

IMPRESSUM

Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka
/ Collected Papers of the Faculty of Law /

Izdavač / Publisher /

Otvoreni univerzitet „Apeiron“ Travnik / *Open University “Apeiron“ Travnik /*

Odluka Senata i Upravnog odbora o formiranju časopisa za Fakultet pravnih nauka br. 156/09 od 15.04.2009.g

ISSN (broj nakon stampanja oglednih primjeraka)

Časopis izlazi dva puta godišnje u 200 primjeraka

Elektronska verzije časopisa u PDF formatu na web adresi: www.unvi.edu.ba

GLAVNI UREDNIK / Editor-in-Chief /

Dr. Miloš Trifković

Članovi redakcije / Editorial Board /

Dr. Mile Račić predsjednik

Dr. Zdravko Jež

Dr. Slađan Ajvaz

Dr. Fuad Purišević

Dr. Mile Matijević

Sekretar redakcije / Secretary of the Editorial board /

Senad Hasanspahić dipl.krim

Lektor / Language Editor /

Nebojša Dimitrijević, prof.

Prevodilac / Translator /

Mr. Kamiah Karović

Adresa Uredništva / Adress of the Editorial Board /

Ulica školska br. 23, 72270 Travnik, Bosna i Hercegovina

E-mail info@unvi.edu.ba

Telefon i faks / phone and fax number /

Tel +387 30 519 750 faks +387 30 519 759

Priprema i štampa / Layout & Print /

Grafičar

SADRŽAJ / CONTENTS

Uvodna riječ rektora

/ Foreword of rector /

Uvodna riječ dekana i urednika Zbornika

/ Foreword of dean and editor of the Collected Papers of the Faculty of Law /

Dr. Mile Račić:

Pojam i karakteristike komunitarnog prava
/The concept and characteristics of the community law /

Dr. Slađan Ajvaz:

Državni oblici i pitanje suvereniteta
/The forms of state and the issue of sovereignty /

Dr. Fuad Purišević:

Razvoj i pravci integriranja boračke zaštite u Bosni i Hercegovini
/Development and integration directions for the protection of war veterans in Bosnia and Herzegovina /

Dr.sc. Aleksandar B. Đurić:

Primanje i davanje mita u Srbiji
/Giving and taking bribe in Serbia /

Senad Hasanspahić, dipl.krim:

Porezna utaja, krivično-materijalni aspekt
/Tax evasion, the criminal-material aspect /

Elmedin Ahmić, dipl. krim:

Položaj branioca u prethodnom postupku i na glavnom pretresu prema novom zakonu o krivičnom postupku u BiH
/Treatment of lawyers in new legal code on criminal procedure of BiH /

Dr. Duško Medić:

Registarska zalog u Bosni i Hercegovini
/Register lien in Bosnia and Herzegovina /

Dr. Miloš Trifković:

Nova entitetska regulativa leasing/lizing djelatnosti kao faktor jedinstvenosti ekonomskog i pravnog prostora Bosne i Hercegovina
/New entities' legislation on leasing activity as the factor providing single economic and legal space of Bosnia and Herzegovina /

Dr. sc. Stjepo Pranjić:

Neka divergiranja prava tržišne konkurenциje (ni)su podnošljiva na putu integriranja PRIMJER UREĐENJA KONCENTRACIJA U ZAKONU O KONKURENCIJI
/Some divergences of competition law are (not) tolerable on the path to integration EXAMPLE OF REGULATING THE CONCENTRATION IN THE ACT ON COMPETITION /

Ajdin Huseinspahić, dipl.iur:

Ostaviočevo raspolaganje imovinom (testamentalno nasljeđivanje)
/The testator's disposal of property (testate succession) /

Izjava o misiji zbornika radova Fakulteta pravnih nauka

/The statement of mission of the Collected Papers of the Faculty of Law /

Izjava o viziji Zbornika Fakulteta pravnih nauka

/The statement of vision of the Collected Papers of the Faculty of Law /

Razrađena uputstva autorima

/ The elaborate instructions for authors /

Kriteriji za kategorizaciju priloga koje objavljuje Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka

/ The criteria for categorization of articles published by the Collected Papers of the Faculty of Law/

Standardi za pisanje recenzije

/ The standards for writing review /

UVODNA RIJEČ REKTORA

Da bi mogao ostvariti svoju misiju i ispuniti svoju viziju Otvoreni univerzitet Apeiron, Travnik beskompromisno sprovodi politiku razvoja ne samo obrazovnog, nego i naučno-istraživačkog rada. U obje oblasti ostajemo dosljedni principima vrhunskog kvaliteta svih aktivnosti i transparentnosni njihovih rezultata. Zbog toga fakulteti našeg Univerziteta redovno objavljaju svoje zbornike radova i druge vrste naučnih i stručnih djela.

Zadovoljstvo nam je da danas na uvid znanstvenoj i stručnoj javnosti damo prvi broj Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka našeg Univerziteta.

Rektor Univerziteta

Red. prof. dr. sc. Nikola Grabovac

UVODNA RIJEČ DEKANA I UREDNIKA ZBORNIKA

Ostvarujući politiku svoga Univerziteta Fakultet pravnih nauka je u 2009. godini preduzeo sve mjere potrebne za redovno objavljivanje Zbornika radova kao naučne i stručne publikacije koja treba da preraste u časopis Fakulteta. Dokumente o Zborniku radova Fakulteta pravnih nauka Otvorenog univerziteta Apeiron, Travnik, možete naći na kraju ovoga broja. Ukoliko našu koncepciju smatraste prihvatljivom, pozivam Vas na saradnju u ostvarivanju ciljeva koje smo sebi postavili.

Kao dekan Fakulteta i glavni i odgovorni urednik Zbornika radova posebno sam ponosan na dvije činjenice vezane za prvi broj Zbornika. Najprije, u njemu su ravnomjerno zastupljene sve tri katedre Fakulteta. I drugo, Zbornik radova se već sad pokazao kao pogodno sredstvo za afirmaciju mlađih naučnih radnika.

Molim Vas da Zbornik radova Fakulteta pravnih nauka za 2009. godinu ocijenite nevodeći računa o činjenici da se radi o prvom broju ove periodične publikacije.

Unaprijed se zahvaljujem i na Vašoj kritici i na Vašim prilozima za buduće brojeve Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka.

Dekan Fakulteta pravnih nauka i urednik Zbornika radova

Red. prof. dr. sc. Miloš Trifković

UDK: 34:061.1EU

Dr. Mile Račić

POJAM I KARAKTERISTIKE KOMUNITARNOG PRAVA

THE CONCEPT AND CHARACTERISTICS OF THE COMMUNITY LAW

REZIME

Evropski integracioni procesi utemeljeni su na ideji zajedništva i jednakosti država u pravima i obavezama, obuhvaćenim zajedničkom politikom. Da bi razvoj Evropske unije imao sigurnu i uspešnu perspektivu, gradio se na modelu i doktrini dodeljenih, prenetih ili ustupljenih nadležnosti i ovlašćenja. Njegova evolucija ima tendenciju širenja komunitarne na uštrb nacionalne nadležnosti, što je pomenutu ideju pretvorilo u svojevrsno polazište. Pri ovome osnovnu ulogu ima: zakonodavna delatnost Unije, judikatura Suda Evropske unije, dogradnja i izmena teksta Osnivačkih ugovora te sam proces i potreba za donošenjem Ustava Evropske unije. Da bi mehanizmi razvoja i jačanja Evropske asocijacije bili uspešni i stabilni bilo je potrebno izgraditi komunitarno pravo i komunitarni pravni sistem kao sistem pravnih normi kojima se regulišu određeni odnosi u koje stupaju subjekti komunitarnog prava.

Ključne reči: komunitarno pravo, pravo Evropske unije, komunitarni pravni poredak, evropski pravni poredak, Sud Evropske unije.

SUMMARY

The European integration processes are founded on the idea of community and equality of countries in their rights and obligations encompassed in common policy. In order to provide secure and successful prospects of development of the European Union it had to be built up on the model and the doctrine of the granted, transferred or ceded jurisdiction and authorities. Its evolution has a tendency of spreading community over national jurisdiction, which turned this idea into a special starting point. In this, the main role belongs to: legislative activity of the Union, the jurisdiction of the European Union Court, the annex and change of the inaugural contract text, and finally the process itself and the need for establishing the Constitution of the European Union. In order to make the developing mechanism and the strengthening of the European association more successful and stable it was necessary to build up Community Law and a community legal system as the system of legal principles, regulating certain relations established among the subjects of the community law.

Key words: Community law, European Union Law, Community judicial system, European Legal System, European Union Court.

1. Pojam i sadržina komunitarnog prava

Korpus pravnih pravila koji se stvara u okviru triju zajednica: Evropske zajednice, Evropske zajednice za ugalj i čelik i Evropske zajednice za atomsku energiju, najčešće se naziva *pravo evropskih zajednica* ili *komunitarno pravo* (European Community Law, Community Law, Droit communautaire, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Kommunitarrects). Stupanjem na snagu Ugovora o Evropskoj uniji (1993.) ovo se pravo naziva i *pravom Evropske unije* (European union Law), ali je često u upotrebi i izraz *Evropsko pravo* (European Law, Droit Europeen, Europarecht). U skladu s tim se govori o pravnom poretku Zajednice, komunitarnom pravnom poretku, odnosno pravnom poretku Unije i evropskom pravnom poretku.¹

Naravno, ovi termini delom prate i razvoj integracionih procesa u okviru Evropske unije. Dovoljno je pogledati neke komentare udžbenika i monografija koji evoluciju pravnih termina prate od «pravo Evropskih zajednica»² preko «prava Evropske unije»³ do «evropskog prava»⁴.

Svi navedeni izrazi u terminološkom smislu ukazuju na specifičnosti komunitarnog prava kao što su: poreklo izvora, teritorija primene i pripadnost određenoj pravnoj strukturi.

Tako izraz «pravo evropskih zajednica» ukazuje na komunitarne propise koje su stvarali organi svih triju zajednica. To su propisi EEZ, Evropske zajednice za ugalj i čelik i Evropske zajednice za atomsku energiju. Međutim, iako su ove propise stvarale tri pravno samostalne zajednice oni po pravnoj prirodi i predmetu regulisanja čine funkcionalno jedinstvo. Na pravno jedinstvo izvora koji potiču iz sve tri zajednice ukazivao je često Evropski sud pravde obrazlažući to potrebom uspostavljanja zajedničkog tržista i jedinstvene institucionalne strukture Zajednice sporazumom o fuziji organa. No uprkos ovim sporazumima o uspostavljanju zajedničkih organa ove tri zajednice će sačuvati samostalne pravne subjektivite i egzistirati kao tri odvojene zajednice.

Za razliku od prethodnih izraza koji govore o poreklu odnosno načinu nastanka i predmetu reguisanja izraz pravo Evropske unije govori o teritorijalnom domaćaju primene propisa koji čine ovo pravo. Pravo Evropske unije se primenjuje u državama članicama Evropske unije. Međutim, to ne znači da su to pravo stvarali organi Evropske unije, niti da su izrazi komunitarno pravo i pravo Evropske unije po svom poreklu sinonimi.⁵ Ugovorom o Evropskoj uniji iz Maastrichta (1992.) njen pravni položaj nije precizno određen i ona ne raspolaže samostalnim pravnim subjektivitetom pa ni legislativnim nadležnostima kako u odnosu prema evropskim zajednicama i državama članicama tako i u međunarodnim (spoljnim) odnosima.⁶ Institucionalno Evropska unija koristi organe EZ iako postojeće tri zajednice nisu spojene u jednu niti su iscrpljene u Uniji. Evropska unija može samostalno delovati samo preko Evropskog saveta kao jedinog organa koji je ovlašćen da donosi

¹ Vukadinović R., *Pravo Evropske unije*, «Megatrend», Univerzitet primenjenih nauka – Beograd, Beograd, 2001., str. 40.

² Tako prof. Vukadinović R., *Pravo Evropske unije*, isto, str. 40. govori da komunitarno pravo i dalje stvaraju organi Evropskih zajednica s obzirom na nedefinisani položaj Unije i nepostojanje sopstvenih legislativnih ovlašćenja pa se taj naziv može koristiti u uslovnom smislu kao zbirni pojam. Kako Unija počiva na triju Evropskim zajednicama koje su i dalje zadržale svoj pravni subjektivitet i međunarodni kapacitet, to se o pravnom poretku Unije može govoriti kao o zbiru pravnih sistema triju Zajednica u «procesu stvaranja pravnog porekta Unije».

³ Termin «Pravo Evropske unije» nalazi se u radovima – udžbenicima britanskih autora npr. Chalmers, Damian, (1998.) European Union Law, Vol. I, Vol. II Ashgate Darmouth, Aldershot; Weatherill Beanmont (1999.) EU Law, Penguin Books, London.

⁴ Termin «Evropsko pravo» je prisutan u radovima, udžbenicima nemačkih autora posvećenih EZ/EU.

⁵ Vidi Curtin, D., *The Constitutional Strukture of the Union; A Europe of Bits and Pieces*, 30 CML Rev. (1993.), 17, p. 25,

⁶ Vukadinović R., *isto*, str. 49.

zajedničke smernice. Međutim, ova vrsta akata formalno pravno ne obavezuje organe Zajednice već ima određeni politički značaj u kreiranju novog prava Evropske unije.

Izraz «evropsko pravo» može značiti zbir propisa nacionalnih (unutrašnjih) pravnih sistema evropskih država ili ukupnost pravila koja su izvedena iz nacionalnih (unutrašnjih) propisa (unutrašnjih pravnih sistema), a koja su zajednička ili ista u svim evropskim državama.⁷

U prvom slučaju izraz «evropsko pravo» se koristi u geografskom smislu, pri čemu se objedinjuje samo geografsko područje nastanka i primene propisa u evropskim državama. Tako se komunitarno pravo, kao uži pojam, primenjuje u 27 država, članica Evropske unije (koliko ih EU ima od 1. januara 2007. godine).

Drugi slučaj obuhvata zajedničke karakteristike nacionalnih prava evropskih država iako takvi propisi ne postoje kao pozitivno pravo niti imaju svoje izvore u formalnom smislu. Ovako shvaćeno «evropsko pravo» se shvata kao savremeno *ius commune Europaeum* čiju osnovu čini ili univerzalno ili prirodno pravo koje je u osnovi svih pravnih sistema. Zajedništvo ovih pravnih sistema opredeljuje sličnost kultura, zajednički pravni autoriteti, rimsko pravo i latinski jezik koji su osnova za razvoj savremenog pravnog poretku. Prema ovom shvatanju koreni evropskog, odnosno, komunitarnog prava su u srednjevekovnom *ius mercatorum* ili *lex mercatoria*, a ovi se mogu tražiti još u rimskom *ius genetium*.⁸

Savremeno *ius commune Europaeum* je prema predmetu regulisanja šire od srednjevekovnog *lex mercatoria* i nije ograničeno samo na propise trgovackog prava (poslovnog prava). Iako su propisi trgovinskog (poslovnog) prava dugo bili dominirajući u pravu EZ, širenjem ciljeva Evropske zajednice i stvaranjem EU kodifikuju se pitanja krivičnog prava, prava životne sredine, politička prava, čime se prevazilaze prava *lex mercatorie*.

Prema metodama nastanka savremenog *ius commune Europaeum* i stvaranja prava Evropskih zajednica u pravnoj teoriji pravi se razlika između metoda «komunitarizacije» i metoda «evropeizacije».

Komunitarizacija je postupak stvaranja komunitarnog prava *metodima unifikacije i harmonizacije* uz upotrebu komunitarnih sredstava kao što su: komunitarna pravila, komunitarna uputstava i komunitarne odluke. Komunitarizacija nacionalnih propisa je podsticana od organa evropskih zajednica i organičena je samo na države članice u ostvarenju komunitarnih ciljeva.

Europeizacija je proces približavanja nacionalnih prava evropskih država, gde ne postoji usvajanje novog evropskog izvora u formalnom smislu, već se izražava kroz spremnost nacionalnih država i njihovih sudova da postepeno menjaju unutrašnje zakonodavstvo prilagođavajući ga nekom evropskom uzoru, te spremnost nacionalnih sudova da odredbe postojećih propisa tumače i primenjuju na usaglašeni «evropski» način. Sam proces «evropeizacije nacionalnih prava» zasnovan je na osećanju pripadnosti jednom istom civilizacijskom prostoru i njega podstiče uglavnom pravna struka i pravna nauka.

I pored ovih razlika između izraza «evropsko pravo» i «komunitarno pravo» preovlađuju stanovišta da su to isti pojmovi, iste ili slične pojave. Njih obeležava proces harmonizacije i unifikacije, ne samo država članica EZ (EU), već i pridruženih država i država nečlanica sa tendencijom da obuhvati «komunitarno pravo» i «evropsko pravo». Prihvatajući ovakva stanovišta izrazi komunitarno pravo, evropsko pravo i evropsko komunitarno pravo koriste se u zamenljivom smislu kao sinonimi koji predstavljaju način organizovanja novog evropskog društva čiji se proces konsolidacije tako još više dograđuje.

⁷ Vukadinović R., *isto*, str. 49.

⁸ Vukadinović R., *Lex mercatoria kao pravedno pravo u međunarodnom trgovinskom (privrednom) pravu*, Pravni život, Beograd, 9-10/1994. str. 1217-1231.

U pravnoj teoriji je prisutno shvatanje o postojanju uporednog, odnosno, komparativnog prava. Međutim, takvi nazivi ne označavaju posebnu granu prava kao skup materijalnih pravila, već granu pravne nauke ili samo jedan od metoda u izučavanju pojedinih pravnih sistema. Uporedno proučavanje različitih pravnih sistema ne stvara samostalna pravila za regulisanje društvenih odnosa ili poslova. Uporedna materijalna pravila ne postoje, a ne postoje ni poslovi ni odnosi koji bi mogli biti opisani kao komparativni. U utvrđivanju pravog značaja pojedinih pravnih sistema koriste se klasični metodi tumačenja kao što su: gramatičko-logički, sistematski, istorijski, ciljni ili teleološki. Komparativni metod pomaže komparativnoj jurisprudenciji i komparativnom zakonodavstvu (sudiji kod tumačenja pojedinih pravnih propisa – a zakonodavcu u formulisanju konkretnih propisa).⁹

U tradicionalnom značenju pravni sistem podrazumeva skup opštih pravnih normi grupisanih prema njihovoј sadržini na niz manjih i većih celina koje su međusobno povezane i čine neprotivurečnu i jedinstvenu celinu.¹⁰ Za razliku od državnih pravnih sistema, komunitarni pravni sistem ne predstavlja potpun i zaokružen sistem, već sistem pravnih normi kojima su regulisani samo neki od odnosa u koje stupaju subjekti komunitarnog prava. Kao osnovnu karakteristiku komunitarnog sistema neki autori ističu njegovu «otvorenost, neodređenost i promenljivost».¹¹

Subjekti komunitarnog prava su: države članice i njihovi organi, institucije Unije i njeni organi i tela, fizička lica (građani Unije), odnosno državljeni država članica te pravna lica sa sedištem u nekoj od država članica. U načelu, komunitarno pravo važi za sve fizičke i pravne osobe na prostoru Zajednice, odnosno Unije. Samo u posebnim situacijama pojedini komunitarni propisi se mogu primeniti i izvan Zajednice, odnosno Evropske unije (npr. komunitarni propisi o pravu konkurenčije; Šengenski sporazumi o graničnoj kontroli i Evropska konvencija o ljudskim pravima).

Predmet komunitarnog prava je uređenje određenih društvenih odnosa koje možemo predstaviti kao zbir uzajamnih prava i obaveza Unije i njenih subjekata, država članica i privatnih lica te međusobne odnose između ovih subjekata.

Pravne norme koje regulišu ove odnose javljaju se kao deo *primarnog i sekundarnog prava*, odnosno, date su u primarnim i sekundarnim izvorima komunitarnog prava.

Iza prvih normi stoje države članice i one regulišu organizaciona i ustavnopravna pitanja kao što su: sastav, način rada i nadležnost zajedničkih organa Unije, njihov međusobni odnos i odnos prema državama članicama. Ove norme čine *institucionalno pravo Evropske unije*.¹²

Druge norme regulišu uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkog i unutrašnjeg tržišta, odnosno ostvarivanje četiri osnovne slobode na kojima počiva Unija: sloboda kretanja robe, usluga, radne snage i kapitala. Tu spadaju i „direktive novog pristupa“ u pravu konkurenčije. Ovi propisi čine pravo unutrašnjeg tržišta, odnosno «*komunitarno privredno ili poslovno pravo*» Evropske zajednice (Evropske unije).

Ukupnost komunitarnih pravnih normi moguće je dalje razvrstavati po različitim kriterijumima. Tako je moguće govoriti o komunitarnom, odnosno, evropskom ustavnom, upravnom, procesnom, privrednom, poreskom, ekološkom, krivičnom, radnom, građanskom ili građanskom procesnom pravu, ugovornom ... pravu u meri u kome su harmonizovani ili unifikovani.¹³

⁹ Gutteridge, Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of legal, Research, Cambridge, 1971., p.1.

¹⁰ Pravna enciklopedija, Beograd, 1979., str. 1050.

¹¹ Scwarce, Concept and Perspectives of European Community Law, 5 European Public Law, (1999.)2, 227, p. 228.

¹² Vukadinović R., *Evropska ekonomска zajednica*, knjiga I, Institucije, Nova, Beograd, 1991.

¹³ *Pravo Evropske unije*, Zbornik radova, isto.

Vukadinović R., *Perspektive Evropskog građanskog zakonika*, Pravni život, Beograd, 12/1996 .;

Pored navedenih u poslednje vreme se vrše napori na harmonizaciji i unifikaciji materije privatnog prava, te naslednog, porodičnog, trgovačkog prava i ostalih izvora obligacija kao što su: delikti, restitucija i neosnovano bogaćenje.

U pravnoj teoriji ne postoji jedinstvena shvatanja u pogledu pravne prirode komunitarnih propisa. Razlike su pre svega zbog različitog shvatanja pravne prirode Evropske unije, ali i samog metodološkog pristupa. Shvatanja o pravnoj prirodi Evropske unije kreću se od toga da je EU nadnarodna (nadnacionalna) tvorevina, preko toga da je to mešovita priroda u kojoj se prepliću elementi međunarodnog i nacionalnog pa do toga da je to klasična međunarodna tvorevina čiji pravni sistem deli karakteristike međunarodnog prava.

Različita shvatanja prirode EU uslovila su i različita shvatanja prirode komunitarnog prava koja su se grupisala kao: međunarodna (internacionalna) i autonomna (nadnacionalna).

Prema prvom shvatanju, komunitarno pravo je međunarodno pravo pošto je nastalo na osnovu međunarodnih ugovora i bez obzira na njegove specifičnosti ono deli sudbinu međunarodnog prava.

Prema drugoj nadnacionalnoj teoriji, države članice su stupanjem u Uniju, dodelile određena ovlašćenja Uniji i time ograničile svoja suverena prava, koja samostalno ne mogu povratiti bez obzira što ograničenice možda ne čine svoja ovlašćenja.

U pravnoj teoriji takođe ne postoji potpuna saglasnost u tome koji sve propisi (norme) spadaju u *pojam komunitarnog prava*. Shvatanja o tome se mogu podeliti u dve grupe: *užu* i *širu*.

Prema *užem shvatanju* komunitarno pravo obuhvata propise koje su doneli organi Unije na osnovu ovlašćenja država članica. To su: ugovori o osnivanju, ugovori između Zajednice/Unije i trećih država i međunarodnih organizacija i norme sekundarnog zakonodavstva, ali ne i norme unutrašnjih prava država članica.

Prema *širem shvatanju* komunitarno pravo obuhvata pored pomenutih izvora i unutrašnje (nacionalne) propise koje su države članice donele radi sprovodenja i izvršenja (implementacije) propisa koje su doneli organi Zajednice (Unije).

Organji Evropske ekonomiske zajednice u toku svoga četrdesetogodišnjeg postojanja doneli su više od 20.000 akata sekundarnog zakonodavstva, a Sud pravde preko 4.000 presuda¹⁴, a države članice u cilju njihovog sprovodenja donele su niz implementirajućih propisa.

Izvori komunitarnog prava se uobičajeno dele na *primarne* i *sekundarne*.¹⁵

2. Osnovne karakteristike komunitarnog prava

Kao što je izloženo, komunitarno pravo predstavlja poseban pravni sistem Evropske unije koji je zasnovan na međunarodnim ugovorima i samim tim vezan za međunarodno javno pravo. Ali, s obzirom na činjenicu da reguliše odnose između država, ali i fizičkih

Jankovec J., *Dejstvo promenjenih okolnosti na ugovorne odnose* (pokušaj harmonizacije prava evropskih zemalja), Revija za evropsko pravo, Beograd, 1/1999..

Perović J., *Principi evropskog ugovornog prava i Unidroit principi*, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa «Budvanskih pravničkih dana», Beograd, 2000.

Vukadinović R., *O domaćoj primeni Prinципa evropskog ugovornog prava*, Pravni život, Beograd, 12/2000. Obradović-Bešlić Lj., *Ugovorno pravo i ujedinjena Evropa*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, br. 37/1990.

Starović B., *Pogled na pravo i ostvarivanje prava evropskih zajednica*, Pravo teorija i praksa, Beograd, 8-10/1992.

¹⁴ Misita, N., *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, str. 419.

¹⁵ Knežević-Predić, V., *Izvori prava Evropske unije*, Zbornik radova Pravo Evropske unije, isto, str. 119.

i pravnih lica na teritorijama država članica to upućuje na zaključak da je reč o pravnom sistemu vezanom i za pravne sisteme država članica.

Osnovni ugovori predstavljaju temelj Evropske unije: osnivaju međunarodnu organizaciju sa elementima nadržavnosti, utvrđuju organe u kojima će se voditi proces pregovaranja i odlučivanja, propisuju njihova ovlašćenja i stvaraju Sud Evropske unije kao posebnu i značajnu instituciju u razvoju pravnog sistema Evropske unije.

