. Zakonodavstvo Crne Gore načinilo je korak napred kad je u pitanju regulisanje ove oblasti. Međutim, mnogo toga je propušteno, odnosno, neki instituti su ostali nedorečeni. Na kraju, regulisanje stečaja protiv osiguravajućih društava u Hrvatskoj i u Republici Srpskoj uređeno je na takav način da je, možemo reći, potrebno hitno i ponovno regulisanje ove oblasti, naročito u Republici Srpskoj.

Prof. Vladimir Čolović,
senior research associate
Institute of Comparative Law, Belgrade

GENERAL CHARACTERISTICS OF REGULATION OF THE BANKRUPTCY OF INSURANCE COMPANIES IN CROATIA, MONTENEGRO AND REPUBLIC OF SRPSKA (with reference to EU law and legislation of Serbia)

Summary

In this paper author analyzes the legislations of the Republic of Croatia, the Republic of Montenegro and the Republic of Srpska in the topic of the bankruptcy of the insurance companies. In the Republic of Croatia, this topic is regulated by the Act of insurance. But, the Bankruptcy Act of Croatia regulates basic rules in this proceeding. In the Montenegro exists, also, separate Act in this topic. But, that Act regulates, only, the bankruptcy and liquidation of the insurance companies. And, in the Republic of Srpska some elements of this topic, we can find in the Act of the companies of the insurance. Also, like in Croatia, the Act of the bankruptcy proceeding of the Republic of Srpska regulates other, basic, rules in this proceeding. In the Republic of Serbia, this topic is regulated by the separate Act. This Act is the Act of the bankruptcy and the liquidation of banks and insurance companies. The bankruptcy proceeding of the insurance companies is very complex and this topic must be regulated by separately Act. Also, the legislator must take into a consideration about the specifics of the activity of the insurance, the status of the insurance companies and the different types of the insurance. Besides that, very important is the making difference of the subjects who doing the activities of the insurance from the subjects who doing some activities which are connecting with the insurance. These activities are the representation, the agency, the services in the insurance, etc.

Key words: bankruptcy, insurance company, insurance, bankruptcy liquidator, creditors, paying row.