O značajnom uticaju Suda Evropske unije na razvoj tog pravnog sistema ukazuje jedna veoma poznata presuda¹⁶ Suda da su ugovori na kojima počiva Unija (Zajednica) znatno više od običnih međunarodnih sporazuma: da su njen Ustav, a pravila koja iz njih proizilaze, predstavljaju unutrašnje pravo Unije. Po judikaturi Suda ti ugovori se neće tumačiti kao «obični» međunarodni ugovori što sve govori o prirodi tih ugovora, ali i o značajnoj ulozi Suda.

Akti sekundarnog prava: pravila, uputstva, odluke, preporuke ili mišljenja kao niži akti moraju biti u skladu sa primarnim pravom (osnovni, međudržavni ugovori). Osnovni ugovori ne predviđaju postupak za utvrđivanje valjanosti ugovora, ali ukoliko je ona osporena to se vrši po pravilima međunarodnog prava, odnosno, prema odredbama sadržanim u Konvenciji o pravu ugovora. Pitanje valjanosti sekundarnog prava Evropske unije regulisano je osnovnim ugovorima. Kakav je značaj Suda u primeni komunitarnog prava govori član 173. Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, uključujući Odredbe o izmenama Ugovora o EEZ sa ciljem stvaranja EU (Maastricht 1992) koji glasi:

«Sud kontroliše zakonitost akata koje zajednički donose Evropski parlament i Savet, akata Komisije i Evropske centralne banke, osim onih koje imaju karakter preporuke ili mišljenja i akata Evropskog parlamenta koji proizvode pravna dejstva na treća lica.

U tom cilju, Sud je nadležan da odlučuje o tužbama koje podnesu države članice, Savet ili Komisija, koje se odnose na osporavanje nadležnosti, povredu bitnih pravila postupka, povredu ugovora ili svakog drugog propisa, koji se odnosi na njegovu primenu ili na zloupotrebu ovlašćenja.

Sud je nadležan, pod istim uslovima, da odlučuje o tužbama koje podnesu Evropski parlament ili Evropska centralna banka u cilju zaštite njihovih prerogativa.

Svako fizičko ili pravo lice može, pod istim uslovima, pokrenuti postupak protiv odluke upućene njemu, ili odluke koja je, iako je u formi pravilnika, ili je reč o odluci upućenoj nekom drugom licu, od neposrednog ili pojedinačnog interesa za njega...».

Komunitarno pravo po načinu nastanka sličnije je međunarodnom javnom pravu, nego po postupku koji obezbeđuje primenu i tumačenje toga prava. Ovlašćeni predstavnik države u Evropskoj uniji kao i u ostalim međunarodnim organizacijama je osnovni faktor u procesu pregovaranja i odlučivanja. Učešće nezavisnih ličnosti, kao pomoć međuvladinim organizacijama, je iskorak napred, kao što je slučaj i sa nadležnošću Suda u rešavanju sporova vezanih za tumačenje i primenu prava EU. U strukturi Evropskog parlamenta su zastupljeni predstavnici građana – država članica – izabrani neposrednim glasanjem, što je u dosadašnjim međunarodnim organizacijama bilo nezamislivo.

Osnovni ugovori EU predviđaju da se u organima te međunarodne organizacije odluke usvajaju većinom glasova. Međutim, u Savetu je ta mogućnost data za mali broj pitanja, dok se za većinu odluka traži jednoglasnost.

Pored ovih konstatacija potrebno je izložiti još neke karakteristike komunitarnog prava – prava Evropske unije.

¹⁶ Van Geden Loos, case 26/62 (1963) European Court Reports 1.

Opšte poznato je da bi norme nekog međunarodnog ugovora imale obavezujući karakter za države i njene građane potrebno je da taj ugovor ratifikuje država, što je karakteristika međunarodnog prava. Shodno međunarodnom pravu osnovni državni ugovori (primarno pravo) podležu postupku ratifikacije. Države članice Evropske unije predvidele su mogućnost da norme sekundarnog prava neposredno utiču na prava i obaveze pojedinca, a da ne podležu postupku ratifikacije.

Dakle, norme komunitarnog prava ne obavezuju samo državu. Norme toga prava, bez posredovanja organa država članica, mogu biti upućene i fizičkim i pravnim licima na teritorijama država članica. To se odnosi na odluke upućene konkretnim adresatima, ali i na pravilnike koji sadrže opšta pravila, kako za države članice, tako i za organe Unije. Posredovanje država jedino se očekuje kod uputstava (direktiva) koja određuju postavljeni cilj, a državama ostavljaju pravo da donešu odluke kako će se postavljeni cilj ostvariti.

Građanin kao pojedinac svoja prava koja proizilaze iz legislativnog procesa Evropske unije može braniti pred Sudom te međunarodne organizacije bez posredovanja države.

Sud Evropske unije¹⁷ po svojoj stvarnoj nadležnosti predstavlja novinu u oblasti međunarodnog sudstva. Novost je i krug subjekata koji se pred njim mogu pojaviti kao stranke u sporu. Odgovarajućim odredbama Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (članovi 169-173) to su države članice koje, ukoliko smatraju da neka druga država članica ne ispunjava neku obavezu predviđenu Ugovorom, to pitanje može izneti pred Sud. Prethodno to pitanje treba pokušati razrešiti pred Komisijom. Međutim, ukoliko neka država članica ne ispunjava svoje obaveze i ne postupi po mišljenju Komisije ova može povesti postupak pred Sudom. Sud je nadležan da odlučuje o tužbama koje podnesu države članice, Savet ili Komisija koje se odnose na nadležnost, povredu bitnih pravila postupka, povredu ugovora ili svakog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njihovu primenu, ili na zloupotrebe ovlašćenja (član 173. stav 2.). Stav 3. istog člana daje to pravo, u okvirima njihovih respektivnih nadležnosti i Evropskom parlamentu i Evropskoj centralnoj banci. Pravo pokretanja postupka pred Sudom saglasno stavu 4. istog člana 173. ima svako fizičko ili pravno lice da «pod istim uslovima, pokrene postupak protiv odluke upućene njemu, kao i protiv odluke koja je, iako doneta u vidu pravilnika ili je reč o odluci upućenoj nekom drugom licu, od neposrednog i pojedinačnog interesa za njega». Ukoliko nadležni organi Unije (Evropski parlament, Savet ili Komisija) propuste da deluju tamo gde su bili dužni da nešto čine, isti subjekti mogu pokrenuti postupak pred Sudom.

Sud Evropske unije, u svakom slučaju, treba:

- a. da obezbedi sprovođenje prava EU, te tumačenje odredbi tog prava,
- b. da sudi u sporovima između država članica, između njih i Unije i između organa Unije,
- c. i najzad da štiti prava fizičkih i pravnih lica u okviru normi prava Evropske unije.

Između Suda Evropske unije i drugih međunarodnih sudova uključujući i Međunarodni sud postoje značajne razlike. Prvo, za pokretanje postupka pred međunarodnim sudovima i tribunalima potrebna je saglasnost obeju strana u svakom konkretном sporu. Postupak pred Sudom Evropske unije pokreće se jednostranim podneskom – u oblastima koje su pokrivene pravom Evropske unije. Drugo, pred Međunarodnim sudom strane u sporu mogu biti samo države. Nasuprot tome, stranke u sporu pred Sudom Evropske unije mogu biti pored država članica, sama Unija, njeni organi te fizička i pravna lica. Treće, iako Sud Evropske unije, za razliku od drugih međunarodnih sudova, nema položaj vrhovnog suda, on ima uticaj na odluke sudova država članica onda kada treba, u nekom sporu, da primene pravo Evropske unije. Sve ovo ukazuje da Sud Evropske unije nije međunarodni sud u dosadašnjem smislu reči, nego organ sa naddržavnim obeležjima ove međunarodne organizacije.

¹⁷ Ugovor o osnivanju poznaje jednu pravosudnu instituciju (Court of justice, Cour de justice, Gerichthof) koja se prevodi kao: Sud, Sud pravde, Evropski sud, Evropski sud pravde, Sud Evropskih zajednica te Sud Evropske unije.

Uticaj prava Evropske unije na nacionalna prava država članica ostvaruje se kroz postupak pribavljanja *odluka o preliminarnim pitanjima* koje nacionalni sudovi traže od Suda Evropske unije u određenim slučajevima. Naime, kada se neki nacionalni sud ili tribunal nađe u situaciji da primeni odredbe prava Evropske unije u nekom konkretnom sporu, on može da zatraži tumačenje upravo navedenih odredbi prava Evropske unije od Suda EU, ako na njegove presude postoji pravni lek po porpisima unutrašnjeg prava, odnosno, on to mora učiniti ako je odluka toga suda ili tribunala konačna. Dakle, nacionalni sud je taj koji od Suda Evropske unije traži tumačenje određenih odredbi prava EU odnosno odluku o preliminarnom pitanju koja sadrži jedino apstraktno utvrđivanje prava koje nacionalni sud treba u datom sporu da primeni.

Odluka o preliminarnim pitanjima je od velikog značaja pošto se tu radi o regulisanju odnosa između prava Evropske unije i unutrašnjih prava država članica. Tako pravo Evropske unije postaje efikasno samo kada prodire u nacionalne pravne sisteme te daje prava i nameće obaveze pojedincima, i omogućava im da se za zaštitu svojih prava obraćaju nacionalnim sudovima.

Po odluci nacionalnog suda ili tribunala da susprenduje postupak i uputi zahtev za davanje odluke o prethodnom pitanju, shodno članu 20. Statuta Suda Evropske unije, sekretar suda Evropske unije obaveštava: a) strane u sporu, b) sve države članice Unije, v) Komisiju i g) Savet (ali samo onda ako akt čije je tumačenje predmet spora proizilazi od njega). Svi ovi subjekti mogu da Sudu Evropske unije pismeno dostave svoja mišljenja – i prisustvuju usmenom delu postupka pred Sudom, koji se razlikuje od postupka predviđenog u rešavanju sporova.

Sa stanovišta prava Evropske unije interesantno je i pitanje kako Sud Evropske unije tretira međunarodne sporazume koje sklope zemlje članice EU sa trećim državama nečlanicama. Verovatno bi trebalo zaključiti da o tome kako će ovi međunarodni sporazumi biti tumačeni i provođeni odlučuje međunarodno javno pravo, odnosno primena principa reciprociteta (neposredno dejstvo u državama članicama, ali i državama nečlanicama).

No, Sud je stao na stanovište da o pitanjima primene takvih sporazuma, budući da je neophodna jednoobrazna primena tih međunarodnih sporazuma u svim članicama Unije, ne treba da odlučje unutrašnje pravo država članica.¹⁸

Naime, Sud smatra da međunarodni sporazumi zaključeni sa trećim državama (nečlanicama), bez obzira na to da li stvaraju specijalni režim koji trećim državama daje veća pravo nego članicama Unije, ili se radi o normalnim recipročnim sporazumima – mogu imati neposredno dejstvo u državama članicama, bez obzira na to da li takvo dejstvo imaju i u stranama ugovornicama nečlanicama Unije. O tome koje odredbe takvih međunarodnih sporazuma imaju neposredno dejstvo odlučuje Sud.

Sistem evropske unije razlikuje se od normi međunarodnog prava. Norme sistema Evropske unije obavezuju ne samo države članice, nego i fizička i pravna lica. Te norme neposredno su primenjive i imaju neposredno dejstvo u unutrašnjim pravnim sistemima država članica što daje mogućnost pojedincu da se može obratiti nacionalnim sudovima radi zaštite prava koje im pravni sistem EU daje. U sporovima pred nacionalnim sudovima kod primene prava EU postoji i institucija odluke o preliminarnim pitanjima u cilju jednoobrazne primene prava u svim državama članicama.

3. Zaključak

Evropska unija, kao poseban oblik međunarodne organizacije, stvara posebno pravo koje se najčešće naziva komunitarno pravo ili pravo Evropske unije. Za razliku od državnih

¹⁸ Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg, case 104/81 (1982), ECR 3641.

pravnih sistema komunitarni pravni sistem ne predstavlja potpun i zaokružen sistem, već sistem pravnih normi koji reguliše samo neke od odnosa u koje stupaju subjekti komunitarnog prava. Ovaj sistem sadrži određene specifičnosti u odnosu na nacionalne sisteme: kako u pogledu subjekata koje obavezuje, tako i po vrsti i karakteru pravnih normi koje sadrži. Te norme kao izvore komunitarnog prava najčešće djelimo na primarne i sekundarne. Da bi komunitarno pravo bilo funkcionalno Sud Evropske unije obezbjeđuje njegovu primjenu, tumačenje odredbi tog prava, sudi u sporovima između država članica, između njih i Unije i između organa Unije te štiti prava fizičkih i pravnih lica u okviru normi komunitarnog prava.

Literatura

- (1) Jankovec, I., *Dejstvo promjenjenih okolnosti na ugovorne odnose* (Pokušaj harmonizacije prava evropskih zemalja), Revija za Evropsko pravo, Beograd, 1/1999.
- (2) Kostadinović, S., Račić, M., *Poslovno pravo*, Novi Sad, 2009.
- (3) Misita, N., *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007.
- (4) *Pravo Evropske unije, Zbornik radova*, Priprema i redakcija: Dr Dobroslav Mitrović i Dr Obrad Račić, Službeni glasnik, Beograd, 1996.
- (5) Radoman, M., *Osnove prava medjunarodnog robnog prometa i prava Evropske unije*, Beograd, 2004.
- (6) Vukadinović, R., *Pravo Evropske unije*, «Megatrend» - Univerzitet primenjenih nauka, Beograd, 2001.

UDK: 321.011

Dr. Sladan Ajvaz

DRŽAVNI OBLICI I PITANJE SUVERENITETA THE FORMS OF STATE AND THE ISSUE OF SOVEREIGNTY

REZIME

Razmatrajući državne oblike i pitanje suvereniteta autor posebnu pažnju obraća na problem suverenosti i suvereniteta sa aspekta monarhije i republike, demokratskog i autokratskog političkog režima, oblika državne vlasti i državnog uređenja. Kao što postoje opšte zakonitosti u nastajanju i mijenjanju državnih oblika isto tako te opšte zakonitosti utiču i na pitanje suvereniteta, pa ih je autor u tom kontekstu i posmatrao.

Ključne riječi: suverenitet, suverenitet i državni oblici, monarh-suveren, suverenitet-republika-autokratija, parlament-suveren, državno uređenje.

SUMMARY

Analysing the forms of state and the issue of sovereignty, the author pays special attention to the problem of sovereignty from the aspect of monarchy and republic, democratic and autocratic political regime, the form of state governance and the governmental system. Similarly to the general regularities that exist in emerging and changing of the forms of state, there are, also, general regularities affecting sovereignty and, consequently, the author observes them within that context.

Key words: sovereignty, sovereignty and the forms of state, monarch-sovereign, sovereignty-republic, autocracy, parliament-sovereign, governmental system.

Države se razlikuju po raznim elementima i postoji velika raznovrsnost država. Jedne su monarhije, druge republike; jedne su centralizovane, druge decentralizovane; dok su jedne složene, druge su proste; jedne su demokratske, druge nedemokratske; jedne su robovlasničke, druge buržoaske; kod jednih postoji parlament i vlada, kod drugih ne, itd. Zato je potrebno da se napravi klasifikacija država, a ona se može napraviti na osnovu opštih elemenata koji su zajednički svim državama, koji čine bitnost države, i posebnih elemenata. Ovi posebni elementi se opet mogu podijeliti na dvije vrste; jedni su strogo pojedinačni, koji pripadaju samo jednoj državi, a drugi su grupni, tj. pripadaju dvjema ili više država.

Na osnovu ovih elemenata vrši se klasifikacija država, što znači da se države klasifikuju u izvjesne grupe, vrste, oblike i tipove. Postojii toliko klasifikacija koliko je i teoretičara države. Klasifikacija država prema organizaciji vlasti vršena je kod prvih teoretičara prava. Još su Platon i Aristotel, a i mnogi drugi tokom istorije, stvarali raznovrsne klasifikacije. S obzirom na složenost organizacije državne vlasti, razumljivo je da postoji mnoštvo klasifikacija. Brojnim klasifikacijama i grupama država, dobijenim na osnovu klasifikacija, uobičajeno je dati naziv oblici.

Još je u antičkoj filozofiji, posebno grčkoj, bilo razvijeno učenje o oblicima države. I antička grčka i rimska teorija su se bavile uglavnom načinom na koji je organizaovana državna, vrhovna, suverena vlast, i s tim u vezi, odnosom državnog aparata prema stanovništvu.

Značajan doprinos klasifikaciji oblika države donosi Makjaveli, ali on sve oblike države svodi na: monarhiju – vladu jednog, i republiku – vladu više njih. Boden, za razliku od Makjavelija u svom učenju o oblicima države razlikuje tri oblika države. Shodno različitim vrstama pravde koju država ostvaruje, on preferira apsolutnu monarhiju. Monteskje razvija četiri oblika države, pored klasična tri, on konstituiše i despotiju.

Dok su stari teoretičari države svoje klasifikacije bazirali na moralno-političkim elementima, novi teoretičari su u svoje klasifikacije državnih oblika unijeli jedan novi kriterij. Naime, oni su posebnu pažnju obraćali na odnose između nivoa nižih i viših organa vlasti, odnosno između centralnih i lokalnih organa i tako došli do klasifikacije na proste i složene, odnosno centralizovane i decentralizovane države.

I – Vrste državnih oblika

Klasifikacija državnih oblika, koju je napravila nova pravna misao, je pošla od kriterijuma nosioca suverenosti i tehničke organizacije najviših državnih organa, tačnije šefa države. S obzirom na ovo, države se, kako to kažu Radomir Lukić i Budimir Košutić, mogu klasifikovati (a) prema oblicima vladavine, određenim prema organizaciji vladara države; (b) prema oblicima političkog poretku, određenim prema političkom nosiocu suverene državne vlasti; (v) prema oblicima državnog uređenja, određenim prema tome da li u određenoj državi postoji jedna ili više državnih organizacija i (g) prema oblicima državne vlasti, koji su određeni po odnosu između zakonodavstva, egzekutive i sudstva¹. Pri tom ovi autori su svjesni da ova terminologija koju koriste nije opšte usvojena ali je široko prihvaćena.

¹ Radomir Lukić - Budimir Košutić, Uvod u pravo, Beograd 2003., str. 174.

Oblici države su mnogobrojni i raznovrsni i mogu da zavise od raznih kriterija, kao što su klasni, nacionalni, rasni, vjerski, ekonomski, geografski, kulturni i drugi. Svi ovi faktori utiču na oblike države i u konkretnom istorijskom izvođenju daju države različitih oblika – centralizovanih, decentralizovanih, složenih, unitarnih.

Nedvojbeno je da postoje izvjesne opšte zakonitosti u nastajanju i mijenjanju državnih oblika. Tako se može utvrditi zakonitost u nastajanju i demokratije i autokratije, i federacije i unitarne države. Te zakonitosti, međutim, nisu dovoljno ispitane i do kraja protumačene.

II - Oblici vladavine

Oblici vladavine objašnjavaju se na dva načina. Po jednima, oblik vladavine se određuje prema broju lica koja vrše vrhovnu, suverenu, državnu vlast. Monarhijom se smatra država u kojoj jedno lice, odnosno, jedan čovjek vrši tu vlast, a republikom država u kojoj tu vlast vrši više lica. Drugi način određivanja oblika vladavine vodi računa o kriterijima organizovanja jednog od vrhovnih državnih organa, tj. šefa države ili državnog poglavarja. Državni poglavari je naročiti državni organ koji vrši određene funkcije u državi i ima posebno mjesto.

Državnog poglavarja treba razlikovati od suverenog ili vrhovnog državnog organa. Vrlo često se dešava da jedan isti organ bude istovremeno i državni poglavari i suveren tj. vrhovni organ. Vrhovni organ je organ koji ima suverenu državnu vlast, odnosno, najvišu i koja ničim nije ograničena. Objektivno, u modernoj državi, gdje postoji razlikovanje između ustava i zakona, on je ustavotvorni organ, dakle, organ koji donosi ustav. Državni poglavari jeste organ koji oličava državu, koji je predstavlja kao poseban subjekt. On predstavlja državu prema inostranstvu i unutra. Pored toga, šef države može u izvjesnoj mjeri učestvovati i u zakonodavstvu i u sudstvu na način da predlaže zakone, stavlja sankciju ili veto u zakonodavstvu, a u sudstvu da daje pomilovanja i slično. Na taj način šef države može biti istovremeno i vrhovni, suvereni državni organ.

a) Pojam monarhije

Određujući monarhiju i republiku po organizaciji državnog poglavarja za monarhiju bismo mogli da kažemo da je to onaj oblik vladavine u kome je poglavari države s izuzetnim privilegijama, koje ga stavljači iznad običnih građana. Ono što je bitno jest to da te privilegije nisu u njegovoj vlasti, koju vrši kao državni organ, nego su vezane za njegovu ličnost i one ga na taj način stavljači iznad zakona i prava uopšte. Za razliku od monarhije, državni poglavari u republici nema nikakvih ličnih privilegija.

Za monarha je karakteristično da ima privilegiju neodgovornosti, što znači da on nije potčinjen nikakvim pravnim propisima, pa može pravno da učini šta hoće, jer se prema njemu ne mogu primjeniti nikakve sankcije. Činjenica da monarh ne podliježe sankcijama ne znači da ne mogu biti propisane pravne sankcije kojima je on dužan da se pokorava. Te sankcije postoje i on je dužan da im se pokorava, ali ta njegova dužnost, nije nikakva pravna dužnost jer ne postoje nikakve sankcije protiv njegovog nepokoravanja. Objektivno se može postaviti pitanje da li su te norme uopšte pravne norme. Proizilazi da se monarh može definisati kao suverena ličnost, tj. ličnost koja je iznad prava i koja ne podliježe pravnim propisima, odnosno pravnim sankcijama.

Samo poimanje suverena kao suverene ličnosti ne znači istovremeno da je on i suvereni organ, odnosno suverena vlast. Monarh ne mora biti nikakav suvereni organ, suverena vrhovna državna vlast, pa i kad nije suvereni organ, monarh je suverena ličnost.

Suvereni organ je onaj koji može da donosi pravne propise koji imaju obavezan karakter zato što ih primjenjuje državni aparat. Monarh koji nema suverenu vlast takve propise ne može donositi. Monarh koji nije suveren organ, ako bi i donio odrđene propise ti propisi ne bi bili pravni propisi, ali bi on i dalje ostao suverena ličnost.

Zbog činjenice da je monarh suverena, neodgovorna ličnost, stvaraju se izvjesni organi koji odgovaraju za monarhove radnje umjesto njega. Ta lica ne odgovaraju za lične radnje monarha, nego samo za njegove političke radnje.

b) Vrste monarchija

Veoma je veliki broj vrsta monarchija i one se mogu klasifikovati s obzirom na razne karakteristike. Ovdje ćemo uzeti u obzir klasifikaciju koju je napravio Radomir Lukić, koji kaže da „postoje dve vrste monarchije: monarchija u kojoj je monarh istovremeno i šef države i vrhovni državni organ, i monarchija u kojoj je monarh samo šef države, a nije suveren organ.“¹

¹ Na ovaj način klasifikovanje monarchija dovodi nas do pojma neograničene, odnosno absolutne monarchije i njoj suprotne, ograničene monarchije.

Kod neograničene monarchije, monarh ima suverenu državnu vlast, tj. ustavotvornu i zakonodavnu. U takvoj državi ne mora postojati ni ustav, odnosno, zakoni u formalnom smislu. U tom slučaju ne možemo govoriti o ustavotvornoj i zakonodavnoj vlasti, već monarh prosto vrši suverenu vlast bez ikakvih ograničenja, što je bila karakteristika absolutne monarchije.

Za razliku od neograničene, ograničena monarchija koja je po pravilu moderna, monarha stavlja u poziciju lične privilegije neograničenosti, a njegova suverena vlast je prenesena na druge organe. Ograničena monarchija se pojavljuje u dva oblika kao: ustavna monarchija i parlamentarna monarchija. Za ustavnu monarchiju je bitno da postoji ustav, ali na taj ustav nije mogao bitno da utiče monarh, ustav donosi neki drugi organ, a ne monarh (makar i uz njegovo učešće). U ustavnoj monarchiji svi monarhovi akti koji bi bili protuustavni su nevažeći.

Parlamentarna monarchija je samo jedna od podvrsta monarchije gdje je monarhova vlast više ograničena, nego u ustavnoj neparlamentarnoj monarchiji. Parlamentarna monarchija je ona monarchija u kojoj je suvereni organ sam parlament, ili po pravilu, parlament u zajednici sa kraljem. Ovdje parlament vrši zakonodavnu vlast, bilo samostalno ili zajedno s kraljem, i u ovom drugom slučaju zakoni postaju validni kada im kralj da sankciju. Ako monarh ne usvoji prijedlog, to bi značilo da je stavio veto. Taj veto je apsolutan, što znači da prijedlog ne može postati zakon. Parlamentarna monarchija podrazumjeva da za monarhove akte odgovaraju ministri i da nijedan monarhov akt ne može postati punovažan bez potpisa ministra, koji samim tim odgovara za akt umjesto monarha, što znači da bez ministrovog potpisa taj akt, ustvari, i ne postoji.

U ovakovom sistemu parlamentarne monarchije monarha vlast je izuzetno ograničena jer on u stvari ne može da provodi svoju volju bez saglasnosti ministara, a ministri su potčinjeni parlamentu, što znači volji parlamenta.

Za razliku od ova dva oblika monarchije, neograničene i ograničene, istorijski je postojala i staleška monarchija u kojoj je jednim dijelom bio ograničen monarhov suverenitet. Različiti oblici monarchije s obzirom na rang su uticali na suverenitet. Ti oblici monarchije su postojali u formi carevine, kneževine, vojvodstva, itd.

¹ Radomir Lukić, Teorija države i prava – I. Teorija države, Beograd 1995., str. 316.

c) Pojam republike

Pri definisanju republike, kod mnogih teoretičara države, nailazimo na određenje pojma republike kao suprotnog pojmu monarhije. Tako na primjer, Nikola Visković kaže da je „republika oblik države suprotan monarhiji“, ¹ a Fuad Muhić dodaje, da se republika razlikuje od „monarhije načinom izbora šefa države“, ² dok za Hansa Kelzena „Predsjednička republika, gdje šefa izvršne vlasti bira narod, izrađena je po uzoru ustavne monarhije.“ ³ Ono što je zajedničko svim ovim odrednicama je da je republika onaj oblik vladavine gdje poglavar države, odnosno, predsjednik republike, nije suverena ličnost. Pošto nije suverena ličnost, on je potčinjen pravu kao i svaki drugi građanin i odgovara za svoje akte, kako političke, tako i za sve druge. Za pogrešnu politiku on može biti smijenjen sa svog položaja i prije isteka mandata, a krivično može odgovarati ukoliko neka radnja koju je preuzeo predstavlja krivično djelo.

Za razliku od monarha, koji može biti i nasljedan, predsjednik republike je uvijek izboran. Republike se mogu razvrstati po stepenu ovlaštenja predsjednika, pa se i one, slično monarhijama, dijele na ograničene i neograničene. Ovdje treba naglasiti da ovi pojmovi kod republike imaju suprotno značenje, jer pojам republike je izvorno istovjetan sa pojmom demokratije, pa bi ograničena republika bila donekle slična neograničenoj monarhiji. A neograničena republika bi bila identična sa demokratijom. U njoj predsjednik ima utvrđena i u skladu sa zakonom potvrđena ovlaštenja, a za prekoračenja bi odgovarao.

Vlast predsjednika republike je u načelu manja nego monarhova, mada to ne mora biti tako. Naročito su njegova ovlaštenja vezana za zakonodavnu vlast manja u odnosu na monarhova. Predsjednik republike nikad nema pravo veta na zakone (a o sankciji nema ni govora), ali mu se daje pravo suspenzivnog veta, umjesto apsolutnog veta monarha.

Takođe, postoji jedan oblik republike, mada rijedje, koji se kao i onaj monarhijski naziva teokratskim. To znači da se na čelu republike nalazi duhovna ličnost. Republike se mogu klasifikovati i po klasnim kriterijima, mada je to prilično uslovno.

Šef države ne mora istovremeno da bude i suveren organ, a ima republika u kojim jest. U ovom slučaju, ne postoji nikakva razlika između monarhije i republike osim što predsjednik republike u načelu ostaje odgovoran za svoje akte (i politički i krivično) dok monarh to nije. Treba da imamo na umu da stupanj suverenosti predsjednika republike ne može nikad biti tako visok kao što je monarhov. Kao što smo već rekli, poglavar države u republici je uvijek odgovoran i izboran, što znači da je potčinjen ustavu. On može imati ustavotovornu vlast, ali dok je to republika, on ostaje odgovoran i potčinjen ustavu.

Republike se mogu klasifikovati i prema broju lica iz kojih se sastoji organ koji ima funkciju šefa države, tj. predsjednika republike. Šef države može biti inokosan ili kolegijalan. S obzirom na to da li je predsjednik republike istovremeno i suveren organ, to se odnosi mutatis mutandis i na šefa države kao inokosnog i kolegijalnog.

III - Oblici političkog režima

a) Pojam demokratije

¹ Nikola Visković, Država i pravo, Zagreb 1995., str. 56.

² Fuad Muhić, Teorija države, Sarajevo 1982., str. 73.

³ Hans Kelzen, Opšta teorija prava i države, Beograd 1998., str. 364.

Oblik političkog režima u teoriji države se određuje prema tome ko je politički nosilac suverene državne vlasti. Kelzen kaže „ako je kriterijum klasifikacije način na koji je saglasno ustavu stvoren pravni poredak, onda je pravilnije razlikovati, umjesto tri, dva tipa ustava: demokratiju i autokratiju. Ta razlika se zasniva na ideji političke slobode.“ „Država se naziva demokratijom ako demokratsko načelo preovlađuje u njenom uređenju, a autokratijom – ako preovlađuje autokratsko načelo.“¹

Za oblik političkog režima je značajno da li politički režim sprovodi volju pojedinca, volju manjine ili volju većine. Pitanje formiranja političke volje je veoma bitno i od njega mnogo zavisi kakav će režim država imati. Demokratija je takav oblik, odnosno organizacija države, u kojoj vlast pripada narodu, odnosno većini, a autokratija je oblik u kome vlast pripada manjini. Ovakva definicija je relativno i prilično tačna, ali je istovremeno i neprecizna.

Pojam demokratije, a posebno moderne, se razvio u okviru liberalističko – demokratske koncepcije i on se u osnovi oslanja na ideju narodnog suvereniteta i ograničene vlasti. Demokratska vladavina u osnovi znači ustavnu vladavinu ili konstitucionalizam. Ustav, kao temeljna prepostavka za odvijanje normalnog političkog života, bez nasilja i samovolje, je prepostavka demokratije. Ustav bi u osnovi trebao da bude izraz bazičnog konsenzusa o načinu vladanja i preduslov za postizanje jedinstva nacije.

Pri određivanju oblika političkog režima veoma se često govori o „čistim oblicima“ takvih režima, odnosno demokratije i autokratije. Državnom organizacijom nažalost uvijek upravlja manjina, ali kod demokratije, za razliku od autokratije, ta manjina vrši vlast u ime naroda, odnosno većine. Država je, kao što smo to već ranije rekli, nosilac državne suverene vlasti. Demokratija samim tim što vlada u ime naroda vrši tu suverenu vlast. Između naroda i državne organizacije se nikad do kraja ne mogu uspostaviti čvrste veze, tako da uvijek postoji opasnost od prodora autokratskih elemenata u državnu vlast.

Demokratija se definiše kao vlada naroda, što praktično znači vlada većine. Definisati ili bliže odrediti pojam vlade naroda je veoma teško. Postoji više pristupa toj definiciji, pa prema tome i više pojmove ili značenja demokratije, tačnije rečeno, više njenih elemenata. Veoma precizno i sažeto taj pojam je odredio Duško Vrban kad kaže: „Demokracija je takav oblik političkog sustava koji označuje političku participaciju ili sudjelovanje većine stanovništva u donošenju bitnih političkih odluka, uključivši i naročito kompetitivne izbore utemeljene na jednakosti građana i ustavno zajamčenim pravima i slobodama.“¹ Iz ove deskriptivne i sveobuhvatne definicije možemo zaključiti da vladati znači vršiti vlast i donositi odluke i pravne akte, izvršavati ih u ime i za narod preko državnog aparata. Demokratija, dakle postoji onda kad narod, odnosno većina, stvarno vrši vlast. Kad je narod identičan sa državnom organizacijom. Onaj sistem u kojem narod, odnosno, građani neposredno vrše državnu vlast naziva se neposredna demokratija to je jedina prava demokratija. Rijetke su takve forme demokratija jer građani vrlo rijetko s obzirom na svoj broj mogu istinski vršiti tu vlast. Demokratija se najčešće pojavljuje u formi posredne, predstavničke sa izvjesnim elementima neposredne demokratije.

Problem demokratije se u osnovi svodi na pitanje odnosa između državne organizacije i naroda. Odnos između državne organizacije, tj. državnog aparata i naroda, je pitanje postojanja i nepostojanja demokratije.

Neposredna demokratija je oduvijek bila ljudski ideal kome se neprestano težilo. Ta ideja neposredne demokratije, da narod neposredno vlada sobom, a ne neki drugi organ koji bi im upravljao, iako je bila cilj ljudskoga društva, u punom smislu, nikada nije ostvarena. Neposredna demokratija bi značila potpuno uništenje države jer je država, kao posredni aparat, uvijek odvojena od naroda. Kada bi državni organi postali neposredno demokratski,

¹ Hans Kelzen, Opšta teorija prava i države, Beograd 1998., str. 347.

¹ Duško Vrban, Država i pravo, Zagreb 2003., str. 142.

oni više ne bi bili državni. Tako da uvijek imamo jednu kombinaciju neposredne demokratije i predstavničke.

Neposredna demokratija ne bi bila ništa drugo do narodni suverenitet, i upravo načelo narodne suverenosti, ako bi bilo konsekventno izvedeno, zahtjeva sistem neposredne demokratije (o tome više vidjeti u dijelu teze gdje se govori o državnoj odnosno narodnoj i nacionalnoj suverenosti). Ako vlast pripada narodu, logično je da je on i vrši i da je u njegovo ime niko ne može vršiti.

Neposredna demokratija se pojavljuje u dva osnovna oblika, zavisno od toga da li narod donosi odluke samo u oblasti zakonodavstva, ili i oblasti uprave i sudstva.

Sva druga pitanja vezana za načine i forme ostvarivanja demokratije, a iz aspekta suvereniteta, treba da tumačimo na osnovu principa narodne ili nacionalne suverenosti. To se prevashodno odnosi na pitanje predstavničke demokratije, stvaranja i ostvarivanja volje naroda, položaja narodnih predstavnika i načina njihovog biranja.

b) Pojam autokratije

Pod pojmom autokratija ili samovlada se u načelu smatra da vlast tj. suverenost ne pripada narodu niti se iz njega izvodi. Glavna obilježja autokratske vlasti bi bila: neograničenost, koncentracija moći i nedostatak demokratskog legitimite. Ipak, treba naglastiti, da ova tri kriterija nisu puздano mjerilo za određivanje pojma autokratske vlasti.

Forme autokratskih režima kroz istoriju su bile različite s obzirom na stepen neograničene samovlade nosioca suverene vlasti tako da kroz njih možemo da pratimo i stepen autokratije. Istorija poznaje forme autokratije u obliku: aristokratije, u kojoj vlada jedna klasa ili sloj koji se po različitim kriterijima smatra posebnim; oligarhija, gdje vlast ne pripada jednome, nego grupi „oligarha“; tiranija je vlast jednoga, lična diktatura, koja liči na monarhiju, ali od monarhije se razlikuje što je to rđava vlada jer monarh vlada u opštem interesu i po zakonima, dok tiranin vlada u ličnom interesu kršeći zakone i prava, oslanjajući se isključivo na teror i nasilje; despotija označava neograničenu vlast grupe ili lica, po pravilu svirepih i oslonjenih na nasilje, koja se vrši ne po donesenim zakonima, jer ih i nema, i gdje je despot potpuno sloboden jer ne postoji nikakvi propisi; plutokratija je vlast grupe koja je manjina, kao i aristokratija, ali vladajuća grupa na čelo dolazi na osnovu bogatstva – vlast vrše oni sa određenim stepenom bogatstva. Bogatstvo je osnovni kriterij za određivanje ovog režima.

IV - Oblici državne vlasti

Kao što smo vidjeli državna vlast, u širem smislu, podrazumjeva da vlast donosi neke odluke, zapovjesti (tj. pravne norme) i da ih izvršava. Sam termin državna vlast u užem smislu označava tri osnovne vrste državnih vlasti: zakonodavna vlast (zakonodavstvo), upravna vlast (uprava) i sudska vlast (sudstvo).

Vršenje ove tri vlasti može biti različito organizovano. S obzirom na način kako su ove tri vlasti organizovane zavisi i oblik državne vlasti. Shvatanje pravne i političke nauke o ovom pitanju je zaokupljalo ljudsku misao, glavni predstavnik ovog institucionalnog shvatanja politike je Monteske. Monteske je u svom „Duhu zakona“ prvi naznačio princip o podjeli vlasti iako je djelo nastalo u vremenu absolutne monarhije, gdje je nosilac cjelokupne državne vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske) bio monarh. Dakle, to je vrijeme kada oblik državne vlasti predstavlja čist oblik jedinstva vlasti, a samim tim i oblik neograničene vlasti. Neograničena vlast je u koliziji sa principom slobode i demokratije, pa je zato bilo nužno da Monteske traži drugačiji način organizovanja državne vlasti, kako bi se obezbijedila sloboda čovjeka i eliminisali uzroci zloupotrebe u vršenju državne vlasti. Monteske je bio za princip

podjele vlasti zato što se „podela vlasti zasniva na ideji da vlast može da se oslabi u samom svom izvoru i razvije tako da jedan deo ograničava drugi, a da pritom celokupna vlast bude ograničena i strogo definisana kako ne bi zadirala u sferu individualnih i društvenih sloboda.“¹

Koncept organizacije državne vlasti je bio u funkciji omogućavanja političke slobode, ali je u osnovi uzdrmao jedno bitno svojstvo suverenosti, koje su isticali Boden i Hobs: nedjeljivost vlasti. Normalno, da ovo implicira pitanje nosioca državne suverenosti, jer se može dogoditi da ove tri državne vlasti budu u sukobu. Za Monteskjea, ove tri vlasti moraju uvijek da se slože, pa i kada su u sukobu, pošto na osnovu nužnog kretanja stvari bivaju prisiljene da djeluju sporazumno. Suverenost počiva na sintezi različitih grana vlasti.

Tri vlasti, zakonodavstvo, uprava i sudstvo, postoje u svim razvijenim državama, ali su načini, postupci i organi, u različitim državama, različiti. S obzirom na način vršenja vlasti određuje se oblik državne vlasti, to su jedinstvo vlasti i podjela vlasti. Kod jedinstva vlasti sve tri vlasti vrši isti državni organ, a kod podjele vlasti postoji specijalizacija tj. stvaranje tri posebne vrste organa.

Princip podjele vlasti je jedan od principa organizacije vlasti koji ima najveći i najdalekosežniji uticaj na organizaciju države. Monteskje kaže: „Sve bi bilo izgubljeno kada bi isti čovek ili isto telo vladalaca, plemića ili naroda vršili sve tri vlasti: vlast donošenja zakona, vlast izvršenja državnih akata i vlast suđenja zločina ili sporova među pojedincima“. ² Kada kaže „sve bi bilo izgubljeno“, Monteskje misli na slobodu, zbog toga je potrebno ograničiti vlast svakog organa da nijedan organ ne vrši punu državnu vlast. Potrebno je svaku od tri vlasti povjeriti različitim organima tako da jedna vlast ograničava ili zaustavlja drugu (eng. checks and balances).

Modaliteti principa podjele vlasti su: parlamentarni sistem, predsjednički sistem i konventski sistem. Ne ulazeći u suštinu ovih sistema, mi ćemo samo načelno odrediti gdje i kod koga se nalazi suverenost.

a) Parlamentarni sistem

Engleska kao kolijevka parlamentarnog sistema, iako nema ustav u formalnopravnom smislu, dala je najveći doprinos razvoju parlamentarizma. Suština ovog sistema i osnovni činioци su: parlament, monarh – kao šef države, i vlada kao najviši izvršni organ.

Parlament (Gornji – Dom lordova i Donji dom – Dom komuna) je svoju zakonodavnu ulogu izborio kroz dugotrajnu borbu za ravnopravno učešće u političkom životu zemlje. Upravo, uporna borba buržoazije za političku kontrolu vlasti kroz parlament razvila je misao o suverenosti parlamenta. Misao da je volja birača morala biti neprikosnovena i da se oni na izborima treba da izjašnjavaju za konkretnе političke programe je suverenost upravo vezala za parlament. Vlada je izvršni organ parlamenta. Šef države u engleskom parlamentarizmu je monarh, koji se naziva suverenom. Da li monarh raspolaze suverenom vlašću koju je nekad imao, nije više aktuelno. Monarhova vlast je ostala samo simbolična (on „vlada ali ne upravlja“). Pravno gledano, njegova ovlaštenja su i dalje velika, ali su praktično veoma uska. Monarh formalno imenuje i predsjednika vlade (tj. prvog ministra), ali imenovanje prvog ministra, zavisi od toga ko je u parlamentarnoj utrci dobio izbole.

¹ Kosta Čavoški, Uvod u pravo I, Beograd 1999., str. 221.

² Monteskje, O duhu zakona, Beograd 1989., str. 176.

Engleski parlamentarizam je nastajao u jednom dugotrajnom istorijskom procesu, možemo da ga pratimo od pojave Bila o pravima (1675.) pa do savremenih dana. Suverenost zakonodavnog tijela se faktički veže za Bil o pravima, jer on uopšte nije pokušavao ograničiti prava parlamenta, kako to kaže Dajsi. Posebnost ustavnog razvoja Engleske leži u činjenici da zakonodavna vlast Krune nikad nije bila ukinuta, već je samo prenesena novom zakonodavnom tijelu „kralju – u – Parlamentu“, što je formalnopravno i danas slučaj. Ustavnopravna borba za neograničenu zakonodavnu vlast parlamenta je tekla kroz vrijeme. U prvim periodima teorijska shvatanja se zasnivaju na načelu legalističkog shvatanja suverenosti, to je Bodenov koncept legalističkog shvatanja suverenosti, koje se zasniva na supremaciji Parlamenta i priznavanju osnovnog zakona. Parlament može da mijenja i common law propise zato što je on vrhovni sudija.

Politička situacija, kroz koju prolazi englesko društvo (građanski ratovi) je oscilirala i davala neograničenu suverenost Parlamentu u odnosu na kralja i osnovni zakon. Po ovom konceptu, Parlament bi trebao da bude vrhovni tumač osnovnog zakona. Posebno viđenje suvereniteta se javlja sa Hobsom kao protivnikom sistema podjele vlasti, uz suverenost sva vlast, pa suverenost nije djeljiva i prenosiva, ona je vezana za suverena „bez obzira na to o kakvom obliku vladavine je riječ“. Hobs ne priznaje nikakva ograničenja nosioca vrhovne vlasti, bez obzira da li je nosilac te vlasti monarch ili parlament.

Džon Lok razmišlja o suverenosti na sasvim drugačiji način od Hobsa. On odbacuje ideju o absolutnoj i ničim ograničenoj suverenoj vlasti. Za njega zakonodavna vlast koja proizilazi iz parlamenta, ne samo da je prihvatljiva, već je jedina moguća, ali ta vlast mora da poštuje osnovni zakon. Prema tome, vrhovna vlast iako suverena, ima utvrđene granice.

Krajem XVII vijeka, konačnim ozakonjenjem suverenosti engleskog Parlamenta, u smislu pravne neograničenosti njegovih ovlaštenja, konstituisala se ideja da ipak postoje ustavne granice u čijim okvirima mora da se kreće njegova zakonodavna djelatnost. Mnogi akti koji su u XVIII vijeku donošeni nalaze se na tom pravcu (Scottish Union Act 1707., Septennial Act 1717.). Teoretičar ovog perioda koji razmatra problem suverenosti parlamenta je Vilijam Blekston (William Blackstone). On suverenu vlast definiše kao onu koja ima „pravo da donosi zakone“ i da „volju jednog čoveka ili skupštine ljudi treba razmatrati kao zakone“, odnosno da je „zakon vrhovni arbitar života, slobode i svojine svakog čoveka“. ¹ U svojoj teoriji on vršenje suverene vlasti izričito povjerava Parlamentu koji je absolutno suveren u svom djelovanju. Nijedna druga vlast ne može biti iznad Parlamenta. Po njemu, Parlament je viši i od samog ustava, koji parlament može mjenjati po svom nahođenju. Parlament po njemu „može ukratko, učiniti sve što nije prirodno nemoguće“, i on „nema samo neograničenu legislativnu vlast već da može preko svojih organa da izvršava zakone i diskreciono lišava pojedinca prava, pa čak i života“.²

Savremena pravna i politička misao Engleske počiva na autentičnom konstitucionalizmu i leži na principu podijeljenog i uravnoteženog vršenja političke vlasti. Teoretičari koji se javljaju u tom periodu, Vajl, Fridrih, Levenštajn i dr., su u tom pravcu nastavili interpretaciju položaja parlamenta i odnosa izvršne i sudske vlasti prema njemu.

Govoreći o problemu suverenosti Parlamenta u moderno doba mi govorimo o pitanju sistema vlasti, u suštini tu se radi o tzv. korporativnoj suverenosti, odnosno suverenom kralju-Parlamentu i simbiozi legislative i egzekutive.

Raspravlјajući o suverenosti engleskog parlamenta, mi raspravljamo o supremaciji prava i načelu narodne suverenosti. Doktrina o suverenosti Parlamenta je povezana sa narodnom suverenošću. Ideja narodne suverenosti je moguća i ostvariva samo putem neograničene vlasti zakonodavnog tijela. Ideja neograničene vlasti parlamenta i narodne

¹ Blekston, cit. pr. Lidiji Basti, Politika u granicama prava, Beograd 1984., str. 59.

² Op. cit., str. 59-60.

suverenosti Rusoa je dovela do toga da za engleski parlamentarizam kaže da „engleski narod misli da je sloboden, ali se ljuto vara; on je sloboden samo za vreme izbora članova parlamenta: kad su oni izabrani, on je rob, on nije ništa. Način na koji se on koristi svojom slobodom za vreme njenog kratkog trajanja pokazuje da zaslužuje da izgubi.“³

Moderno doba engleske ustavnosti i parlamentarizma je zasnovano na načelu teže i protivteže zakonodavne i izvršne vlasti. Iz ovih elemenata je nastala teorija parlamentarizma u savremeno ustavnopravnoj i političkoj nauci. Savremena ustavnopravna doktrina engleske je u osnovi tradicionalna. Tradicionalnost mišljenja je razumljiva s obzirom na konkretno istorijske uslove u kojima je nastala, u tom kontekstu, kada govorimo o engleskom parlamentarizmu, treba da razumijemo suštinu engleskog parlamentarizma. Odnos parlamenta, tj. legislative, i egzekutive je vrlo specifičan. Da li postoji zasebna izvršna vlast ili je ona samo funkcionalno izdvojena i uobličena u mjeri u kojoj je to neophodno za vladu, kao „izvršni odbor“ parlamenta, je uslovno.

Francuski parlamentarizam, koji je nastao poslije francuske revolucije, u osnovi je inspirisan demokratskom idejom. Treći stalež, odnosno pobunjeni narod, konstituisao se u skupštinu, koja je predstavljala cjelokupnu vlast, nju je objektivno ostvario slanjem kralja na gilotinu. Konstituišući parlament kao osnovnu vlast, francuski zakonodavac je afirimisao princip narodnog suvereniteta. Svi ustavi koji su poslije toga donešeni, od Jakobinskog pa dalje, su izražavali princip narodne suverenosti. Francuski parlamentarizam je konstituisao novi model parlamentarizma, koji se u teoriji često naziva francuskim sistemom.

Bitna razlika engleskog i francuskog parlamentarizma se zasniva na pitanju rješavanja odnosa između parlamenta i vlade. U francuskom parlamentarizmu vlada ne može postojati ako ne uživa stalnu podršku parlamenta, parlament ima pravo da joj u svakom trenutku uskrati povjerenje; ako vlada ne dobije većinu ili ako na drugi način ostane u manjini u parlamentu, ona je pala i automatski se nalazi u ostavci. Karakteristika ovog oblika parlamentarizma je posebno došla do izražaja u V Republici, gdje je dobila nove karakteristike i postala na svojevrstan način polupredsjednička i poprimila elemente američkog prezidencijalnog sistema.

Na specifičnost ovog oblika parlamentarizma, pored istorijskih i ideološko-političkih okolnosti, uticali su i politički odnosi koji su bili karakteristični za društvenopolitički razvoj Francuske u jednom dugotrajnom procesu (skoro preko sto godina), što se odrazilo na parlamentarizam.

Parlamentarizam kao oblik podjele vlasti je prihvaćen u mnogim evropskim zemljama i tendencije koje su došle do izražaja prilikom donošenja ustava: u Njemačkoj, Vajmarski ustav (1918.), austrijski ustav (1920.), čehoslovački (1921.) i u Španiji, su išle ka „racionalizaciji parlamentarizma“. Ovi ustavni sistemi su racionalizovali parlamentarizam, a ta racionalizacija se sastojala u ojačavanju i stabilizovanju izvršne vlasti, posebno položaja izvršnih organa u odnosu na parlament i na svojevrstan način, postali nova forma parlamentarizma različitog od engleskog i francuskog.

b) Predsjednički sistem

Predsjedničkim sistemom se naziva onaj sistem organizacije vlasti koji se zasniva na podjeli vlasti i koji ujedinjuje cjelokupnu izvršnu vlast u jednoj izbornoj ličnosti. U predsjedničkom sistemu se razlikuju dvije osnovne funkcije vlasti: zakonodavna i izvršna. Zakonodavna funkcija je povjerena predstavničkom tijelu i ona mu pripada isključivo, dok je izvršna funkcija isto tako samostalna i isključivo povjerena predsjedniku republike ili države.

³ Ž.Ž. Russo, Društveni ugovor, Beograd 1949., Knjiga III, glava XV, str. 74.

Suština predsjedničkog sistema je u položaju i organizaciji izvršne funkcije vlasti. Ovdje je predsjednik nezavisan od predstavničkog tijela, on je (načelno) samostalan u vršenju svoje funkcije. Predsjednik ne odgovara Kongresu, on (načelno) odgovara samo „narodu i javnosti“. Tu Kongres nema pravo da se mješa u ostvarivanju izvršne funkcije, kao što ni predsjednik nema šta da radi kad Kongres radi. Kongres vrši samostalno zakonodavstvo i određuje politiku, kako unutrašnju tako i spoljnu, i vrši druga ustavom predviđena prava.

U predsjedničkom sistemu, suštinsko pitanje, je pitanje odnosa između predsjednika i Kongresa (Senata i Predstavničkog doma). Da li je načelna podjela između ove dvije funkcije stvarno moguća? Sama logika politike koja postoji i teži da postane zakon i praksa suprotna je svakoj koncepciji o potpuno funkcionalnoj separaciji. Sistem koji postoji po Ustavu SAD-a predviđa u skladu s principom „teže i protivteže“, ustvari određeno mješanje i preplitanje funkcija Kongresa i predsjednika. Predsjednik ima pravo „suspenzivnog veta“, što mu daje mogućnost da utiče na odluke Kongresa.

Predsjednik je istovremeno i šef države i vrhovni komandant oružanih snaga i predsjednik upravne vlasti i vlade, što znači da je istovremeno i šef egzekutive i šef cjelokupne administracije. Karakteristika je predsjedničkog sistema da predsjednik uspostavlja „administraciju“, pa se vrlo često, po analogiji sa drugim zemljama, ovaj oblik izvršne vlasti naziva vlada, odnosno kabinet. U američkom ustavu predsjednik u svako doba predstavlja Vladu i ovlašten je da je predstavlja ne samo u formalnom, nego i u političkom smislu, što se odnosi na donošenje svih odluka i ne samo iz domena vlade, nego i iz domena sekretara.

Specifičnost predsjedničkog sistema posebno dolazi do izražaja u odnosu između predsjednika i Kongresa. Tu se načelo o podjeli vlasti prividno dovodi u pitanje jer sama logika vlasti je suprotna koncepciji o potpunoj funkcionalnoj separaciji. Iako je američki ustav nastojao da konsekventno provede koncept „čiste podjele“ i odvojenosti ovih djelatnosti vlasti, u tome, čini nam se, nije uspio, jer u praksi imamo česte situacije gdje se miješaju i prepliću funkcije Kongresa i predsjednika jer Ustav u članu 1. odjeljku 7. stav dva i tri kaže: „Svaki zakonski predmet koji prođe kroz Predstavnički dom i Senat, pre nego što postane zakon, podnosi se predsedniku Sjedinjenih Država; ako se s njim saglasi, on ga propisuje, a ako se ne saglasi vraća ga sa svojim primedbama onom domu u kojem je bio napravljen, koji u celosti unosi primedbe u svoj zapisnik i ponovo ga pretresa. Ako se posle takvog ponovnog pretresanja 2/3 tog doma saglase da prihvate predlog zakona, on se, zajedno sa svim primedbama, šalje drugom domu, koji ga na isti način ponovo pretresa, pa ako ga prihvate 2/3 tog doma, on postaje zakon.“.¹ A u istom članu, odjeljak 7. stav tri, „Svaka odluka, rezolucija ili glasanje za koje je potrebna saglasnost Senata i Predstavnikog doma (izuzimajući pitane odlaganje sedmica) podnose se predsedniku Sjedinjenih Država; i oni postaju punovažni tek kad ih on potvrdi ili – u slučaju da odbije – kad ih ponovo izglosa 2/3 članova Senata i Predstavničkog doma, prema pravilima i ograničenjima propisanim za slučaj predloga zakona.“

Iako predsjednik formalno nema pravo zakonodavne inicijative, on se pojavljuje pred Kongresom kad ga Kongres pozove. Kako to Ustav predviđa, pravo je predsjednika da svake godine, na početku kongresne sesije, u formi podnošenja izvještaja o stanju nacije, stvarno utiče na donošenje zakona i samu politiku Kongresa. Tu inicijativu predsjednika da se donose zakoni Kongres može osujetiti, ali u novije doba sve je veći broj zakona i odluka Kongresa koje je sastavio predsjednik ili predložila i formulisala služba Vlade. Mehanizmi putem i preko kojih predsjednik utiče na rješavanje sporova koji nastaju između njega i Kongresa su raznovrsni. Američki sistem, koji karakteriše „dvopartijska politika“, predsjedniku, daje mnoge mehanizme koji se teorijski ne mogu pobrojati. Savremene „masovne komunikacije“

¹ Prema tekstu ustava na stranici: <http://www.usconstitution.net/>.

daju predsjedniku moć uticanja na javno mnjenje, istovremeno ove pogodnosti javnih medija koristi i Kongres, tako da u očitoj podjeli vlasti između Kongresa SAD-a i predsjednika povremeno dolazi i do sukoba.

c) Konventska sistem

Kao oblik državne vlasti, konventska sistem je sadržan u ideji da zakonodavna vlast mora imati najviši značaj i uticaj u životu države, a izvršna vlast se ima posmatrati kao njena izvedba. Nastao u specifičnim istorijskim okolnostima, on je imao za cilj da sačuva slobodu i nezavisnost te države koja se oblikovala u susjedstvu nekada moćnih susjeda (Francuske, Italije i Njemačke).

Začetke Švajcarske kao države nalazimo krajem XIII vijeka u „vječitom savezu“ triju kantona (Uri, Švic i Untervald) radi zajedničke borbe protiv Habzburga. Nezavisnost ove konfederacije je bila priznata od velikih sila Vestfalskim ugovorom o miru iz 1648. godine. Sve do kraja XVIII vijeka švajcarska Konfederacija nije imala bilo kakav konstitutivni akt, već je počivala na nizu višestranih ugovora koje su kantoni međusobno zaključivali. Napoleonovi ratovi su imali izuzetnog uticaja na Švajcarsku, tako da su svoj prvi ustav dobili 1798. godine, kojim je uvedena tzv. Helvedska Republika, a konfederalno uređenje je bilo ukinuto po ugledu na Francusku. Ovim ustavom je proglašena narodna suverenost, a punoljetni građani su dobili pravo glasa. Ovaj ustav je zamijenjen Ustavom iz 1802. godine koji je donesen putem referenduma i to je bio prvi slučaj da jedan ustav biva donesen narodnom voljom. Sveta alijansa utiče da Švajcarska 1815. zaključuje Federalni pakt i u vremenu poslije toga preovlađuju reakcionarne ideje restauracije. Ustav iz 1848. godine pretvara Švajcarsku u federalno uređenu zemlju, koja iz tradicionalnih razloga i dalje zadržava naziv Švajcarska Konfederacija, a najviši organ konfederacije jest Savezna skupština. Ona ima dva doma: jedan je Nacionalno vijeće, u koje ulaze predstavnici svih građana biranih u kantonima srazmjerno broju njihovih stanovnika, i drugo, a drugi dom Vijeće država, u kome je svaki kanton paritetno zastavljen s dva predstavnika. Izvršna funkcija je povjerena kolegijalnom organu, Saveznom vijeću.

Konventska (skupštinska) sistem, za razliku od parlamentarnog i predsjedničkog sistema, koji konsekventno provode princip podjele vlasti i ravnoteže, ostvaruje premoć zakonodavne vlasti a izvršnu vlast tretira kao svoju produženu ruku koja se nalazi pod stalnim nadzorom Savezne skupštine.

Konventska sistem, koji je jedinstven za Švajcarsku, narodnu suverenost veže za kantone, i reklo bi se da želi podijeliti suverenitet između kantona i Konfederacije činjenicom da Savezna skupština, kao najviši organ Konfederacije, treba da potvrdi Ustav kantona, što proizilazi iz čl. 3 Ustava, gdje se kaže da su kantoni „suvereni ukoliko njihova suverenost nije ograničena Saveznim ustavom“. Ovakav način rješavanja problema suverenosti u federalnoj državi je prilično neprecizan, ali je shvatljiv s obzirom na vrijeme u kojem je ovo rješenje nastalo, jer je to bilo vrijeme kada se po prvi put pitanje suvereniteta rješavalo u federalnoj državi. Suštinu ove ustavne odredbe, koja se odnosi na izraz „suverenost“, „ne treba tražiti u ograničenju suverenosti kantona, kao najvišoj, ničim ne-ograničenoj vlasti, nego u obezbjeđivanju kantonima onih ovlašćenja koja nisu data saveznim organima. Skup tih ovlašćenja može biti veoma širok, a pojedina među njima veoma su značajna, ali ona ipak kantonima, kao federalnim jedinicama ne mogu dati svojstvo suverenosti. O ispravnosti ovakvog tumačenja ustavnog teksta govori i druga rečenica istog člana 3. Ustava, po kojoj 'kanton vrši sva prava koja nisu prenijeta' (Ustav kaže 'delegirana' – M.J.) na saveznu vlast“.¹

¹ Miodrag Jovičić, Izabrani spisi – ustavni i politički sistemi, Beograd 2006., str. 209.

Već na prvi pogled se mogu primijetiti razlike između konventskog i parlamentarnog i predsjedničkog sistema. Predsjednički sistem dosljedno insistira na podjeli vlasti, parlamentarni sistem na njenoj ravnoteži, dok konventska sistem nastoji da ostvari premoć zakonodavne vlasti, a da izvršnu vlast tretira kao svoju „produženu ruku“ koja se nalazi pod stalnim nadzorom.

d) Jedinstvo vlasti

Za razliku od sistema podjele vlasti (parlamentarni, predsjednički i konvenski), javlja se princip jedinstva vlasti, koju Radomir Lukić najjednostavnije opisuje riječima da „svaku vlast vrši jedan organ (odnosno niz organa), ali tako da su organi dve vlasti potčinjeni organima treće vlasti, tj. da organi jedne vlasti vrše preovlađujući uticaj na organe druge vlasti, tako da ovi moraju svoju vlast vršiti onako kako to hoće organi ove vrhovne vlasti“. ¹

U ovom konceptu sistema jedinstva vlasti organi jedne vrhovne vlasti postavljaju i smjenjuju organe druge dvije vlasti, na taj način ih stavljuju u odnos podređenosti. Ti organi imaju pravo da poništavaju akte organa dviju vlasti, da im nareduju kakve akte mogu donijeti, a da u izvjesnim slučajevima, umjesto njih, i donose takve akte.

Jedinstvo vlasti ne treba miješati sa izvjesnom prevlašću zakonodavne vlasti u odnosu na druge vlasti. Ako ti drugi organi (upravni i sudski) u stvari samo primjenjuju zakonodavne propise, onda je evidentno da je ta zakonodavna vlast „prirodno najviša vlast“. Jedinstvo vlasti se javlja tamo gdje zakonodavni organ ima pravo miješanja u rad, odnosno u nadležnost uprave i sudstva, a ne samo da izdaje zakone kojih se oni moraju pridržavati. Iz kasanog proizilazi „da je svaka politička vlast po svojoj logici, po svojoj sadržini i manifestaciji u osnovi 'jedinstvo vlasti' ... „Od tuda vlast ne može biti difuzna i mora biti suverena“.²

Jedinstvo vlasti dolazi do izražaja naročito onda kada se hoće jednom organu obezbijediti premoć nad ostalim i na taj način obezbijediti prevlast odgovarajućih društvenih, odnosno političkih snaga koje nose društveno obilježje.

Koncept jedinstva vlasti po prvi put i najkonsekventnije se provodi u socijalističkim zemljama, jer se preko njega želi da ostvari puna demokratija. Na taj način se želi što neposrednije obezbijediti ostvarivanje interesa naroda. Jedinstvo vlasti ostvareno preko jedinstva vlasti u rukama demokratskih organa – predstavničkih tijela, je želja demokratskih organa za razliku od birokratskih. Prevlast zakonodavnih – predstavničkih organa u odnosu na upravu i sudstvo je dominantna u sistemu jedinstva vlasti. Zakonodavni organ ne samo da vrši zakonodavnu vlast, on istovremeno dobiva nadležnost vršenja same upravne i sudske vlasti. On donosi opšte odluke i primjenjuje ih u konkretnim slučajevima. Upravni i sudski organi su neposredno potčinjeni predstavničkim tijelima.

Ideja da je skupština jedini predstavnik pa čak i nosilac suvereniteta i da bez toga nema prave demokratije je osnovna vodilja koncepta jedinstva vlasti. Ova ideja u izvjesnom smislu nije strana ni enegleskom parlamentarizmu. Naime, iz ove ideje se i razvila ideja engleskog parlamentarizma. Koncept na kome gradi svoj Društveni ugovor Žan Žak Ruso je na istom tragu. Prvu primjenu ovog sistema nalazimo u francuskoj revoluciji, a naročito poslije izbora konventa. Ideja o nužnosti demokratizacije nalazi svoje protagoniste u lijevim krugovima francuske revolucije, a naročito u spisima Robespjera, Sen-Žista i Mare. Za njih konvent ne samo da je zakonodavno tijelo već odlučujuće i direktno tijelo, a izvršna vlast nije ništa drugo nego nastavak zakonodavne vlasti, dok su ministri i službenici Konventa njegovi izvršni organi.

¹ Radomir Lukić, Uvod u pravo, Beograd 1966., str. 171.

² Jovan Đorđević, Politički sistem, Beograd 1973., str. 478.

Skupštinski sistem, kao oblik organizacije vlasti, u kome je izabrano predstavničko tijelo pravi nosilac osnovnih političkih funkcija vlasti i koje izvršne funkcije, po pravilu, povjerava svojim i sebi podređenim organima je još nigdje ostvaren ideal.

Socijalističke revolucije XX vijeka su nastojale da preko skupštinskog sistema obezbijede uspostavu novog poretka. Za nosioca suvereniteta u većini tih nastajućih socijalističkih društava je konstituisana radnička klasa, koja se u različitima ustavnopravnim sistemima definiše kao „radni narod“, „radnička klasa“, „proizvođači“. Koncept da volja koju sprovodi država mora biti klasno jedinstvena i da stoga i državna vlast treba da je uređena po načelu jedinstva vlasti, je karakteristična za sve socijalističke revolucije. Koncept klasne jedinstvenosti koja svoj pravno politički izraz nalazi u volji socijalističke države izvodi se iz diktature proleterijata kao formule koja je takođe prisutna u ustavima socijalističkih država. Istoriska praksa i realnost života su ove koncepte grubo dovele u pitanje, tako da je ovaj princip koji je duže vrijeme bio prisutan na političkoj i ustavnopravnoj pozornici objektivno nestao i izgubio aktuelnost političkog i pravnog promišljanja.

V - Oblik državnog uređenja

Oblik državnog uređenja se određuje načinom na koji su uređeni odnosi između centralnih i necentralnih organa vlasti u državi. Odnosi ovih organa mogu biti među sobom u tješnjoj i labavoj vezi, tj. centralni organi mogu imati veću ili manju vlast prema necentralnim organima, odnosno ti necentralni organi mogu biti više ili manje samostalni i nezavisni u odnosu prema centralnim organima.

Država, kao nosilac suverene vlasti, ima jednu centralnu vlast i jedan centralni organ koji tu vlast vrši na njenom teritoriju. Ta snaga sa kojom raspolaže država naziva se suverenost pa zavisno od toga koji organ raspolaže tom suverenošću, taj organ je odlučujući ili centralni. Od odnosa drugih organa prema tom organu ovise različite forme i oblici državnog uređenja. Za razliku od ovog teorijskog shvatanja položaja organa, imamo i drugo stanovište, koje ovo pitanje posmatra sa stanovišta pravne norme. Iz ovog aspekta je ovo pitanje posmatrao Hans Kelzen. Po njemu država nema samosvojnu egzistenciju, nego je država „personificirani pravni poredak“, a dosljedno tome, problem centralizacije i decentralizacije valja posmatrati ne sa gledišta organa već sa gledišta pravne norme i konsekventno tome postoje dvije osnovne vrste normi: (1) centralne norme, i (2) norme s obzirom na neku društvenu grupu. Centralizacija je za Kelzena onaj pravni poredak koji se sastoji samo od centralnih normi, tj. onih normi koje važe za cijelu državu; a decentralizovan je onaj poredak koji se sastoji od centralnih normi, ali i od podružnih i lokalnih normi. Na taj način on dolazi do dvije vrste pravnih poredaka: (1) totalni pravni poredak i (2) parcijalni pravni poredak.

Opredjeljujući se da ovo pitanje posmatramo iz aspekta položaja organa, jasno je da moramo praviti razliku između centralnih i necentralnih organa. Osnovna, suštinska karakteristika centralne vlasti je da se ona prostire nad čitavom organizacijom, dok se kod necentralne vlasti i necentralnih organa takva vlast ne prostire na cijelu organizaciju, i nije obavezujuća za sve članove organizacije.

Država, kao složena i razvijena organizacija, pa kad je i najmanja i naprimitivnija, ima svoje organe čija se vlast prostire na čitavom njenom teritoriju, to je vlast centralnih organa, a vlast necentralnih organa se prostire samo na određenom teritoriju. Zavisno od toga kakav je sistem odnosa centralnih i necentralnih organa govorimo o centralizaciji ili decentralizaciji. Od stupnja decentralizacije zavise i oblici državnog uređenja. „Kad je stupanj decentralizacije toliko veliki da se decentralizovane jedinice smatraju državama, onda postoji tzv. složena

država, a kada je stupanj decentralizacije manji od toga ili postoji centralizacija, takva se država zove prostom (ili unitarnom) državom. Iz ovoga je jasno da prosta država, s obzirom na stupanj centralizacije, može biti centralizovana ili decentralizovana.¹

a) Složena država

Pod složenom državom podrazumijevamo državu koja je sastavljena iz više država. To bi prevashodno značilo da u njoj postoji centralni organ koji ima karakter suverenog organa, tj. koji raspolaže suverenom državnom vlašću, a pored toga, ima decentralizovanih organa koji imaju tako veliki stupanj vlasti da sami čine vrhovne organe, da su i sami suvereni, iako su decentralizovani, tj. u izvjesnoj mjeri oni su potčinjeni centralnim organima. Decentralizovane jedinice složene države su države članice.

Za razliku od složenih država, u svijetu postoje brojne unitarne države i one danas preovlađuju. One, su, za razliku od složene države – u koju teorija ubraja federaciju i konfederaciju – države u kojima sva državna vlast pripada najvišim centralnim organima, koji raspolažu neograničenim pravom da tu vlast vrše sami u cjelini ili je djelomično ustupe i drugim, njima podređenim organima. S obzirom na to, zavisno od organizacije unitarne države, postoji centralizacija i decentralizacija. Postojanje unitarnih država, u kojima postoji visok stepen decentralizacije, u teoriji nameće pitanje kriterija razlikovanja unitarnih i federalno uređenih država. S obzirom na to po čemu se razlikuje unitarna od federalne države, teorija nastoji da utvrdi razliku između federalnih jedinica i političko teritorijalnih jedinica najvišeg stepena u okviru unitarne države, jasno je, da je unitarno uređena država suverena, ali se postavlja pitanje suverenosti federalnih država, odnosno shvatanja o tome ko je suveren u federalnoj državi, da li federacija ili federalne jedinice.

Decentralizovane jedinice u složenoj državi predstavljaju države članice. Ovo je veoma složeno pitanje u teoriji države, naime, objasniti kako je moguće da postoji suverena vlast koja je istovremeno potčinjena drugoj suverenoj vlasti, da li su države članice suverene ili je suveren savez.

Države u međunarodnim odnosima između sebe utiču jedna na drugu i to povezivanje i uzajamna saradnja čini jedan stupanj povezanosti država – da li je ta povezanost labava ili čvrsta, od toga zavise mnoge stvari u savezima između država. Povezivanje, odnosno udruživanje, prevashodno znači ograničenje, a to ograničenje može biti labavo, tako da se razlikuju pojedine države koje su međusobno povezane, i koje samostalno postoje kao takve, a može biti tako tjesno da se gubi individualnost pojedinih država. Od međusobno najlabovijeg dodira i saradnje država do potpunog stapanja u jednu jedinstvenu novu državu, postoji veoma veliki broj različitih oblika udruživanja i povezivanja koji spadaju u oblike države, odnosno državnog uređenja. Trenutak spajanja u jednu novu, jedinstvenu državu u kojoj država gubi svoju individualnost je trenutak kada se ta nova država javlja u vidu: unije (realne i personalne), konfederacije i federacije. Kada je ta zajednica država zajednica koja povezuje države koje zadržavaju svoj državni karakter, nazivamo je složenom državom, za razliku od proste (ili unitarne, tj. jednostavne) države.

b) Konfederacija

Konfederacija danas ne postoji mada ima izvjesnih zajednica koje imaju karakteristike konfederacije. Za konfederaciju je karakteristično da se države članice konfederacije povezuju u zajednicu povezuju jednim međunarodnopravnim ugovorom. Taj ugovor uspostavlja

¹ Radomir Lukić, Teorija države i prava – I Teorija države, Beograd 1995., str. 349.

izvjesne zajedničke organe sa odgovarajućom nadležnošću, s tim da ovakvu zajednicu svaka država članica može napustiti kad hoće. Zajednički organ, koji postoji u konfederaciji, donosi po pravilu odluke jednoglasno, te odluke nemaju obavezujući karakter osim ukoliko države članice na te odluke ne pristanu. Ako se odluke donose većinom glasova, postoji mogućnost da pojedine države članice istupe iz konfederacije. U konfederaciji, države članice imaju po jedan glas.

Kada se govori o pravnoj prirodi konfederacije, postavlja se pitanje, da li je to nova država ili je to zbir država. Pravna teorija smatra da to nije nikakva nova i viša država, već samo savez između država koje ostaju potpuno suverene i neograničene u svojoj vlasti. Vlast saveza zavisi od vlasti država članica. Drugim riječima, konfederacija je ugovorni odnos između država, a ne nova država. Suverenost imaju države članice, a ne savezni organi.

Konfederacija nije nikakva složena država, nego skup više prostih država vezanih ugovornom vezom. Ova konfederalna veza ne čini od njih složenu državu, iz jednostavnog razloga što centralni organ nije stekao sopstvenu, posebnu državnu vlast, što nije suveren organ.

c) Federacija

Suštinska razlika između federacije i konfederacije je u tome što je u federaciji mnogo čvršća veza između članica od veza koje postoje u konfederaciji. U federaciji, države članice koje su se ujedinile, konstituišu centralni organ koji je nosilac državne tj. suverene vlasti. Centralni organ ima vlast da donosi odluke koje su obavezne za države članice i bez njihove saglasnosti odnosno pristanka. Centralni organ, kao i svaka suverena vlast, određuje svoju sopstvenu nadležnost, kao i nadležnost država članica. U pravilu, centralni organ uvijek je nadležan za spoljnu politiku, vojsku i pitanja finansija. Nadležnost centralnog organa daje za pravo tom federalnom organu da u međunarodnim odnosima predstavlja saveznu državu i da se pojavljuje kao jedinstven subjekt međunarodnog prava, a države članice se ne vide iza njega.

Države članice imaju širok obim državne vlasti, mada su potčinjene centralnom organu. Bitno određenje federacije je u tome što je nadležnost država članica određena ustavom. Zakonodavno tijelo, koje se pojavljuje u skoro svim federacijama, sastoji se iz dva doma. Jedan je gornji dom u koji sve države članice šalju svoje predstavnike, po pravilu svaka šalje podjednak broj bez obzira na svoju veličinu; a drugi – donji dom, gdje se predstavnici biraju s obzirom na njihovu veličinu, tj. ti predstavnici se biraju od naroda kao cjeline. Oba doma su obično ravnopravna. Modaliteti odnosa između ovih domova govore o čvršćem ili labavijem federalizmu.

Države, članice federacije, imaju svoju nadležnost u pogledu unutrašnje državne vlasti, ta nadležnost ih razlikuje od običnih, decentralizovanih vlasti u okviru unitarne države zbod čega se nazivaju državama-članicama. One same donose svoj ustav (u okviru saveznog ustava), svoje zakone, organizuju svoje organe i pripisuju im nadležnost.

Federacije su nastajale u različitim vremenskim periodima i iz različitih razloga (nacionalni, istorijski, tradicionalni). Sve nekadašnje konfederacije vremenom su se pretvorile u federacije. Neke od federacija su nastale od unitarnih država, dok je proces centralizacije mnoge federacije pretvorio u unitarne države.

Zaključna razmatranja

Iz klasifikacije državnih oblika se vrlo precizno vidi koji je državni organ suveren i kakvu poziciju ima u državi. Da li je državni poglavar ili suveren? Državnog poglavara trebamo razlikovati od suverenog vrhovnog državnog organa. Taj suvereni organ može biti istovremeno : državni poglavar i suveren. Vrhovni organ je onaj organ koji ima suverenu državnu vlast. On se može pojaviti u obliku monarhije i republike. Monarhija se javlja u obliku apsolutne i ograničene, a ova posljednja javlja u formi ustavne i parlamentarne monarhije. Republika, slično monarhiji, može biti ograničena i neograničena. Pojam republike je identičan pojmu demokratije.

Oblik političkog režima se određuje prema tome ko je politički nosilac suverene državne vlasti. Politički režim može da sprovodi volju pojedinca, volju manjine ili volju većine, a zavisno od toga čiju volju sprovodi, politički režim se može javiti u formi demokratije i autokratije. Ako se politički režim pojavi u formi demokratije, onda je na djelu ostvarenje ideje narodnog suvereniteta, odnosno ograničene vlasti, a ako režim ne izvodi svoju vlast iz naroda, imamo autokratski režim i u njemu suverenost ne pripada narodu. Iсторијске forme autokratije су: aristokratija, oligarhija, tiranija, despotija i plutokratija.

Državna vlast (zakonodavstvo, uprava i sudstvo) se može pojaviti u formi jedinstva i podjele vlasti. Pitanje suverenosti u odnosu na oblik državne vlasti je krucijalno pitanje pravno-političke misli. Koncept organizacije državne vlasti koji počiva na principu podjele vlasti je u osnovi uzdrmao, i, reklo bi se, doveo u pitanje bitno svojstvo suverenosti, to jest nedjeljivost vlasti. Istovremeno se otvorilo pitanje nosilaca državne suverenosti što je impliciralo pitanje šta se dešava sa suverenitetom, ako se tri vlasti ne usaglase, gdje je tada suverenitet. Kod jedinstva vlasti sve tri vlasti vrši jedan isti državni organ. Forme kroz koje se pojavljuje princip podjele vlasti su parlamentarni, predsjednički i konventski sistem, a forma u kojoj se pojavljuje princip jedinstva vlasti je najčešće skupštinski sistem.

Oblik državnog uređenja implicira pitanje suvereniteta. Kompleksnost ovog pojma proizilazi iz odnosa centralnih i necentralnih organa države. Državno uređenje i njegovi oblici su u direktnoj vezi sa pitanjem decentralizacije. Ukoliko je taj stupanj decentralizacije toliki da se decentralizovane jedinice smatraju državama, onda postoji složena država, a kada je stupanj decentralizacije manji, znači da decentralizovane jedinice nisu države, takva država se naziva jednostavnom (prostom ili unitarnom) državom.

UDK: 349.3:355.291.1(497.6)

Dr. Fuad Purišević

RAZVOJ I PRAVCI INTEGRIRANJA BORAČKE ZAŠTITE U BOSNI I HERCEGOVINI

DEVELOPMENT AND INTEGRATION DIRECTIONS FOR THE PROTECTION OF WAR VETERANS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

REZIME

Uvažavajući sve rečeno o boračko-invalidskoj zaštiti u Bosni i Hercegovini, a znajući sve ovlasti i prerogative Ustava Bosne i Hercegovine, ne smije se dozvoliti da se u Bosni i Hercegovini, danas pravno i politički nedovoljno uređenoj zemlji, borci i članovi njihovih porodica, kao i ostale žrtve rata, dovedu u stanje „dijeljenja milostinje”, a da se njihova socijalna prava rješavaju palijativnim mjerama, kao ni da postanu političko sredstvo političkih partija kada to njima zatreba. To, po pravilu, predstavlja pouzdan pokazatelj da će tada prava boraca biti regulirana kratkotrajno, s obzirom da su nerealna i ekonomski neutemeljena, a uz to su i sredstvo za održavanje na vlasti određenih političkih partija koje, na žalost, i ne rijetko, jesu politikantska vlast. Boračka populacija ne smije biti sredstvo međusobnog razračunavanja pozicionih i opozicionih političkih partija, jer to borce i članove njihovih porodica marginalizira, što donosi ogromnu pravnu, socijalnu i ekonomsku nesigurnost, neizvjesnost i nestabilnost boračke populacije, ali i nestabilnost države Bosne i Hercegovine u cijelosti, koja je u takvim okolnostima stalno na ivici svekolikog entitskog i/ili državnog socijalnog bunda.

SUMMARY

Taking into consideration everything said about the protection of soldiers and persons disabled in war, and although BiH is legally and politically not completely efficient, taking into consideration all the powers and prerogatives of the BiH constitution, it should not be allowed the soldiers and members of their families, as well as other victims of war, to be in a situation to receive charity, and their social rights to be resolved in palliative methods, or for them to become political means of political parties only when the parties need it. As a rule, it is a signal that soldiers' rights will be regulated on a short-time basis, considering that they are insubstantial and economically ungrounded, and also means for keeping certain political parties in the government, while unfortunately, those political parties are frivolous political authorities. Soldier population should not be means of mutual spats of leading and opposition parties, because it marginalizes soldiers and their families. It makes legal, social and economic insecurity, uncertainty and instability of soldier population, as well as instability of the state of BiH in general, and it continually puts BiH on the edge of complete rebellion in entities and/or the whole state.

Ključne pojmovi: pravo, pravni, socijalni, borac, boračko-invalidska zaštita

Key words: right, legal, social, soldier-veteran, protection of soldiers and persons disabled

1. Tradicija regionalnog organizovanja kao polazište mogućih integracija u Bosni i Hercegovini

Bosna i Hercegovina ima historijsku i političku tradiciju regionalnog organizovanja, a da bi je kao cjelovitu i nedjeljivu mogli uvesti u evropske političke integracije, sa prethodno riješenim racionalnim i adekvatnim unutrašnjim ustrojem države, koji će između ostalog, obezbijediti i jedinstven sistem socijalnih prava boraca i članova njihovih porodica, kao i drugih žrtava rata, neophodno je ukazati na njenu višestoljetnu tradiciju državnih i političkih oblika organizovanja vlasti i odgovarajućih pravnih sistema.

Susretanje i miješanje različitih civilizacija i kultura koje su se sintetizovale u specifičnoj duhovnosti koja se ne može naći kod naših susjeda: Republici Hrvatskoj, Republici Srbiji i Republici Crnoj Gori, imala je posljedicu da oni Bosnu i Hercegovinu ne razumiju i da nad njom vrše nasilje. Naime, od vremena kada se „Zemlja Bosna” prvi put

spominje u pisanim historijskim izvorima u djelu „De administrando imperio“ bizantskog cara Konstantina Porfirogeneta, sredinom X stoljeća, Bosna je do danas prolazila kroz različite državne i političke oblike organiziranja vlasti i tome odgovarajuće pravne sisteme. Kako Bosna ima višestoljetnu tradiciju susretanja i miješanja različitih civilizacija i kultura, upravo ta njena posebna duhovnost čini bosansko društvo specifičnom i nedjeljivom političkom zajednicom i državom. To joj je pomoglo da preživi do danas. Avari i Slaveni na prostoru današnje Bosne krajem VI i početkom VII stoljeća zatekli su ostatke Ilira i Romana. Bila je uspostavljena dvjestogodišnja avarska politička organizacija vlasti, čiji je spomen ostao u nazivima ban i župan. Time se pretpostavlja da su i prije Porfirogenetova pomena Bosne, na njenom prostoru postojali oblici javne vlasti o kojima nije ostalo dovoljno izvora, prije nego što se Bosna spominje kao banovina početkom XII stoljeća.

U srednjovjekovnoj Bosni poznata su dva oblika državne vlasti: banovina (do 1377.) i kraljevstvo (do 1463.). U oba ova oblika državne vlasti Bosna je samostalna država. Sa banom Stjepanom II i kraljem Tvrtkom I Bosna je doživjela svoj najveći uspon. Dominantno pravo u srednjovjekovnoj Bosni je običajno pravo. Od pisanih izvora sačuvani su međunarodni ugovori, vlasteoske povelje i tekstovi na stećcima. Nije bilo pisanih zakona. Padom Bosne pod vlast Osmanskog carstva 1463. Bosna je teritorijalno organizirana po sandžacima u okviru rumelijskog beglerbegluka. No, i tada je najveći i najznačajniji dio bosanskog prostora organiziran u bosanskom sandžaku, a njeni periferni dijelovi su organizirani u Hercegovački, Zvornički i Kliški sandžak.

Tek nakon 117 godina takvog stanja Bosna je uspostavljena kao zasebna provincija 1580. (ajalet), na prostoru koji je obuhvatao i dijelove susjednih zemalja. Poslije Karlovačkog mira 1699. prostor Bosanskog ajaleta je sveden u historijske granice Bosanskog kraljevstva iz XV stoljeća. Osnivanje Bosanskog ajaleta na prostoru historijske Bosne, doprinijelo je očuvanju narodne svijesti o političkom i kulturnom kontinuitetu Bosne sa srednjovjekovnom bosanskom državom, očuvanju njene cjelovitosti i kasnije obnovi bosanske državnosti (1943).

U prvoj polovini XIX stoljeća sticajem političkih i historijskih okolnosti pored Bosanskog ajaleta bio je uspostavljen Hercegovački mutesafirluk (1833.) da bi 1866. godine ponovo bila objedinjena u jedinstven Bosanski vilajet. Za čitavo vrijeme 415-godišnje osmanske uprave u Bosni, Bosnom su upravljali sandžakbezi podređeni rumelijskom beglerbegu, a kada je postala zasebna osmanska provincija (ajalet) njom su upravljali sultanovi namjesnici odnosno veziri. Specifičnost državno-pravnog i političkog položaja Bosne pod Osmanlijama proizilazila je iz njenog krajiškog karaktera, prelaženjem na islam velikog dijela njegovog stanovništva koje se nazivalo Bošnjanima različitih konfesija i postojanjem ustanove kapetanija.

U Bosni je u vrijeme Osmanlija važio osmanski pravni sistem koji se sastojao od šerijatskog prava i državnog (sultanskog) prava, odnosno kanonskog prava kojim su uređivani odnosi koji nisu bili uređeni ili su bili nepotpuno uređeni šerijatskim pravom. Pred kraj osmanske uprave pored šerijatskih, uvedene su i građanske pravne institucije i donošeni zakoni.

Bosna i Hercegovina je u periodu 1878. do 1918. imala državno-pravnu egzistenciju sui generis. Osmanlije su formalno zadržale suverenitet nad njom, a stvarnu upravu je imala Austro-Ugarska uz saglasnost Evrope i Turske.

Aneksijom Bosne i Hercegovine 1908., Austro-Ugarska je nelegitimno preuzeila suverenitet od Osmanlija kršeći Berlinski ugovor. Da bi legitimirala aneksiju, Austro-Ugarska je za dva i po miliona funti sterlinga kupila od Turske svoja prava u Bosni i Hercegovini, pretvorivši je u koloniju. Bosna i Hercegovina je u čitavom tom periodu izvan Austro-Ugarske državnopravne strukture.

Ustav iz 1910. i Sabor kojim je Bosna oktroirana od cara, nije promijenila njen položaj zavisne zemlje. Zahvaljujući činjenica da je Bosnom upravljala kruna, odnosno zajednička vlada, da nije, dakle, bila podijeljena između Austrije i Ugarske, propašću Austro-Ugarske, Bosna i Hercegovina je ostala teritorijalno cjelovita u svojim historijskim granicama.

U vrijeme Austro-Ugarske uprave u Bosni je važio austrougarski pravni sistem u čijim su se temeljima nalazili instituti rimskog prava. Po tom su primjenjivani propisi koji su donošeni samo za Bosnu. Iako je imala svoj Ustav (1910.) i svoj Sabor, Bosna nije imala autonomna prava da samostalno donosi svoje zakone. U vrijeme austrougarske uprave u Bosni je za bosanske muslimane važilo šerijatsko pravo u naslijednim i porodičnim odnosima.

Bosna i Hercegovina je zajedno s drugim južnoslovenskim zemljama koje su bile u sastavu Austro-Ugarske učestvovala punopravno u stvaranju nove države SHS, koja nije živjela ni dva puna mjeseca (od 6. oktobra do kraja novembra 1918.), koja je 1. decembra 1918. godine s Kraljevinom Srbijom konstituirala novu državnu zajednicu Kraljevinu SHS. U Kraljevini SHS Bosna je zahvaljujući članu 135. Vidovdanskog ustava iz 1921. očuvala teritorijalnu cjelovitost u svojim historijskim granicama u kojima je bila pod austrougarskom upravom. Imala je elemente autonomne vlasti sa sjedištem u Sarajevu do definitivnog uspostavljanja centralističke vlasti nove države. Od ujedinjenja 1918. do januara 1929. može se reći da je Bosna, u čijem je sastavu bilo šest oblasnih uprava, živjela u uslovima legitimnog ustavnog stanja.

Diktatura kralja Aleksandra 1929. prvi put od 1463. godine razbila je teritorijalno jedinstvo Bosne i Hercegovine podjelom njenog prostora na četiri banovine, koje su obuhvatale i dijelove teritorija njenih susjeda. Ovim je bio razbijen bosanski politički prostor u njihovim historijskim granicama s ciljem da Bošnjaci ni u jednoj banovini ne budu većinski narod. Tada je učinjen najveći udarac Bosni kao jedinstvenom teritorijalno-političkom prostoru u cijeloj njenoj dotadašnjoj hiljadugodišnjoj političkoj historiji. Sljedeći udarac je bio sporazum Cvetković-Maček od 26. avgusta 1939. godine kojim je dogovorena teritorijalna podjela Bosne i Hercegovine između Srbije i Hrvatske na račun bošnjačkog naroda. Ovaj sporazum zbog započinjanja Drugog svjetskog rata nije bio prošao parlamentarnu proceduru i službeno se smatra nepostojećim.

Kraljevina Jugoslavija, kao prisilna unitarna država, od 1929. do 1945. godine bila je nelegitimna tvorevina oktroiranog ustava iz 1931. sa improviziranim pravnim sistemom nastalim upotrebotom sile i političkim ucjenama dvorske kamarile. Zbog nelegitimnosti i provizornosti tadašnjeg pravnog poretku bilo je moguće da se aktuelni režim politički neodgovorno odnosi prema Bosni i Hercegovini i Bošnjacima 1939. godine i prema njena tri naroda.¹

Druga polovina tridesetih godina XX stoljeća u Evropi je obilježena, između ostalog, pojavom narodnog fronta kao forme političke mobilizacije svih demokratskih snaga u otporu tada rastućoj fašističkoj prijetnji i opasnosti. U okviru te narodnofrontovske antifašističke politike postavlja se pitanje obnove, autonomije Bosne i Hercegovine i njene teritorijalne cjeline.

Prvim korakom u tom pravcu mogu se smatrati otvorena pisma napredne studentske omladine BiH. Na inicijative tada ilegalne KPJ bosanskohercegovačka studentska omladina obratila se otvorenim pismima javnosti u decembru 1937., marta 1938. i decembru 1939. godine. Ta je pisma potpisalo 509 studenata svih bh. nacionalnosti, Srba, Bošnjaka, Hrvata i Jevreja. Svojim sadržajem ova pisma predstavljaju prijelom u gledanju KPJ na etničku realnost i historijski subjektivitet BiH, posebno na nacionalno pitanje bosanskih Muslimana. Ovi studenti iz BiH, koji su uglavnom studirali na univerzitetima u Beogradu i Zagrebu, izrazili su u tri navedena pisma u prvom redu „privrženost rodnoj grudi i svom zavičaju“. Oni

¹ Prof. dr. Omer Ibrahimagić, „Državno-pravni razvitak Bosne i Hercegovine“, Sarajevo, 1998., str. 55-58.

u tim pismima, kao ljudi „kod postojbine, a bez postojbine” iz osjećanja i dužnosti, prava i potrebe, zahtijevaju autonomiju Bosne i Hercegovine.

U trećem pismu posebno se ističe da na prostoru između Drine, Save i Une „kao i s obje strane Neretve” stoljećima žive Srbi, Muslimani i Hrvati. Oni su na cijelom prostoru BiH nacionalno „isporepljeni” i među njima nije moguće postaviti granicu koja ne bi bila „teška nepravda”, prije svega prema muslimanima, koji „oduvijek čine jednu cjelinu”.

Pisma studentske omladine ukazala su prvenstveno na historijsko i egzistencijalno zajedništvo naroda BiH. To zajedništvo potpisnici pisma nisu vidjeli samo kao prošlost, nego kao opredjeljenje za budućnost.

U pismima je sadržana i ideja bratstva i jedinstva, koja će kao politički program biti istaknuta na zastavi antifašističkog narodnooslobodilačkog pokreta 1941-1945. godine. Upravo na tragu ovih pisama bosanskohercegovački komunisti su otvoreno na svojoj Petoj pokrajinskoj konferenciji u julu 1940. izašli sa programom „narodne autonomije Bosne i Hercegovine”, u kojoj će ravnopravno i demokratski živjeti Muslimani (Bošnjaci), Srbi i Hrvati. Ova „demokratska narodna autonomija”, kao njihov zajednički interes, biće osnovni programski cilj narodno-oslobodilačkog pokreta 1941. – 1945., kada je u pitanju Bosna i Hercegovina. Taj cilj je u državnopravnom smislu realiziran osnivanjem i odlukama Zemaljskog antifašističkog vijeća narodnog oslobođenja Bosne i Hercegovine.²

Zahvaljujući političkim promjenama 1941. godine i aktivnom učešću sva tri bosanska naroda u narodnooslobodilačkom pokretu 1941-1945., i njegovoj političkoj odluci da se nova Jugoslavija organizira na federalnom principu, Bosna i Hercegovina je nakon 480 godina, 25. novembra 1943. godine u Varcar Vakufu (Mrkonjić Gradu) na Prvom zasjedanju ZAVNOBiH-a obnovila svoju državnost. Nakon četiri dana na Drugom zasjedanju AVNOJ-a 29. novembra, predstavnici sva tri bosanska naroda prenijela su odluku ZAVNOBiH-a, da Bosna i Hercegovina kao jedna od šest ravnopravnih federalnih jedinica bude konstituent nove Demokratske Federativne Jugoslavije.

Tada nije bilo odlučivano kakvo će biti političko uređenje nove države. Tek nakon održanih izbora (11. novembra), na zasjedanju Ustavotvorne skupštine, 29. novembra 1945., odlučeno je da se Jugoslavija definira kao „federativna narodna republika”. Tako je i Bosna i Hercegovina, kao federalna jedinica imala narodno-republikanski oblik vlasti. Bosna i Hercegovina je kao država učestvovala sa drugim federalnim jedinicama s punim političkim legitimitetom u vršenju vlasti savezne države kao nosioca državnog suvereniteta i međunarodnopravnog subjektiviteta.

Sa intenzivnjim unošenjem elemenata socijalističke ideologije u njeno unutrašnje uređenje, posebno uvođenjem radničkog samoupravljanja, Bosna i Hercegovina prerasta iz narodnog republikanskog oblika u socijalistički republikanski državni oblik, u kome je dominantan jednopartijski sistem vlast, kakav je bio i u prethodnom obliku „narodne republike”.

Socijalistički pravni sistem sastojao se od državnog i samoupravnog prava. Ovaj se sistem izgrađivao u zajedničkom saveznom parlamentu i vladu i subordinirao je državne organe Bosne i Hercegovine prema saveznim organima u pitanjima u kojima je savezna država bila nadležna. Ali, postojala je i značajna „republička” i „samoupravna” regulativa, naročito u sferi privrednih i društvenih djelatnosti kojom se mogla izraziti i državnopravna specifičnost Bosne i Hercegovine i samouprava lokalnih zajednica, preduzeća i ustanova.

Pokušaj da se uspostavi takva državna zajednica u kojoj će Bosna i Hercegovina, kao i druge federalne jedinice, kao države, imati više autonomije, a odluke na saveznom nivou donositi konsenzusom, kao što je bilo uspostavljeno Ustavom iz 1974., nije uspio kao trajno

² LJUDSKA PRAVA – časopis za sve pravno-političke probleme: Prof. dr. Mustafa Imamović, „Antifašizam i Bosna i Hercegovina kao država“, broj 1-2, godina 6, Sarajevo, 2005., str. 8-9.

rješenje, zbog čega se Jugoslavija raspala 1991/1992. godine na više nezavisnih država. Tako je Bosna i Hercegovina, nakon 529 godina, od kada je 1463. izgubila svoju nezavisnost, 6. aprila 1992. godine ponovo međunarodno pravno priznata kao politički nezavisna i suverena država, kada je stekla i svoj puni međunarodnopravni subjektivitet.

Političkim i društveno-ekonomskim promjenama koje su potom nastale počinju se gubiti socijalistički atributi iz njenog državnog uređenja, a time je izgubila i „socijalistički” predznak ispred svog imena. U njenom nazivu ostaje samo „Republika Bosna i Hercegovina”. Dejtonskim sporazumom potpisanim u Parizu 14. decembra 1995. nestaje i atribut „republika” i službeni naziv države je samo „Bosna i Hercegovina”, u čijem su sastavu dva entiteta sa širokom političkom autonomijom. Bosni i Hercegovini je mirovnim sporazumom zagarantovana teritorijalna cjelovitost u međunarodnopravno priznatim granicama, državni suverenitet kojeg vrše najviši organi Bosne i Hercegovine i međunarodnopravni subjektivitet, kao i članstvo u međunarodnim organizacijama.

Današnji pravni sistem kreiran je Ustavom Bosne i Hercegovine (Aneks IV) Mirovnog sporazuma, kome je pridodata navedenih 15 međunarodnih konvencija i ugovora koje u pravnom sistemu BiH imaju snagu ustavne norme. Pravni sistem BiH čine i pravni sistemi entiteta, kantona i općina.

2. Razvoj integrativnih prva boraca u Bosni i Hercegovini na iskustvima Drugog svjetskog rata

Bosanskohercegovačka državnost obnovljena je u jeku Drugog svjetskog rata, čiji nosilac je bio narodnooslobodilački pokret, kao dio svjetske antifašističke koalicije. Preciznije, obnovljena je 25. novembra 1943., na osnivačkoj skupštini Zemaljskog antifašističkog vijeća narodnog oslobođenja Bosne i Hercegovine - ZAVNOBIH-a, kao prvog bosanskohercegovačkog modernog parlamenta.

Već u prve dvije godine tog rata protiv fašističke okupacije zemlje narodnooslobodilački pokret se suočio sa potrebom zaštite boraca, a posebno ranjenika i siročadi piginulih. Uslovi su bili veoma teški, sredstva vrlo ograničena, nedovoljan broj zdravstvenih radnika, pa su, pored pokretnih bolnica, ranjenici često prepuštani na brigu i liječenje lokalnom stanovništvu.

Obrazovanjem ZAVNOBIH-a i posebno njegovim konstituisanjem u najviše zakonodavno i izvršno tijelo Bosne i Hercegovine na Drugom zasjedanju u Sanskom Mostu 30. juna i 1. jula 1944. godine, na kome se poseban referat odnosio na zdravstvene prilike u Bosni i Hercegovini, izvršena je njihova analiza, sa posebnim osvrtom na zdravstvenu zaštitu boraca, invalida i ratne siročadi. Na osnovu tog referata sankcionisane su sve prethodne mjere narodnooslobodilačkih odbora i date sugestije za njihovo poboljšavanje. Na osnovu toga kasnije su formirani i određeni organi i ustanove. Između ostalog, za njihovo finansiranje raspisan je narodni zajam.³

Vlast Demokratske Federativne Jugoslavije, odnosno, njen Nacionalni komitet, donio je izvjesne odluke, koje su predstavljale konstitutivne elemente boračke zaštite - zaštite ratnih vojnih invalida i porodica piginulih boraca.⁴ Organi vlasti su, međutim, i mimo tih propisa ulagali značajne napore u pogledu zaštite težih invalida i naročito djece palih boraca, pa i sve ratne siročadi bez roditeljskog staranja uopšte.⁵ Tako je za ovu djecu, bez obzira na

³ Branko Ćopić, PRVI BOSANSKOHERCEGOVAČKI NARODNI PARLAMENT, "Oslobođenje", br. 8., za juli 1944. godine, str. 10-12.

⁴ Andelko Kovačević, PRAVA BORACA, VOJNIH INVALIDA I PORODICA PALIH BORACA, Sarajevo 1985, str.6.

⁵ Ramo Arnautović, DJECA U VIHORU RATA, Sarajevo, 2000

izvanredno tešku situaciju, formiran određeni broj dječijih domova, koji su se često morali povlačiti zajedno sa jedinicama Narodnooslobodilačke vojske. Taj sistem je razvijan tek po završetku rata, uglavnom, poslije obnove zemlje, koja je uz to izdržala veoma težak pritisak Sovjeta i istočnoevropskog bloka od 1948. - 1956. Značaj ovoga perioda je u tome što je zajednička jugoslovenska država, u uslovima hladnog rata između dva bloka uspjela da odbrani svoju nezavisnost, ali i humaniju koncepciju socijalizma, po čemu se Jugoslavija i poslije toga značajno razlikovala od boljševičkog koncepta organizacije društva. To joj je omogućilo da u okviru Pokreta nesvrstanih uveliko otupljuje međublokovske suprotnosti.

Za razliku od Sjedinjenih Američkih Država u Bosni i Hercegovini u gotovo polustoljetnom periodu (1945. – 1992.) nije bilo značajnijeg povećanja broja korisnika boračke zaštite, dok je priliv mirnodopskih vojnih invalida za ovaj rad potpuno beznačajan. Otuda podsticaji za dogradnju i poboljšanje zakonodavstva u boračkoj zaštiti u Bosni i Hercegovini nisu dolazili od ratova kao u Sjedinjenim Američkim Državama. Uža periodizacija ove problematike se zbog toga zasniva, uglavnom, na iznalaženju mogućnosti da se ona poboljša u skladu sa finansijskim sredstvima i porastom svijesti o značaju boračke zaštite. Proces starenja korisnika boračke i invalidske zaštite u tome je, takođe, značajan faktor, koji je, pored prirodnog smanjivanja broja korisnika zaštite, u nekim periodima značio njihovo povećanje, a starenje je bilo značajan razlog i za povećanje ukupnog obima sredstava koja su se trošila na tu zaštitu.

Pojam žrtve rata, nije ni tada, a ni danas, u unutrašnjem, kao i u međunarodnom pravu tačno određen. Iz Ženevske konvencije I – IV o zaštiti žrtava rata 1949. godine i Ženevske dopunske konvencije I – II iz 1977. godine, uočava se da se grupacije lica smatraju žrtvama rata. Navedenim međunarodnim dokumentima se ne određuje koja se sve lica smatraju žrtvama rata.⁶ Na dvije Haške konferencije, održane 1958. i 1966. godine na kojima se

⁶ Ženevske konvencije su:

1. *Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu od 12. avgusta 1949. godine. Usvojena je 12.8.1949. godine, a stupila na snagu 21.10.1950. godine ("Službeni vjesnik" Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj: 1/50), na koju je tadašnja FNRJ stavila rezervu: "potpisujući Ženevsku konvenciju za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu, izjavljujem da Vlada FNRJ pristupa rečenoj konvenciji, sa rezervom na član 10. Vlada FNRJ neće smatrati zakonitim traženje Sile u čijoj se vlasti nalaze ranjenici i bolesnici a kojima se ide za tim da neka neutralna država ili neka međunarodna organizacija ili neka humanitarna organizacija preuzme dužnosti prema ranjenicima i bolesnicima ili članovima sanitetskog i vjerskog osoblja koje po ovoj konvenciji pripadaju silama zaštitnicama, ako vlada zemlje čiji su oni državljanii ne da na to svoj pristanak."*
2. *Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomaca oružanih snaga na moru od 12. avgusta 1949. godine. Usvojena je 12.08.1949. godine a stupila na snagu 21.10.1950. godine ("Službeni vjesnik" Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj: 1/50), na koju je tadašnja FNRJ stavila ovu rezervu: "Potpisujući Ženevsku konvenciju za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru, izjavljujem da Vlada FNRJ pristupa rečenoj konvenciji sa rezervom na njen član 10. Vlada FNRJ neće smatrati zakonitim traženje Sile u čijoj se vlasti nalaze ranjenici, bolesnici i brodolomnici a kojima se ide za tim da neka neutralna država ili neka međunarodna organizacija ili neka humanitarna organizacija preuzme dužnosti prema ranjenicima, bolesnicima i brodolomnicima ili članovima sanitetskog i vjerskog osoblja koje po ovoj konvenciji pripadaju Silama zaštitnicama, ako vlada zemlje čiji su oni državljanii ne da na to svoj pristanak."*
3. *Ženevska konvencija o postupanju s ratnim zarobljenicima od 12. avgusta 1949. godine. Usvojena je 12.08.1949. godine, a stupila na snagu 21.10.1950. godine ("Službeni vjesnik" Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj: 1/50) na koju je tadašnja FNRJ stavila ove rezerve: "Potpisujući Ženevsku konvenciju o posmatranju sa ratnim zarobljenicima, izjavljujem da Vlada FNRJ pristupa rečenoj konvenciji, sa rezervom na njene članove 10. i 12. U pogledu člana 10, Vlada FNRJ neće smatrati zakonitim traženje Sile koja drži ratne zarobljenike, a kojima se ide za tim da neka neutralna država ili neka međunarodna organizacija preuzme dužnosti prema ratnim zarobljenicima koje po ovoj konvenciji pripadaju Silama zaštitnicama, ako vlada zemlje čiji su oni državljanii ne da na to svoj pristanak. U pogledu člana 12. Vlada FNRJ neće smatrati da je Sila koja je predala ratne zarobljenike oslobođena*

raspravljaljalo o zakonodavstvu bivših boraca i drugih žrtava rata u organizaciji Svjetske organizacije bivših boraca, definisano je da se pod pojmom žrtva rata smatraju sljedeća lica: bivši borci, učesnici pokreta otpora, ratni zarobljenici, ratni i mirnodopski vojni invalidi, deportovana lica, ratne i mirnodopske vojne udovice i siročad, druga lica određena nacionalnim zakonodavstvom.⁷

Povećana socijalna zaštita ranjenih i oboljelih boraca javlja se u slučaju: gubitka ili smanjenja radne sposobnosti, otežanog i normalnog zadovoljavanja svakodnevnih životnih i egzistencijalnih potreba.

Ove dvije posljedice ranjavanja i oboljenja boraca, su glavne karakteristike žrtava rata.⁸

Prema ranije našem pravu, pod pojmom žrtve rata nakon Drugog svjetskog rata, posebno se tretiraju vojne žrtve rata, a posebno civilne žrtve rata. U vojne žrtve rata uvrštavaju se: bivši borci, ratni vojni invalidi, mirnodopski vojni invalidi, članovi porodica lica pогinulih, umrlih ili nestalih boraca, članovi uže porodice, odnosno roditelji pогinulih vojnih lica ili umrlih lica od rana, povreda ili ozljeda zadobijenih pod zakonom utvrđenim okolnostima, članovi uže porodice, odnosno roditelji vojnih lica koji umru od bolesti zadobijenih pod zakonskim okolnostima, članovi porodica ratnih vojnih invalida od I do VII grupe poslije njihove smrti.

svoje odgovornosti za primjenu ove konvencije za sve vrijeme dok se ti ratni zarobljenici budu nalazili kod Sile koja je pristala da ih primi.”

4. *Ženevska konvencija o zaštiti civilnih lica u vrijeme rata od 12. avgusta 1949. godine. Usvojena je 12.8.1949. godine, a stupila na snagu 21.10.1950. godine (“Službeni vjesnik” Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj: 1/50) na koju je tadašnja FNRJ stavila ove rezerve: “Potpisujući Ženevsku konvenciju o zaštiti civilnih lica za vrijeme rata, izjavljujem da Vlada FNRJ pristupa rečenoj konvenciji, sa rezervom na njene članove 11. i 45. U pogledu člana 11, Vlada FNRJ neće smatrati zakonitim traženje Sile u čijoj vlasti se nalaze civilna lica, a kojim se ide za tim da neka neutralna država ili neka međunarodna organizacija ili neka humanitarna organizacija preuzme dužnosti prema zaštićenim licima, koje po ovoj konvenciji pripadaju Silama zaštitnicama, ako vlada zemlje čiji su oni državljani ne da na to svoj pristanak. U pogledu člana 45. Vlada FNRJ neće smatrati zakonitim da Sile koja predaje zaštićena lica nekoj drugoj Sili bude oslobođena svoje odgovornosti u pogledu primjenjivanja Konvencije za sve vrijeme dok se ta zaštićena lica nalazila kod Sile koja je pristala da ih primi.”*

Protokoli su:

1. *Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba. Usvojen je 8. juna 1977. godine, a stupio na snagu 7. decembra 1978. godine. Prilikom ratifikacije SFRJ dala je ovu izjavu (član 2. Zakona o ratifikaciji): “Odredbe Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, koje se odnose na okupaciju, primjenjuju se u skladu sa članom 238. Ustava SFRJ prema kome niko nema pravo priznati ili potpisati kapitulaciju, niti prihvati ili priznati okupaciju SFRJ ili pojedinog njenog dijela.”*
2. *Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih (unutrašnjih) oružanih sukoba. Usvojen je 08.06.1977. godine, a stupio na snagu 7. decembra 1978. godine. Konvencije i protokoli su ratificirani od strane Republike Bosne i Hercegovine i objavljeni u službenom listu RBiH broj: 16/92 od 18. septembra 1992. godine, a potom su navedene u Aneksu I uz Dejtonski Ustav BiH u okviru Dodatnih sporazuma o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u BiH.*

U knjizi pod naslovom “Bosna i Hercegovina – Kodeks ljudskih prava”, Ahmeda Žilića, Slavonski Brod 1996, citirane konvencije i protokoli objavljeni su na strani 35 – 319.

⁷ Prof. dr. Sead Dedić, “Socijalno pravo”, Sarajevo 2005, str. 182 – 186.

⁸ Karakteristike žrtava rata, preuzetu su iz monografije dr. Veselina Trninića pod naslovom “Socijalna prava invalida rata u Bosni i Hercegovini”, Sarajevo, 1997, str. 98 – 99.

Jedan od prvih zakona donesenih poslije rata bio je zakon kojim su regulisana zaštita ratnih vojnih invalida i porodica boraca. Materijalni položaj ostalih boraca (koji nisu ratni vojni invalidi) postao je predmet intenzivnije pažnje društvene zajednice znatno kasnije. Pored oskudice sredstava bilo je to i zato što su ti borci u prvim poslijeratnim godinama bili u naponu snage i u prvim redovima borbe za obnovu i izgradnju zemlje.

Tek protokom vremena, starenjem, zakašnjelim posljedicama ratnih napora, relativno kasnim zasnivanjem porodice, slabijom kvalifikacionom strukturom, prijevremenim penzionisanjem sa relativno niskim penzijama, niskim standardom boraca zemljoradnika, nametnula se potreba izgradnje šireg i efikasnijeg sistema zaštite boračke i invalidske populacije. To, doduše, omogućava samo znatno ojačana privreda zemlje.

Uporedo sa starenjem boračke i invalidske populacije, sistem zaštite je dograđivan u mjeri u kojoj je zajednica mogla podnijeti opterećenja. Prvo su saveznim propisima regulisana neka prava u oblasti radnih odnosa, penzijskog osiguranja i zdravstvene zaštite, potom je nizom saveznih, republičkih i opštinskih propisa dograđivan sistem prava boraca, vojnih invalida i porodica poginulih i umrlih boraca. Otprilike do 1967. postignuti su određeni rezultati na tom planu, ali je konstatovan i nezadovoljavajući materijalni položaj nekih kategorija boraca i njihovih porodica.⁹

Borci Narodnooslobodilačkog rata su se krajem 1947. organizirali u posebnu organizaciju. Na osnivačkom kongresu 30. septembra 1947. formiran je Savez udruženja boraca narodnooslobodilačkog rata - SUBNOR Jugoslavije. Savez je okupio učesnike rata - borce Narodnooslobodilačke vojske, uključujući i one koji su se borili u nekoj formaciji antifašističke koalicije, te aktiviste narodnooslobodilačkog pokreta, uključujući i one koji su se za NOP opredjelili u zarobljeništvu.

Zadaci Saveza bili su: - okupljanje, očuvanje tekovina NOR-a, razvijanje tradicija narodnoslobodilačke borbe, sakupljanje historijske građe, uređivanje grobova palih boraca i obilježavanje značajnih mjesta iz rata, te briga o materijalnom zbrinjavanju, školovanju i zapošljavanju učesnika i djece palih boraca te regulisanje invalidnine i ostalih socijalnih pomoći učesnicima rata i njihovim porodicama.

SUBNOR Jugoslavije je bio jedan od inicijatora i, pored Belgije, Finske, Francuske, Sjedinjenih Američkih Dražva i Turske, osnivač Svjetske federacije bivših boraca - SFBB (World Veterans Federations - WVF, Fédération mondiale des anciens combattants - FMAC) 23. novembra 1950. u Parizu, te domaćin prvog kongresa Federacije.

Danas poslije 50 godina Federacija obuhvata preko 100 nacionalnih organizacija. Osnovni zadaci Federacije su borba za očuvanje mira, poštovanje ljudskih prava, razvijanje ravnopravnih i prijateljskih odnosa među narodima, te saradnja među boračkim organizacijama i čuvanje uspomena na poginule.¹⁰ Savez je bio organizovan po republikama i pokrajinama i republički savezi su imali veliku autonomiju. Nakon raspada SFRJ 1991. tu poziciju Savez boraca Bosne i Hercegovine je zadržao. Na Kongresu u Bordou (Bordeaux, Francuska) 1994. Savez je neposredno primljen u Federaciju, a uz njega i Jedinstvena organizacija boraca Bosne i Hercegovine – JOB - UNIJA VETERANA Bosne i Hercegovine. U Seulu 1997. u SUBNOAR Bosne i Hercegovine pridružen je SUBNOR Republike Srpske, što su uslovi za objedinjavanje svih boraca na nivou Bosne i Hercegovine.

Zakonski propisi, koji su se odnosili na regulisanje boračke i invalidske zaštite do tog perioda mahom su donošeni na nivou Federacije i cijelokupnu problematiku su, uglavnom, rješavali jedinstveno. Kako je u to vrijeme izmijenjena i ostala zakonska regulativa, s obzirom

⁹ OSTVARIVANJE PRAVA BORACA, VOJNIH INVALIDA I PORODICA POGINULIH I UMRLIH BORACA U BOSNI I HERCEGOVINI, Sarajevo 1978, str. 7. do 16.

¹⁰ Danka Fućak, SVJETSKA FEDERACIJA BIVŠIH BORACA I MEĐUNARODNA FEDERACIJA POKRETA OTPORA, Vojna enciklopedija, Beograd 1975, Sveska 9, str. 265-266.

na decentralizaciju uprave i razvoj samouprave na nižim nivoima, 1976. se pristupilo utvrđivanju dugoročne politike i u ovoj oblasti. Od tada su propisi boračke i invalidske zaštite donošeni na svim nivoima od opštine do Federacije. U narednim godinama svi zakonski i podzakonski propisi u boračkoj i invalidskoj zaštiti su značajno izmijenjeni ili su doneseni novi - usklađeni sa tom dugoročnom politikom. Od oko pedeset saveznih i republičkih zakona, pravilnika, uputstava, uredaba i odluka, koji su, uglavnom, važili narednih desetak godina, neki i do kraja postojanja SFRJ, njih četrdeset je doneseno u toku 1972. i 1973. godine, a pravo na boračku invalidsku zaštitu uvršteno je i u Savezni i republičke ustave.¹¹

Desetak godina kasnije, početkom osamdesetih godina, zakonska regulativa boračke i invalidske zaštite još jednom je inovirana, ali bez značajnih izmjena u politici i bez bitnih promjena u konkretnim pravima pojedinih kategorija. U okviru ove zakonodavne kampanje tri savezna zakona donesena su 1981. Svi ostali (sem jednog koji je donešen 1984.), njih 24, doneseni su 1982. godine. Republički zakoni i drugi propisi u ovom okviru doneseni su u nešto širem vremenskom okviru (1980.-1985.), alli uglavnom u 1984. godini¹²

Ovaj posljednji period (od smrti Josipa Broza Tita, 4. maja 1980.), s obzirom na proces urušavanja socijalizma kao društvenog sistema u svijetu i otvorenije istupanje dezintegrativnih snaga u zemlji, boračka i invalidska zaštitu je stagnirala i, s obzirom na opšti pad standarda, je smanjivana. U tom periodu zakonskih ni drugih radikalnih promjena uglavnom nije bilo.

Sredinom osamdesetih na političku scenu su stupile dezintegrativne snage u zemlji, među kojima je bio najorganizovaniji i najjači srpski nacionalistički pokret koji je kroz razna udruženja i ustanove sve češće istupao sa obnovljenim konceptom fašističke "velike Srbije". Aprila 1991. rukovodeći organ tog pokreta, Srpski nacionalni savjet je zaključio da više "nije spremna da gubi istorijsko vreme"¹³, i pošto je tzv. "pužućim pučevima" preuzeo značajne komandne pozicije u Federaciji (Predsjedništvo i Generalstab Oružanih snaga SFRJ), krenuo je u sukcesivne, oružane agresije na republike koje nisu bile spremne da mu se poviňuju.

Od 1974. do 1981. godine osnovna socijalna prava boraca, vojnih invalida i porodica palih boraca su toliko izdiferencirana i svrsishodna, da se danas mora priznati da je u ovoj boračko-invalidskoj oblasti bivša SFRJ imala sistemski uređena pitanja. U pogledu socijalne zaštite bivših boraca i vojnih invalida donesen je cito sistem zakonskih propisa po kojima se ova zaštita sprovodila. Zakonodavstvo o bivšim borcima i vojnim invalidima je spadalo u nadležnost tadašnje SFRJ kao države i donijeli su ga savezni zakonodavni organi, a sve u cilju jednoobrazne izjednačene i unificirane zaštite boraca, vojnih invalida i porodica palih boraca, što bi i današnjoj državi Bosni i Hercegovini trebao da bude cilj. Sa takvim zaokruženim sistemom boračke zaštite, SFRJ je doživjela svoju disoluciju, a Republika Bosna i Hercegovina je već u aprilu 1992. godine preuzela savezne zakone od bivše SFRJ i to:

Zakon o osnovnim pravima vojnih invalida i porodica palih boraca ("Službeni list SFRJ", broj: 68/81, 41/83, 75/85, 44/89, 87/89, 20/90 i 42/90);

Zakon o osnovnim pravima "Nosilaca partizanske spomenice 1941." ("Službeni list SFRJ", broj: 67/72, 40/73, 33/76, 32/82, 25/85, 75/85, 44/89, 87/89, 20/90 i 42/90);

Zakon o osnovnim pravima lica odlikovanih Ordenom narodnog heroja ("Službeni list SFRJ", broj: 67/72, 21/74, 33/76, 32/81, 25/85, 75/85, 44/89, 87/89, 20/90 i 42/90);

¹¹ Andelko Kovačević, PRAVA BORACA, VOJNIH INVALIDA I PORODICA PALIH BORACA, Sarajevo 1975, str. 131-133.

¹² Andelko Kovačević, PRAVA BORACA, VOJNIH INVALIDA I PORODICA PALIH BORACA, Sarajevo 1985, str. 62 - 63.

¹³ GENOCID U BOSNI I HERCEGIVINI 1991.-1995, Zbornik radova sa međunarodnog kongresa za dokumentaciju genocida u Bosni i Hercegovini, održan u Bonu, od 31. avgusta do 4. septembra 1995, Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava u Sarajevu, Sarajevo 1997, str. 48.

Zakon o osnovnim pravima boraca Španskog nacionalnooslobodilačkog i revolucionarnog rata od 1936. do 1939. godine (“Službeni list SFRJ”, broj: 67/72, 40/73, 33/76, 32/81, 25/85, 75/85, 44/89, 87/89, 20/90 i 42/90);

Zakon o obilježavanju i održavanju grobalja i grobova pripadnika savezničkih armija i drugih stranih armija na teritoriji Jugoslavije (“Službeni list SFRJ”, broj 60/75).

Samo je ovaj posljednji Zakon preuzet u cijelosti, a ostali djelimično, s tim da su se prava postepeno povećavala ovisno od mogućnosti i načina ostvarivanja. Pored ovih propisa preuzetih od bivše SFRJ, Republika Bosna i Hercegovina je u toku rata donosila propise iz oblasti boračko-invalidske zaštite, od kojih se posebno ističu: Uredba sa zakonskom snagom o pravu na izuzetnu penziju za vrijeme ratnog stanja i Uredba sa zakonskom snagom o izuzetnom materijalnom obezbjeđenju za vrijeme ratnog stanja, ratnih vojnih invalida i porodica palih boraca.¹⁴

3. Osnovi za integriranje boračke zaštite u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini

Pravni i socijalni aspekti integriranja boračke zaštite u Bosni i Hercegovini su izuzetno značajna i kompleksna pitanja, koja imaju karakter multidisciplinarnе naučne oblasti. U osnovi, ovo je jedno od najosjetljivijih pitanja u postratnoj Bosni i Hercegovini, koje još nije dovoljno uređeno ni u entitetima Bosne i Hercegovine, a o rješavanju ovog pitanja na državnom nivou još uvijek se i ne razmišlja, pogotovu ne o praktičnim pokušajima i rješenjima za nivo države Bosne i Hercegovine.

Priznajući osnovanost diskusije o ovom pitanju, a u isključivom cilju boljeg razumijevanja, neophodno je spoznati značenje termina koji se sada koristiti u oblasti boračko-invalidske zaštite u BiH. Pojmovi koji se koriste, imaju sljedeće zakonsko uporište i značenje: borac i boračko-invalidska zaštita su kao termini, imanentni bosanskom jeziku i koriste se kao dominantni pojmovi, ali ne i jedini, s obzirom da važeći Zakon iz oblasti boračko-invalidske zaštite koristi pojam branilac i braniteljsko-invalidska zaštita, kao općeprihvачene pojmove u Federaciji Bosne i Hercegovine, iako su pojmovi koji su imanentni hrvatskom jeziku, a sadržajno su potpuno istog značenja. U entitetu Republika Srpska su u upotrebi pojmovi borac i boračko-invalidska zaštita. U entitetu Federacija Bosne i Hercegovine osnov za jednaku i ravnopravnu upotrebu ovih pojmoveva, našao sam u Ustavu Bosne i Hercegovine i Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine, te je moj izbor da dominantno koristim pojmove na bosanskom jeziku, ali i korištenje drugih pojmoveva, zasnovanih na ustavnim propisima, ali i na Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave¹⁵. Isto uporište sam našao i u Zakonu o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave¹⁶. U ravnopravnoj upotrebi sa pojmovima: poginuli borac i članovi porodica poginulih boraca su i pojmovi: šehid i članovi porodica šehida. Inače, pojam šehid i određenje ovog pojma, našao sam u "Rječniku bosanskog jezika (karakteristična leksika)"¹⁷, u kome se šehidom naziva svaki musliman koji na Božijem putu bude svjedok istine svojim životom i time stekne Božiju milost. Iako je ovo pojam koji rabe samo muslimani i koji je

¹⁴ Uredba sa zakonskom snagom o pravu na izuzetnu penziju za vrijeme ratnog stanja (“Službeni list Republike Bosne i Hercegovine”, broj 13/93 i 13/94) i Uredba sa zakonskom snagom o izuzetnom materijalnom obezbjeđenju za vrijeme ratnog stanja, ratnih vojnih invalida i porodica palih boraca stanja (“Službeni list Republike Bosne i Hercegovine”, broj 33/95, 37/95 i 17/96).

¹⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave (“Službene novine Federacije BiH”, br. 3/96 i 48/99)

¹⁶ Zakon o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave (“Službene novine Federacije BiH”, br. 58/02 i 19/03)

¹⁷ Alija Isaković, “Rječnik bosanskog jezika (karakteristična leksika)”, Sarajevo, 2005, str. 308

vezan za njihovu vjersku pripadnost, on je kod Bošnjaka muslimana poprimio opće pravo građanstva i svakodnevne upotrebe, a zakonski se koristi kao sinonim za pojам poginuli borac. Osnov za upotrebu pojma šehid, našao sam u Zakonu o udruženjima ratnih vojnih invalida, članova porodica šehida i poginulih boraca i demobilisanih pripadnika oružanih snaga¹⁸, kao i u Zakonu o pravima branilaca i članova njihovih porodica¹⁹.

Mišljenja sam da bi najbolje bilo dominantno koristiti pojmove: borac i boračko-invalidska zaštita, zbog toga što su u skladu sa zakonom, ali i zbog toga što je u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini upotreba ovih pojmoveva najprikladnija, posebno sa stanovišta ishoda i završetka rata, ali i zbog budućnosti naše multietničke i multikonfesionalne države. Upotreba ovih pojmoveva, u svom osnovnom određenju, ne sadrži u sebi asocijacije odbrane dijelova teritorije države, niti asocijacije takozvane odbrane pojedinih naroda i narodnosti u Bosni i Hercegovini. Uz to, oni imaju i svoju višedecenijsku upotrebnu vrijednost, a sve ovo pogoduje cilju integriranja boračke zaštite u državi Bosni i Hercegovini. Pravne i socijalne aspekte integriranja boračke zaštite, kao nerazdvojive termine za ovo pitanje, jedino je moguće promatrati kroz socijalno pravo, ali je ono još uvijek mletačka grana pravnog sistema i pravne nauke. Kako socijalno pravo još nije steklo zadovoljavajuće opće pravo građanstva, zato što je relativno novo, mora se kazati da se ono razvilo i razvija iz drugih grana prava, specijalno iz radnog prava, ali isto tako i iz građanskog, upravnog, porodičnog, finansijskog i drugih grana prava,²⁰ te iz drugih oblasti znanosti. Navedeni aspekti integriranja boračke zaštite u Bosni i Hercegovini spadaju u posebna socijalna prava koja predstavljaju konkretizaciju općeg sistema socijalnog prava i obuhvataju zasebnu oblast koja je dio integralne socijalne i pravne politike društva.

Promatrajući i proučavajući predmetne aspekte integriranja boračke zaštite, nužno je ukazati na činjenicu da pravni i socijalni aspekti u suštini predstavljaju socijalno-zaštitno pravo, koje obuhvata tri uža područja: socijalno osiguranje, socijalno obezbjeđenje, socijalno staranje.

a) Socijalno osiguranje označava najvažniji dio socijalne zaštite, i to onaj dio u kome je socijalna zaštita gotovo u cijelini podignuta na stepen prava.²¹ To je, dakle, pravno utvrđen jedinstven sistem obaveznog osiguranja u kojem osiguranici na principima solidarnosti i uzajamnosti osiguravaju novčana davanja, materijalna davanja i stručne usluge, u konkretnom slučaju kod rana, povreda, ozljeda, bolesti, smrti, pogibije, nestanka lica, invalidnosti, otklanjanja opasnosti od nastupanja invalidnosti, tjelesnog oštećenja i slično.²² Prema tome, ovo je najvažniji dio općeg sistema socijalnog obezbjeđenja.

b) Socijalno obezbjeđenje imaju lica (boračka populacija) kojima je pozitivnim propisima priznato pravo da od određenog organa uprave ili organizacije zahtijevaju da im pruže socijalnu zaštitu, koja ovako podignuta na stepen prava predstavlja socijalno obezbjeđenje, odnosno socijalnu sigurnost. Dakle, socijalno obezbjeđenje ne zavisi direktno od doprinosa pojedinca (tj. od visine i dužine ulaganja u pojedine fondove), nego se zasniva na potrebama građana (boračke populacije) u slučaju nastupanja određenih socijalnih rizika, što je u suštini garancija socijalnog minimuma.

c) Kod socijalnog staranja, lica nemaju pozitivnim propisima priznato pravo na socijalnu zaštitu, nego takvu zaštitu mogu samo da traže (mole), ako nemaju socijalno pravo u

¹⁸ Zakon o udruženjima ratnih vojnih invalida, članova porodica šehida i poginulih boraca i demobilisanih pripadnika oružanih snaga ("Službene novine Republike BiH"; br. 33/95 i 37/95)

¹⁹ Zakon o pravima branilaca i članova njihovih porodica ("Službene novine Federacije BiH"; br. 33/04)

²⁰ Prof. dr Veselin Trninić, „Socijalna prava invalida rata u Bosni i Hercegovini“, Sarajevo, 1997

²¹ Vidjeti: Prof. dr Mihailo Stupar, „Socijalna politika“, Beograd, 1963.

²² Vidjeti: Prof. dr Veselin Trninić, „Socijalna prava invalida rata u Bosni i Hercegovini“, Sarajevo, 1997; Vidjeti: Prof. dr Mihailo Stupar, „Socijalna politika“, Beograd, 1963.

subjektivnom smislu riječi, onda se takva zaštita naziva socijalno staranje (u koju prvenstveno ulaze socijalne pomoći).

Zajednička karakteristika sva tri definirana područja socijalne zaštite sastoji se primarno u tome da je težište ove podjele u načinu i izvorima obezbjeđivanja osnovnih i dopunskih sredstava za boračku populaciju u državi Bosni i Hercegovini, neovisno od toga u kom dijelu BiH je riječ. Pravni i socijalni aspekt integriranja boračke zaštite u Bosni i Hercegovini sa naučnog i pravnog aspekta, trebao bi se ogledati u normativnom izrazu "socijalno-pravne države". Naime, u širem smislu, tema je naslovljena na pitanje odnosa države i prava, a država i pravo su nerazdvojni u dijalektičkom jedinstvu povezane pojave. Uz to, pitanje suštine države, s jedne strane, i pravnog i socijalnog iz oblasti boračke zaštite, s druge strane, predstavljaju intrigantno i aktuelno pitanje kojim bi se socijalno pravo, danas u Bosni i Hercegovini, moralo kontinuirano baviti. Raspad SFRJ i ratovi koji su vođeni, posebno na području Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske, ostavili su iza sebe veliki broj raznovrsnih žrtava i bivših boraca kao aktivnih aktera u njima. I žrtve i borci su zbog ratnih dejstava i posljedica rata, bez svoje krivice, ostali bez svog ranijeg statusnog položaja. Rat je uzrok individualnih i kolektivnih socijalnih nesreća i nevolja, a sam po sebi donosi posebne vrste socijalnih rizika koji se kao takvi ne mogu podvesti pod tradicionalni sistem socijalnih slučajeva, odnosno rizika, a to znači da se ne mogu ni obuhvatiti općim sistemom socijalnog osiguranja, odnosno socijalnog obezbjeđenja. Ono što je trenutno dobro u sistemu boračke zaštite po entitetima u Bosni i Hercegovini je, stvaranje posebnih sistema socijalnog obezbjeđenja bivših boraca i drugih žrtava rata, s tim da bi se ovo vrlo značajno i osjetljivo pitanje trebalo i moralo urediti na nivou države Bosne i Hercegovine, jer postoji pravni osnov za ustavnu supremaciju države nad entitetima.

Ustavom Bosne i Hercegovine je utvrđen katalog prava i sloboda (član 2 tačka 3) koja uživaju sva lica na teritoriji BiH:

pravo na život,

pravo lica da ne bude podvrgnuto mučenju niti nečovječnom ili ponižavajućem tretmanu ili kazni,

pravo lica da ne bude držano u ropstvu ili potčinjenosti ili na prisilnom ili obaveznom radu,

pravo na ličnu slobodu i sigurnost,

pravo na pravično saslušanje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom,

pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku,

pravo na slobodu misli, savjesti i vjere,

pravo na slobodu izražavanja,

pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima,

pravo na brak i zasnivanje porodice,

pravo na imovinu,

pravo na obrazovanje i

pravo na slobodu kretanja i prebivališta.

Osim ovih prava i sloboda, Ustav Bosne i Hercegovine (član 2, tačka 4) uređuje da isti značaj imaju i prava i slobode u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava:

Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948);

Ženevske konvencije I – IV o zaštiti žrtava rata (1949), i Dopunski protokol I – II (1977);

Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951.) i Protokol (1966.);

Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957);

Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961.);
Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.);
Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.) i Opcioni protokoli (1966. i 1989.);
Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966.);
Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979.);
Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih postupaka ili kažnjavanja (1987.);
Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987.);
Konvencija o pravima djeteta (1989.);
Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika – migranata i članova njihovih porodica (1990.);
Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992.);
Okvirna Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1994.).

Činjenica da Ustav Bosne i Hercegovine pored entiteta i drugih vlasti u BiH, obavezuje i samu državu Bosnu i Hercegovinu (član 2. tačka 1.) da osigura najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, govori u prilog, da je u nadležnosti Bosne i Hercegovine da svojim zakonima regulira i sva pobrojana prava iz (član 2. tačka 3.) Ustava Bosne i Hercegovine, kao i da zakonom regulira i sva druga pitanja ostvarivanja i zaštite prava i osnovnih sloboda koja se nalaze pobrojana u navedenih petnaest međunarodnih konvencija sadržanih u Aneksu I. Ustava Bosne i Hercegovine.

Imajući ove argumente u vidu, mišljenja sam da je osnovano moje polazno stanovište pri obradi ove teme: država Bosna i Hercegovina je garant osnovnih i drugih prava i jedini pravi garant integrativnih prava boraca i drugih žrtava rata na nivou Bosne i Hercegovine. Ovo su pretpostavke da Bosna i Hercegovina nakon sređivanja specijalnih propisa o socijalnoj zaštiti boraca i članova njihovih porodica, te drugih žrtava rata, kao unutrašnjeg prava, može napraviti značajniji iskorak i na međunarodnom planu (evropski, regionalni, međunarodni plan).

U čemu je specifičnost bosanskohercegovačkih potreba, stanja i problema bivših boraca i članova njihovih porodica, kao i drugih žrtava rata, najbolje se vidi kroz naše društveno-ekonomski i političke odnose, zatim stepen našeg ekonomskog i tehničkog razvitka i općih standarda, uslova života i rada, a posebno uloge koju bi bivši borci, članovi njihovih porodica i druge žrtve rata imali i odigrali u ratu čije su žrtve. Ako se sve ovo ima u vidu, nije teško zaključiti da se socijalna prava boraca i drugih žrtava rata definiraju zakonima i propisima i da ona omogućavaju zadovoljavanje specijalnih potreba pojedinaca i skupina te da promiču socijalnu koheziju i solidarnost. Preciznije rečeno, socijalna prava se odnose na socijalnu zaštitu, stanovanje, zaposlenost, zdravstvenu zaštitu, obrazovanje i druga životna prava populacije koja je predmet ovog istraživanja. Bez adekvatnih, i na nivou države riješenih socijalnih prava, nema ni pravde čiji pojam u konvencionalnom smislu ima dva značenja, a oba su veoma značajna za državu Bosnu i Hercegovinu. Prvi se odnosi na restituciju ili korelativno kažnjavanje za učinjena djela, dok se drugo značenje pravde odnosi na raspodjelu resursa, odnosno šansi, u društvu ili u socijalnoj zajednici. U raspodjeli resursa i šansi obično se koriste tri kriterija socijalne pravde: prava, zasluge i potrebe.²³

Organizovati socijalnu zaštitu na nivou države Bosne i Hercegovine nije cilj sam za sebe, već se na taj način stvaraju jedinstveni i unificirani instrumenti da se ostvari, viši cilj, socijalna pravda, do koje se jedino može doći ako se polazi od pretpostavke da su borci i

²³ Dr. Vlado Puljiz i Gojko Bežovan, Zoran Šućur, Siniša Zrinčak, „Socijalna politika“, Zagreb, 2005, str. 8

druge žrtve rata najzaslužniji građani u Bosni i Hercegovini i da njihove potrebe: velike, specifične i u principu iste, neće biti adekvatno riješene dok se ne podignu na stepen socijalnih prava. Dakle, bez ovoga, nema prosperiteta ni socijalnog mira, kako za pojedinca, tako i za skupine, a u konačnici ni za državu Bosni i Hercegovinu. Bez obzira na karakter rata, Bosna i Hercegovina ima veliki broj raznovrsnih žrtava i bivših boraca rata i članova njihovih porodica čija se prava, u cilju pravde i socijalnog mira, mogu i trebaju definirati na nivou države, a da bi se to dogodilo, pored naprijed navedenog, neophodno je voditi računa i o dvjema činjenicama koje su se desile u Bosni i Hercegovini.

Prvo: Doneseni su zakoni o amnestiji u oba bosanskohercegovačka entiteta kojima se amnestiraju sva lica za krivična djela u svojstvu pripadnika Armije Republike Bosne i Hercegovine, Vojske Republike Srpske i Hrvatskog vijeća obrane, iz kojih potiču borci i članovi njihovih porodica čija socijalna prava treba riješiti na nivou države Bosne i Hercegovine.²⁴

Drugo: Donesen je Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine kojim je reguliran jedinstven odbrambeni sistem Bosne i Hercegovine u cilju zaštite suvereniteta i teritorijalnog integriteta BiH. Isti ovaj Zakon propisuje da BiH ima i Oružane snage, kao instituciju BiH, koju čine pripadnici iz reda sva tri konstitutivna naroda i reda ostalih.²⁵

U Zakonu o službi u Oružanim snagama Bosne i Hercegovine, između ostalog, propisano je da pješadijski pukovi baštine identitet i vojno naslijede jedinica i konstitutivnih naroda (Bošnjaka, Hrvata i Srba) iz kojih potiču: Armija Republike Bosne i Hercegovine, Hrvatsko vijeće obrane i Vojska Republike Srpske.²⁶

Dakle, poštujući identitet i vojno naslijede svih boraca, vojnih invalida, porodica poginulih i nestalih boraca, a uvažavajući sve naprijed navedeno, mogu se i trebaju regulirati socijalna prava na nivou države Bosne i Hercegovine, čime bi na jedinstven i unificiran način, a sigurno materijalno i finansijski bolji, bila regulirana socijalna prava, a time i u najvećoj mjeri postignuta socijalna pravda.

Jer, Bosna i Hercegovina neće biti bliža Vijeću Evrope i drugim međunarodnim asocijacijama, ako samo jedan entitet ili oba reguliraju određene odnose (pa makar to bilo i za rješavanje veoma teškog pitanja – pitanja socijalnih prava boraca i drugih žrtava rata), ukoliko to ne učini i država svojim zakonodavstvom jer je, prema međunarodnom javnom pravu, ona obavezni međunarodno-pravni subjekt. Insistiranje na entitetskim zakonima, a ne i na zakonima države, je izvrnuta logika međunarodne zajednice i Ureda Visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu i nekih domaćih političara u entitetima. Samo je državnim zakonom moguće regulirati pravnu jednakost svih građana (a posebno boračke populacije) pred zakonom u jednoj državi. Drugačiji pristup cementira ratne i nasilne podjele teritorija i građana u Bosni i Hercegovini koja je njihova zajednička država i domovina. Konačno, to bi bilo suprotno i Ustavu Bosne i Hercegovine sadržanom u Aneksu IV Općeg mirovnog sporazuma za Bosnu i Hercegovinu,²⁷ ali i direktno suprotno historijskoj i političkoj tradiciji koju ima Bosna i Hercegovina u regionalnom organizovanju.

Pošto Bosna i Hercegovina ima dugu historijsku i političku tradiciju regionalnog organiziranja, njoj najbolje odgovara da bude uređena kao federacija kantona ili okruga-regija na cijelom svom međunarodnopravno priznatom prostoru, bez nacionalnih predznaka. Stoga bi sadašnju podjelu na entitete trebalo razumjeti kao prelazno stanje, koje bi, izmjenom

²⁴ Zakon o amnestiji („Službene novine Federacije BiH“, broj 2/95) i Zakon o amnestiji („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 13/96).

²⁵ Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj 88/05).

²⁶ Zakon o službi u Oružanim snagama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj 88/05).

²⁷ Prof. dr. Omer Ibrahimagić, „Supremacija Bosne i Hercegovine nad entitetima“, Sarajevo, 1998; : Agresija na Bosnu i Hercegovinu i borba za njen opstanak 1992. – 1995. godine: Prof. dr. Omer Ibrahimagić, „Država i entiteti u Ustavu Bosne i Hercegovine“, Sarajevo, 1997, str. 225 – 229. i Predavanje na Tribini Bošnjačkih intelektualaca (VKBI) održano 7. marta 1998. godine u Sarajevu.

Ustava Bosne i Hercegovine, bilo opravdano zamijeniti regionalnim organizovanjem države. Bosna i Hercegovina kao društvo i država, trebala bi u sebi podrazumijevati etnički i vjerski izmiješano stanovništvo na cijelom njenom državnom teritoriju, uz puno poštivanje nacionalnih, građanskih i ljudskih sloboda i prava. Bez toga, to nije Bosna i Hercegovina, kakvu historija poznaje.²⁸

Uvažavajući sve naprijed navedeno, a polazeći od činjenice da je ustav najveći pravni akt jedne zemlje, i danas, nakon nešto manje od petnaest godina postojanja Ustava postdjektonske Bosne i Hercegovine, može se reći da Ustav Bosne i Hercegovine nigdje eksplicitno ne govori o karakteru BiH sa stanovišta oblika društvenog uređenja (na više mjesta se ističe da je BiH država, demokratska država, te navodi suverenitet, teritorijalni integritet, politička nezavisnost, međunarodni subjektivitet i slično). Nema sumnje da Ustav normira federalnu strukturu, što je sadržano i u Mišljenju Venecijanske radne grupe (formirane na inicijativu visokog predstavnika, od Vijeća Evrope 24. jula 1996. godine) o kompatibilnosti Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske sa Ustavom Bosne i Hercegovine, u kome se ističe da Ustav BiH predviđa federalnu državu, uz navođenje argumenata koji upućuju na takav zaključak.

Prema tome, Ustav Bosne i Hercegovine kao integralni dio Općeg okvirnog sporazuma sadrži uobičajne elemente svojstvene najvišem pravnom i političkom aktu jedne države, iako je dijelom, zbog onoga što je prethodno rečeno o njegovom sadržaju i međunarodnim konvencijama, i akt međunarodnog prava.

Potvrda naznačenih konstatacija o Ustavu BiH temelji se na četiri argumenta opće prirode:

1 – U podjeli nadležnosti između BiH i entiteta prihvata se tipična federalna struktura, sa isključivim ovlastima BiH u nizu oblasti državnog uređenja, odnosno ekonomskog i socijalnog sistema.

2 – I institucije, odnosno organi BiH ukazuju na federalnu strukturu;

3 – U stav po osnovu utvrđivanja pune slobode kretanja lica, roba, usluga i kapitala širom Bosne i Hercegovine potvrđuje jedinstven ekonomski i socijalni prostor u međunarodno priznatim granicama BiH.

4 – Ustav BiH, kao najviši pravni akt, nadređuje ustave i zakone entiteta, a Ustavni sud Bosne i Hercegovine je nadležan da „verificira“ kompatibilnost ustava entiteta sa Ustavom Bosne i Hercegovine.²⁹

4. Zaključna razmatranja

Ustav Bosne i Hercegovine normira u osnovi federalnu strukturu, iako, kako sam ranije kazao, u njegovom tekstu nema decidnijeg definiranja tipa države, ipak je nesumnjivo da se radi o federaciji, istina, sa nešto labavijom strukturom, te od ovoga treba i krenutu u razvijanju teze integriranja boračke zaštite u Bosni i Hercegovini.

Dvije su opće metodološke slabosti budžeta putem kojih se trenutno i praktično osiguravaju sredstva samo na ime klasičnih javnih rashoda. Naime, ove dvije slabosti se ogledaju u sljedećem:

- Sistem socijalnog osiguranja prepostavlja zasebne instrumente finansiranja u odnosu na budžet.

²⁸ Prof. dr. Omer Ibrahimagić, „Državno-pravni razvitak Bosne i Hercegovine“, Sarajevo, 1998, str. 58-60.

²⁹ Prof. dr. Kasim I. Begić, „Bosna i Hercegovina od Vanceove misije do Daytonskog sporazuma (1991-1996)“, Sarajevo, 1997, str. 297 i 298.

- Ne diferenciraju se budžetski izdaci na ime dopunskog finansiranja nekih vidova sistema zajedničke potrošnje u odnosu na izdatke što su izrazi garantiranja minimuma socijalne sigurnosti građana, odnosno, kvaliteta života boračke populacije.

Zbog neadekvatne budžetske politike Bosne i Hercegovine, koja se ogleda prevashodno u nedefiniranom statusu zajedničkih potreba javnog karaktera, u koju, pored penzijsko-invalidiskog osiguranja, zdravstvene zaštite i privremene nezaposlenosti, spada i boračko-invalidska zaštita, a zbog odsustva aktivnog međubudžetskog izravnavanja i fragmentarnosti, dovodi se u pitanje kvalitet svih zajedničkih potreba javnog karaktera, a posebno sistema boračko-invalidske zaštite, čiji su fragmentarni (entitetski i kantonalni) kapaciteti skromni, a time je i kvalitet života boračke populacije izraženo nejednak.

Upravo zbog ovoga neophodna je reforma budžetskog i ukupnog sistema javnog finansiranja. Bez ove reforme nerealno je očekivati da sistem finansiranja preuzme odgovarajuću ulogu u tokovima privređivanja. Ukoliko se ovo ne desi, postojeći reducirani fiskalni učinci, sve više će imati negativne implikacije na ukupni ekonomski i socijalni razvitak, pa i na integriranje boračke zaštite u Bosni i Hercegovini, a uz to i na ulazak Bosne i Hercegovine u Evropsku zajednicu i druge evroatlantske integracije jer su integracije opći svjetski trend u svim oblastima društvenog života.

Da je integriranje reguliranja i ostvarivanja prava boračke populacije moguće vršiti po jednom-jedinstvenom zakonu, najbolje nam pokazuju sljedeća dva primjera:

Primjer 1 – Zakonom o pravima branilaca i članova njihovih porodica Federacije Bosne i Hercegovine, korisnicima iz reda Armije RBiH i Hrvatskog vijeća obrane, mada su bili u oružanom sukobu, danas po istom, navedenom zakonu, integrirano su regulirana i ostvaruju se prava boračke populacije u ovom entitetu BiH. To bi trebalo i moralo da znači da nema nikakvih pravnih i socijalnih, a ni ostalih zapreka, da se prava korisnika iz oblasti boračko-invalidske zaštite propisuju jedinstvenim državnim boračkim zakonom, ali na svršishodan i unificiran način.

Primjer 2 – Da je integriranje boračke zaštite na nivou države Bosne i Hercegovine moguće, dokazuje nam nedvojbeno primjer Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, u kome isti (jedan) općinski (prvostepeni) organ državne uprave provodi kompletan prvostepeni postupak priznavanja, utvrđivanja i konstituiranja prava svih lica – podnosiča zahtjeva i to neovisno od toga da li su podnosioci zahtjeva na prava iz oblasti boračko-invalidske zaštite bili pripadnici Armije RBiH, Vojske RS ili Hrvatskog vijeća obrane.

Dakle, primjer Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine nam pokazuje da je reguliranje i ostvarivanje prava iz oblasti boračko-invalidske zaštite moguće vršiti na jednom mjestu i u istom organu državne uprave, što je sigurno prvi nukleus integrirajućeg faktora boračko-invalidske zaštite u Bosni i Hercegovini, kao državi.

Literatura:

- Ramo Arnautović, Djeca u vihoru rata, Sarajevo, 2000.,
Anđelko Kovačević, Prava boraca, vojnih invalida i porodica palih boraca, Sarajevo 1985.,
Branko Ćopić, Prvi bosanskohercegovački Narodni parlament, "Oslobođenje", br. 8., za juli 1944. godine,
Ahmed Žilić, Bosna i Hercegovina – Kodeks ljudskih prava, Slavonski Brod 1996.,
Prof. dr. Sead Dedić, Socijalno pravo, Sarajevo 2005.,
Prof. dr. Veselin Trninić, Socijalna prava invalida rata u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 1997.,
. : Ostvarivanje prava boraca, vojnih invalida i porodica poginulih i umrlih boraca u Bosni i Hercegovini, Sarajevo 1978.,
Danka Fućak, Svjetska federacija bivših boraca i međunarodna federacija pokreta otpora, Vojna enciklopedija, Beograd 1975, Sveska 9.,

.: Genocid u Bosni i Hercegovini 1991.-1995, Zbornik radova sa Međunarodnog kongresa za dokumentaciju genocida u Bosni i Hercegovini, održan u Bonu, od 31. avgusta do 4. septembra 1995, Institut za istraživanje zločina protiv čovječnosti i međunarodnog prava u Sarajevu, Sarajevo 1997.,

Uredba sa zakonskom snagom o pravu na izuzetnu penziju za vrijeme ratnog stanja (Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, broj 13/93 i 13/94),

Uredba sa zakonskom snagom o izuzetnom materijalnom obezbjeđenju za vrijeme ratnog stanja, ratnih vojnih invalida i porodica palih boraca stanja (Službeni list Republike Bosne i Hercegovine, broj 33/95, 37/95 i 17/96),

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave (Službene novine Federacije BiH, br. 3/96 i 48/99),

Zakon o federalnim ministarstvima i drugim tijelima federalne uprave (Službene novine Federacije BiH, br. 58/02 i 19/03),

Alija Isaković, Rječnik bosanskog jezika (karakteristična leksika), Sarajevo, 2005,

Zakon o udruženjima ratnih vojnih invalida, članova porodica šehida i poginulih boraca i demobilisanih pripadnika oružanih snaga (Službene novine Republike BiH, br. 33/95 i 37/95),

Zakon o pravima branilaca i članova njihovih porodica (Službene novine Federacije BiH, br. 33/04),

Prof. dr Mihailo Stupar, Socijalna politika, Beograd, 1963.,

Dr. Vlado Puljiz i Gojko Bežovan, Zoran Šćur, Siniša Zrinščak, Socijalna politika, Zagreb, 2005,

Zakon o amnestiji (Službene novine Federacije BiH, broj 2/95),

Zakon o amnestiji (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/96),

Zakon o odbrani Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 88/05),

Zakon o službi u Oružanim snagama Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 88/05),

Prof. dr. Omer Ibrahimagić, Supremacija Bosne i Hercegovine nad entitetima, Sarajevo, 1998;

.: Agresija na Bosnu i Hercegovinu i borba za njen opstanak 1992. – 1995. godine: Prof. dr. Omer Ibrahimagić, Država i entiteti u Ustavu Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1997., i Predavanje na Tribini Bošnjačkih intelektualaca (VKBI) održano 7. marta 1998. godine u Sarajevu.

Prof. dr Omer Ibrahimagić, Državno-pravni razvitak Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 1998.,

.: Ljudska prava – časopis za sve pravno-političke probleme: Prof. dr. Mustafa Imamović, Antifašizam i Bosna i Hercegovina kao država, broj 1-2, godina 6, Sarajevo, 2005.,

Prof. dr. Kasim I. Begić, Bosna i Hercegovina od Vanceove misije do Daytonskog sporazuma (1991-1996), Sarajevo, 1997.

UDK: 343.352(497.11)

Prof.dr.sc. Aleksandar B. Đurić

PRIMANJE I DAVANJE MITA U SRBIJI GIVING AND TAKING BRIBE IN SERBIA

REZIME

Autor istražuje i analizira kriminalnu motivaciju inkriminacija korupcije u važećem krivičnom zakonodavstvu Srbije i spregu između korupcije organizovanog kriminala i institucionalizovanog kriminala. Kao prethodno pitanje u razmatranju uzročno-posledičnog odnosa između kriminalne motivacije i inkriminacija korupcije, autor postavlja određivanje sadržine termina „korupcija“ i „kriminalni motiv“ te „kriminalna motivacija“. Kriminalni motiv je integralni psihički faktor koji stvara i determiniše kriminalno ponašanje, koje se sastoji u preduzimanju i izvršenju krivičnopravne radnje. Kriminalni motiv je i psihološko-normativna kategorija krivice kao subjektivnog elementa krivičnog dela. Kriminalna motivacija je integralni psihički (motivacioni) proces stvaranja, razvitka, odabiranja, realizacije kriminalnih motiva. Funkcije kriminalnog motivacionog procesa su: stvarajuća, selektivna, determinirajuća, potvrđujuća, regulirajuća, kontrolna. Navedene funkcije kriminalnog motiva i kriminalne motivacije određuju sadržinu i stepen krivice (umišljaja i nehata). U krivičnom postupku važi princip utvrđivanja krivice. Krivični sud prilikom utvrđivanja krivice mora utvrditi sadržinu i vrstu kriminalnih motiva, sadržinu kriminalne motivacije, i njen uticaj na sadržinu krivice. Sud najčešće utvrđuje koristoljublje kao osnovni kriminalni motiv kod inkriminacija korupcije (davanje mita i primanje mita). Analizom korpcionih inkriminacija u KZS-u, autor utvrđuje da su kriminalni motivi (najčešće koristoljublje) sadržani ili neposredno ili posredno u pravnim normama inkriminacija korupcije. Sadržinu termina „koristoljublje“ autor određuje formulom:

**KORISTOLJUBLJE = KORIST + LJUBAV = INDIVIDUALNI PSIHOLOŠKI
ANTAGONIZAM
(uzročnik cepanja i podvajanja ličnosti, tj. mnogoboraznih formi bolesti duše
psihološkog karaktera).**

Autor naglašava da ćemo, ukoliko otkrijemo uzroke koristoljublja, moći da lečimo njene uzroke i saniramo njene posledice, tj. Korupciju, organizovani kriminal i institucionalizovani kriminal. Motiv koristoljublja treba zakonski definisati kao stečenu karakternu crtu ličnosti i bezrazložnu, neumerenu i egoističku težnju ili pohlepu za sticanjem materijalne koristi. Koristoljublje sadrži u sebi veoma intenzivnu i koncentrisanu mentalnu energiju koja čoveka pokreće na akciju. Klasifikovati ga je moguće na: koristoljublje prvog stepena (kriminalni motiv zakonska fakultativna kvalifikatorna okolnost), koristoljublje drugog stepena (kriminalni motiv posebni element krivičnog dela), koristoljublje trećeg stepena (kriminalni motiv zakonska fakultativna otežavajuća okolnost). Naposletku, potrebno je doneti Zakon o kriminalnoj motivaciji. Na osnovu Izveštaja NVO Transparency International i Beogradskog centra za ljudska prava, za 2008. godinu, autor sagledava faktički uticaj korupcije na ostvarivanje i pravnu zaštitu ljudskih prava u Srbiji. Osnovni uzrok nepoštovanja prava u Srbiji je u izvršnoj vlasti Srbije. Važeće zakonodavstvo Srbije, srpska izvršna vlast praktično ne sprovodi i ne štiti. Uzrok takvog stanja u srpskoj izvršnoj vlasti autor nalazi u socijalnom fenomenu „korupcija-organizovani kriminal-institucionalizovani kriminal“. Autor tvrdi da je korupcija toliko duboko metastazirala u psihološkoj strukturi ličnosti građanina pojedinca, prerastajući u organizovani i institucionalizovani kriminal.

Uzroci korupcije se mogu i moraju lečiti. U pogledu sanacije posledica korupcije, organizovanog i institucionalizovanog kriminala kao perfidnijih stadijuma korupcije, autor predlaže niz preventivnih i represivnih mera. Kvalitet i efektivnost mera za sanaciju uzroka korupcije zavise od kvaliteta ličnosti i namera ljudi u izvršnoj vlasti Srbije.

Ključne reči: *primanje i davanje mita, korupcija, kriminalni motiv, kriminalna motivacija, koristoljublje, krivica, organizovani kriminal, institucionalizovani kriminal.*

SUMMARY

In this scientific work, the author dr Aleksandar Djuric investigates and analyses criminal motivation of corruption incrimination through the valid Criminal Law of Serbia and the corruption unification: organizational criminal – institutionalized criminal. Like the previous question in considering cause-consequence relationship between criminal motivation and incriminated corruption, the author sets determination of essence of the terms: "corruption", "criminal motive" and "criminal motivation". Criminal motive is an integrated psychological factor creating and determining the criminal behavior, which consists of undertaking and executing the criminal law act. Criminal motive is also a psychologically-normative category of guilt as subjectively specified criminal act. Criminal motivation is an integral psychological (motivational) process of creating, developing, differentiation, realisation of criminal motives. The functions of criminal motivational process are creative, selective, determining, confirming, regulating, controlling. The mentioned functions of criminal motive and criminal motivation determine the guilt and the degree of guilt (premeditation and involuntary manslaughter). The guilt determine principal is valid in a criminal trial. While determining the guilt the criminal court has to determine the content and the sort of the criminal motive, the content of criminal motivation and its influence on the content of the guilt. The court mostly determines greed to be the basic criminal motive with the corruption incrimination (bribe giving and bribe taking). By analysing of the corruption incriminations in Criminal Law of Serbia, the author realizes that the criminal motives (mostly greed) are present directly or indirectly in the law normatives of the corruption incriminations. The author determines the content of the term "corruption" by following the formula:

**GREED = PROFIT + LOVE = INDIVIDUAL PSYCHOLOGICAL ANTAGONISM
(the cause of personality split, i.e. multiple soul disorder of psychological character).**

The author points out that – in case of early diagnosis of the causes of greed – we can easily treat the causes and the consequences as well, i.e. the corruption-organizational criminal-institutional criminal. Greed motive should be legally defined as a gained personality feature and unreasonable, unlimited, egoistic need or greed to gain profit. Greed has got a very intensive, concentrated mental energy which makes people proactive. It should be classified into profitable greed grades like: the profitable greed one (criminal motive being the facultative law qualificative element), the profitable greed two (criminal motive being the special element of criminal act), and the profitable greed three (criminal motive being the facultative law hard accusing element). In the end - The Criminal Motivation Law should be necessarily established. In accordance with the NGO report of Transparency International and Belgrade Centre for Human Rights, 2008, the author considers the physical influence of corruption to the gaining and law protection of human rights in Serbia. The main cause of non respecting the rights in Serbia is inside the executive authorities in Serbia. The Serbian executive authorities do not protect or execute the regular law. The reason for such a state the author finds in the social phenomenon called „corruption - organizational criminal - institutional criminal“. The author finds the corruption so deeply implemented inside of the psychological structure of a civilian personality of an individual that it easily turns into

organizational or institutional criminal act. The causes of corruption can and has to be cured. Concerning the corruption consequences sanation, as well as the organizational and institutional criminal acts being at the more perfidy grades of corruption – the author suggests the sequence of preventive and repressive measures. The quality and the sanation measure effectiveness depend on the personality types as well as the quality and intentions of the people engaged in the executive authorities in Serbia.

Key words: *giving and taking bribe, corruption, criminal motive, criminal motivation, profit gaining greed, organizational criminal act, institutional criminal act.*

1. Pojam korupcije i kriminalne motivacije

Inkriminacije primanje i davanje mita spadaju u krivična dela korupcije. U semaziološkom smislu „korupcija“ (lat. *corruption*) je pokvarenost, kvarenost, izopačenost, razvrat, potkupljivanje, podmićivanje, potkuljenje, podmićenje, kvarenje, ukvarivanje, truljenje, raspadanje, krivotvorene; „korumpirati“ (lat. *corrumpere*) je kvariti, pokvariti, izopačiti, podmititi, podmićivati, potplatiti, potplaćivati, potkupiti, potkuljivati; „korpcionist“ (lat. *corruption*) je pokvarenjak, pokvaren čovek, onaj koji prima mito; „koruptibilan“ (lat. *corruptibilis*) je pokvaren, potplaćen, podmićen, naopak, nastran, posuvraćen; „koruptela“ (lat. *corruptela*) je kvarenje, izopačavanje, podmićivanje, potplaćivanje, zavodenje, besčašćenje; „koruptibilitet“ (lat. *corruptibilitatis*) je pokvarljivost, podložnost truljenju, podmitljivost, potkuljivost.³⁰

Kao predmet pravnih, socioloških, politikoloških i filosofskih istraživanja, definicije korupcije se mogu klasifikovati na tradicionalne i savremene. Tradicionalna shvatanja korupcije nalazimo kod Platona, Aristotela, Polibija i Monteskjea koji ističu kako ona predstavlja kvarenje vlasti, vladanje koje nije u opštem interesu. Makijaveli i Ruso smatraju da je korupcija moralno kvarenje ljudi, tj. poništavanje društvenih vrednosti i vrlina kod građana. Savremene definicije korupcije se mogu klasifikovati na: (1) administrativna definicija – korupcija je devijantno ponašanje pojedinca u odnosu na formalnu ulogu; (2) ekonomska definicija – korupcija je maksimizacija profita kršenjem zakona i morala socijalne zajednice; (3) javnointeresna definicija – korupcija je korišćenje javnih sredstava za lične interese. U stručnoj literaturi, najčešće su prisutne sledeće definicije korupcije: (1) “zloupotreba javnih resursa zarad ličnih interesa” /Svetska banka/; (2) “narušavanje principa nepristrasnosti” /Vito Tanci/; (3) “devijantno ponašanje u odnosu na formalnu ulogu” /Nye i Khan/.³¹

³⁰ Vujaklija, M.: Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, 1980, str. 472.

³¹ http://www.antikorupcija-savet.sr.gov.yu/sve_o/definicije.jsp

Krivica kao psihološko-normativna kategorija predstavlja kako psaho-voljni odnos krivca-učinioca prema izvršenom krivičnom delu, tako i osnov za upućivanje sudskega, etičkopravnog, prekora krivcu-učiniocu. Naš zakonodavac, kao i većina inostranih zakonodavaca, zahteva da taj psaho-voljno-normativni odnos bude utvrđen u krivičnom postupku. Sud mora u svakoj konkretnoj krivičnoj stvari utvrditi sadržaj i stepen krivice. Krivica mora biti dokazana, jer bez njenog postojanja nema osnova krivičnopravne odgovornosti i kažnjivosti. Sud bi trebalo da posmatra celokupnu ličnost okrivljenog (optuženog) učinioca. Analiza strukture ličnosti okrivljenog predstavlja važan element za utvrđivanje sadržaja i stepena krivice. Koje domene ličnosti okrivljenog treba više posmatrati određuje: kako biće izvršenog krivičnog dela, tako i kvalitet i kvantitet psihičke energije koja je utrošena za izvršenje tog dela. Sve činjenice sadržane u dokaznim sredstvima sud ceni po slobodnom uverenju i na osnovu njih stiče predstavu i formira uverenje o sadržini konkretnе krivične stvari. Istinitost jednog izvora saznanja, proverava se preko pomoćnih činjenica i informacija koje se dobijaju od drugih izvora saznanja. Kvalitet i kvanitet sadržine dokaznih sredstava zavisi od vrednosti dokaza sadržanih u njima. Za precizno određivanje sadržaja i stepena krivice, pored svesti i volje, neophodno je utvrditi tačan motiv izvršenog krivičnog dela. Pronalaženjem motiva kriminalnog ponašanja saznajemo psihičke karakteristike konkretnog krivca-učinioca, po kojima se on razlikuje od drugih ljudi. Motiv je, takođe, psihološko-normativna kategorija. Kao psihološka kategorija motiv predstavlja psihološku komponentu bez koje ne može postojati subjektivni element krivičnog dela - krivica, dok kao normativna kategorija motiv predstavlja jedan od osnova za upućivanje etičkopravnog prekora krivcu-učiniocu, tj. krivični sud mora proceniti etički sadržaj i krivičnopravni značaj motiva u konkretnoj krivičnoj stvari i na toj proceni zasnovati i sadržinu prekora. Normativni karakter motiva se zasniva na moralizaciji krivičnog dela i krivičnopravne odgovornosti. Svest o protivpravnosti je treći, samostalni, element krivice.³²

Kriminalni motiv je integralni psihički faktor koji stvara i determiniše kriminalno ponašanje, a to kriminalno ponašanje se sastoji u preduzimanju i izvršenju krivičnopravne radnje. Osnovne funkcije kriminalnog motiva su stvarajuća i determinirajuća. Determinirajuća funkcija predstavlja snagu motiva kojom se usmerava tok ljudskog ponašana ili delatnosti prema tačno određenom cilju - motiviranost. Navedene funkcije određuju sadržinu i stepen krivice (umišljaja i nehata). Krivični sud u konkretnoj krivičnoj stvari istovremeno sa utvrđivanjem sadržaja krivice mora utvrđivati i sadržaj kriminalnih motiva. Utvrđivanje

³² Đurić, A.: Motiv u krivičnom pravu (monografija), Niš, 2006, str. 96, 133.

kriminalnih motiva u krivičnom postupku podrazumeva: tačnu pravnu kvalifikaciju krivičnog dela (tj. kvalifikovanje ponašanja i delatnosti učinioca kao krivičnopravne radnje podvođenjem pod tačno određenu krivičnopravnu normu važećeg nacionalnog krivičnog zakonika ili međunarodnog krivičnopravnog propisa), utvrđivanje sadržine i stepena materijalne strane protivpravnosti krivičnog dela i krivca, utvrđivanje sadržine i stepena krivice (i dalje sadržine i stepena umišljajne ili nehatne krivice), utvrđivanje sadržine navika ili sklonosti ka kriminalnom ponašanju ličnosti krivca, utvrđivanje vrste krivične sankcije, individualiziranje utvrđene vrste krivične sankcije, utvrđivanje sadržine resocijalizacije ličnosti krivca i utvrđivanje sadržine postpenalne pomoći krivcu-osuđeniku. Motivacija predstavlja mnogoobrazni psihološki proces. Krivičnopravna i kriminološka analiza kriminalne motivacije predstavlja izučavanje psihološke strukture ličnosti krivca i etičkopravno ocenjivanje njegovih psiholoških ponašanja i delatnosti.³³

Kriminalna motivacija je integralni psihički (motivacioni) proces stvaranja, razvitka, odabiranja i realizacije kriminalnih motiva. Motivacioni proces sačinjavaju dva elementa: (1) inicijalni (dejstvo povoda, potreba, podstreka i drugih determinanti na ličnost); (2) prihvatanje inicijalnog elementa od strane ličnosti, čime je stvoren motiv. Retki su slučajevi da samo jedan motiv opredeljuje kriminalnu delatnost. Najčešće je to skupina motiva - motivacioni snop. Delovanje motiva određuju tri principa: (a) princip deprivacije, (b) princip satijacije, (c) princip hijerarhije.

Strukturu motivacionog procesa čine sledeće faze: (1) aktualizovanje psihičkih komponenti (neophodnost, stremljenje, interesi i drugo) koje su nastale pod uticajem unutrašnjih i spoljašnjih faktora; (2) svesno saznavanje ili spoznaja aktualizovanih psihičkih komponenti koje predstavlja stanje potrebe; (3) formiranje predstava o cilju (ciljevima) i predstava o načinima ostvarivanja svesno postavljenog cilja, tj. ciljeva (ocena i izbor načina, mesta i vremena realizacije motiva i ostvarivanja cilja); (4) odabiranje jedne ili više spoznatih potreba (dominantni motiv), odabiranje jedne (najracionalnije i najoptimalnije) od postojećih predstava o cilju i odabiranje jedne (najracionalnije i najoptimalnije) od postojećih predstava o načinu, mestu i vremenu ostvarivanja cilja, donošenje odluke o izvršenju krivičnopravne radnje, a sve to kroz unutrašnji konflikt (tzv. borbu motiva) ili bez njega u skladu sa personalnim moralnim osobinama ličnosti, njenim vrednosnim orientacijama, emotivnim stanjem, temperamentom, sposobnostima i iskustvom (željenje cilja ili željenje izvršenja krivičnog dela); (5) htenje cilja ili htenje ostvarenja odabrane predstave o cilju ili htenje

³³ Ibid, str. 311.

izvršenja krivičnog dela (preuzimanje fizičke delatnosti kojima se realizuje doneta odluka, prognoza mogućih rezultata preuzete radnje, kontrola, korekcija i analiza preuzetih delatnosti) čime se formira motiv krivičnog dela i završava motivacioni proces. Funkcije kriminalnog motivacionog procesa su: stvarajuća, selektivna, determinirajuća, potvrđujuća, regulirajuća, kontrolna. Tipovi kriminlane motivacije su: (1) motivacija namernih (umišljajnih) krivičnih dela; (2) motivacija krivičnih dela iz navike; (3) motivacija umišljajno-impulsivnih krivičnih dela; (4) motivacija nehatnih krivičnih dela. Tip kriminalne motivacije određuje sadržaj motiviranosti ili determinirajuću funkciju motiva i motivacije. Kriminalna motivacija je uvek destruktivna i realizuje se preuzimanjem i izvršenjem krivičnopravne radnje, tj. napadom na krivičnopravno zaštićeni objekt.³⁴

2. Primanje i davanje mita i njihova motivacija

U krivičnopravnoj teoriji ne postoji saglasnost o sadržini pojedinih kriminalnih motiva. Najčešći motiv korupcije je koristoljublje. Prema nekim autorima koristoljublje predstavlja „imovinsku korist“³⁵ dok ga drugi određuju kao „bezobzirnu egoističku težnju“,³⁶ „karakternu crtu ličnosti“,³⁷ „bezrazložnu težnju za sticanjem imovinske koristi“³⁸, ili kao „neimovinsku, telesnu ili moralnu korist“.³⁹

Mislimo da motiv koristoljublja treba zakonski definisati kao stečenu karakternu crtu ličnosti i bezrazložnu, numerenu i egoističku težnju ili pohlepu za sticanjem materijalne koristi. Koristoljublje sadrži u sebi veoma intenzivnu i koncentrisanu mentalnu energiju koja čoveka pokreće na akciju. Klasifikovati ga je moguće na: koristoljublje prvog stepena (kriminalni motiv zakonska fakultativna kvalifikatorna okolnost), koristoljublje drugog stepena (kriminalni motiv posebni element krivičnog dela), koristoljublje trećeg stepena (kriminalni motiv zakonska fakultativna otežavajuća okolnost).⁴⁰ Sadržinu termina „koristoljublje“ određujemo formulom:

$$\text{KORISTOLJUBLJE} = \text{KORIST} + \text{LJUBAV} = \text{INDIVIDUALNI PSIHOLOŠKI ANTAGONIZAM}$$

³⁴ Ibid, str. 57, 313-314.

³⁵ Živanović, T.: Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, knjiga II, Beograd, 1938, str. 20.

³⁶ Zlatarić, B.: Krivični zakonik u praktičnoj primeni, sveska druga, Beograd, 1958, str. 80

³⁷ Subotić, S.: Motiv i njegov značaj, Beograd, 1938, str. 236.

³⁸ Simić-Jekić, Z.: Određivanje koristoljublja u krivičnom pravu, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu br. 4, Beograd, 1968, str. 451.

³⁹ Frank, S.: Kazneno pravo, Posebni deo, sveska prva, Beograd, 1934, str. 37.

⁴⁰ Đurić, A.: Op. cit. str. 274, 308.

**(uzročnik cepanja i podvajanja ličnosti, tj. mnogoboraznih formi bolesti duše
psihološkog karaktera).**

Ukoliko otkrijemo uzroke koristoljublja, moći ćemo da lečimo njene uzroke i da saniramo njene posledice, tj. korupciju – organizovani kriminal – institucionalizovani kriminal.

U posrednoj vezi sa koristoljubljem su krvna i bezobzirna osveta, svirepost, bezobzirnost, pakost i podmuklost. Krvna osveta je nanošenje zla krivcu-učiniocu krivičnog dela ili članu njegove zajednice od strane povređenog ili nekog člana njegove zajednice, dok je bezobzirna osveta odmazda iz „egoističkih i samoživih“ motiva koji određuju krivca-učinioca kao bezosećajnu i antisocijalnu ličnost. Svirepost i bezobzirnost se određuju kao „bahatost, osionost, obesno i nasilničko ponašanje“, odnosno, svirep i bezobziran delinkvent je „samoživan čovek, sadista“ koji uživa u nanošenju fizičkih i psihičkih patnji žrtvi. Često se uz svirepost i bezobzirnost pominje i pakost. Pakosni tipovi ličnosti imaju u sebi „antisocijalni nagon“ koji potiče iz njihovog karaktera ili se pojavljuje zbog naročitog odnosa učinioca i žrtve. Pakost se sastoji u nanošenju fizičke ili moralne štete drugom licu radi sopstvenog zadovoljstva u tuđem bolu.⁴¹ Jedna grupa pisaca smatra da „na podmukao način“ postupa krivac-učinilac koji „svesno iskorišćava bezazlenost i bespomoćnost žrtve krivičnog dela“. Bezazlena je ona žrtva koja u vreme izvršenja krivičnog dela ne očekuje napad, dok je bespomoćna ona žrtva koja se zbog svoje bezazlenosti ne može braniti ili kod koje je mogućnost odbrane ograničena. Druga grupa teoretičara za podmuklost koristi termin „himbenost“ ili „preprednenost“, koji potiče iz nemačke teorije. Velzel misli da je podmuklost objektivno potajno ponašanje koje ostaje skriveno žrtvi i koje subjektivno predstavlja iskorišćavanje potajnosti sa naročitom neiskrenošću i prepredenošću. Treća grupa autora određuje podmuklost kao „zloupotrebu poverenja žrtve“. Prema ovom shvatanju podmuklo postupa učinilac koji radi izvršenja krivičnog dela koristi bespomoćnost žrtve, kao i njeno poverenje. Podmuklost čini delo težim, zato što je to prikriven način izvršenja dela. Poverenje predstavlja blizak odnos između krivca-učinioca i žrtve, dok sadržinu motiva podmuklosti čini zloupotreba poverenja. Koristeći termin „zloupotreba poverenja“ zakonodavac izražava negativan vrednosni sud o ličnosti krivca-učinioca krivičnog dela. Većina domaćih teoretičara podmuklost određuje kao „prikriveno, potajno i lukavo delovanje krivca-učinioca“. Podmuklost je psihološka kategorija koja sadrži objektivnu i subjektivnu komponentu.

⁴¹ Ibid, str. 274-275.

Objektivnu komponentu sačinjava prikrivena i potajna delatnost, dok subjektivnu čini prepredenost i lukavstvo koje izviru iz zle namere krivca-učinioca.⁴² Subotić ističe da podmuklost, svirepost, bezobzirnost, koristoljublje i drugi niski motivi predstavljaju „psihološke karakteristike ličnosti učinioca krivičnog dela“.⁴³

Srpski zakonodavac često sadržinu kriminalnih motiva zamenjuje načinima izvršenja krivičnopravne radnje. Tako, umesto koristoljublja koristi termine „iz koristi, imovinska korist, pribavljanje koristi“ ili umesto podmuklosti govori „o prikrivenom, podmuklom ili drugom sličnom načinu izvršenja krivičnog dela“, ili umesto „svireposti i surovosti“ propisuje „izvršenje krivičnog dela na svirep ili surov ili podmukao način ili surovo postupanje“. Navedeni načini izvršenja krivičnopravnih radnji ovih inkriminacija proizlaze iz određene sadržine kriminalnih motiva koji pokreću krivca-učinioca na preuzimanje te krivičnopravne radnje. Preuzimanjem ovih krivičnopravnih radnji, materijalizuju se kriminalni motivi koji su do tog trenutka, najčešće, bili skriveni i nepoznati socijalnom okruženju krivca-učinioca. Sud, analizom i utvrđivanjem objektivnih elemenata konkretnog krivičnog događaja, najčešće analizom konkretno izvršene krivičnopravne radnje, utvrđuje sadržinu i vrstu kriminalnih motiva. Na taj način, olakšava se utvrđivanje sadržine i stepena krivice.⁴⁴

Raniji Krivični zakon Republike Srbije (KZRS), u glavi dvadesetprvoj – Krivična dela protiv službene dužnosti, sadržao je sledeće inkriminacije korupcije: (1) zloupotreba službenog položaja iz člana 242 stava 1; (2) protivzakonita naplata i isplata iz člana 246; (3) prevara u službu iz člana 247 stava 1; (3) protivpravno prisvajanje stvari prilikom vršenja pretresa ili sprovođenja izvršenja iz člana 250; (4) pronevera iz člana 251 stava 1; (5) protivzakonito posredovanje iz člana 253 stavovi 1-2; (6) primanje mita iz člana 254 stavovi 1-2; (7) davanje mita iz člana 255 stavovi 1, 2 i 3.⁴⁵ Zajedničke karakteristike navedenih inkriminacija su: (1) izvršilac može biti samo službeno lice, osim kod dela davanja mita gde izvršilac, pored službenog lica, može biti i neslužbeno lice; (2) dela se vrše sa umišljajem koji je pojačan namerom pribavljanja ili sticanja imovinske (materijalne) koristi ili nagrade ili poklona; (3) motiv izvršenja je, najčešće, koristoljublje; (4) dela moraju biti izvršena u vezi sa prinadležnostima iz službe, tj. iskorišćavanjem službenog položaja ili ovlašćenja; (5) objekt krivičnopravne zaštite je državna služba i službena imovina. Posebno je značajna glava

⁴² Ibid, str. 275.

⁴³ Subotić, S.: Op. cit. str. 241-242.

⁴⁴ Đurić, A.: Op. cit. str. 275-276.

⁴⁵ Krivični zakon Republike Srbije: Sl. glasnik SRS, br. 26/77, 28/77 - ispr., 43/77 - ispr., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i Sl. glasnik RS, br. 16/90, 26/91 - odluka USJ br. 197/87, 75/91 - odluka USRS br. 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 - ispr., 80/2002 - dr. zakon, 39/2003 i 67/2003.

dvadesetprva A – Krivična dela protiv korupcije, KZRS. Inkriminacije ove glave čine: (1) korupcija u organima uprave iz člana 255a; (2) nemomensko raspolaganje sredstvima iz budžeta iz člana 255b; (3) korupcija u javnim nabavkama iz člana 255v; (4) korupcija u postupku privatizacije iz člana 255g; (5) korupcija u pravosuđu iz člana 255d; (6) zloupotreba funkcije branioca ili punomoćnika iz člana 255đ; (7) korupcija u zdravstvu iz člana 255e; (8) korupcija u prosveti iz člana 255ž; (9) ugovaranje ishoda takmičenja iz člana 255z. Zajedničke karakteristike navedenih, korpcionih, inkriminacija su: (1) u prvom stavu propisan je osnovni oblik krivičnog dela, dok su drugim i trećim stavom propisani teži oblici navedenih inkriminacija; (2) zakondavac koristi termine „pribavi kakvu korist”, „imovinska korist“, „korist“, „pribavljeni korist“, što znači da ove inkriminacije posredno sadrže motiv koristiljublja; (3) radnja izvršenja se sastoji ili u iskorišćavanju ili u prekoračenju ili u uslovljavanju ili u zloupotrebljavanju vršenja službene dužnosti ili ovlašćenja; (4) namera nije sadržana u biću inkriminacija, osim u slučaju krivičnog dela zloupotrebe funkcije branioca ili punomoćnika; (5) iako termini „namera“ i „umišljaj“ nisu sadržani u biću inkriminacija, krivica je sadržinski određena umišljajem, jer termin korupcija podrazumeva sadržinu krivičnopravne radnje koja proizlazi iz antisocijalnih (kriminalnih) motiva, a minimalni stepen krivice je eventualni umišljaj; (6) objekt krivičnopravne zaštite je službeno ovlašćenje ili položaj ili službena imovina u vezi vršenja službene dužnosti ili radnje u organima državne uprave, pravosuđu, zdravstvu, prosveti, ovlašćenja u sportskom ili drugom takmičenju, i ovlašćenja u advokaturi. Nažalost, grupa krivičnih dela protiv korupcije nije preuzeta u posebnom delu važećeg KZS-a, verovatno iz partijsko-političkih motiva.

U posebnom delu važećeg KZS, sadržane su sledeće inkriminacije korupcije: (1) davanje i primanje mita u vezi sa glasanjem iz člana 156; (2) primanje mita iz člana 367; (3) davanje mita iz člana 368.⁴⁶ Zajedničke karakteristike navedenih korpcionih inkriminacija su: (1) krivičnopravna radnja se sastoji u nuđenju, ponuđivanju, činjenju, davanju, obećanju nagrade, pokolona ili kakve druge koristi kod davanja mita; ili zahtevanju, primanju poklona ili druge koristi ili primanju obećanja poklona ili druge koristi kod primanja mita; tj. podmićivanje koje je aktivno kao davanje mita i pasivno kao primanje mita; (2) krivičnopravna radnja jest službena radnja koju izvršilac preduzima u okviru službenog ovlašćenja, tj. izvršilac je službeno lice iz člana 112 KZS, osim kod inkriminacije davanja i primanja mita u vezi sa glasanjem, gde izvršilac može biti svako fizičko lice koje ima aktivno i pasivno biračko pravo; (3) objekt krivičnopravne radnje jeste poklon ili kakva druga

⁴⁶ Stojanović, Z.: Komentar krivičnog zakonika, Beograd, 2006, str. 400-402, 766-772.

imovinska (materijalna) korist; (4) krivičnopravne radnje podmićivanja se mogu izvršiti isključivo sa umišljajnom krivicom; (5) kriminalni motiv je koristoljublje; (6) objekt krivičnopravne zaštite su izborna prava i pravo glasanja, kao i službena dužnost i ovlašćenja tj. služba; (7) navedene inkriminacije su zaprećene kaznom zatvora od 3 meseca do 15 godina; (8) kod ovih inkriminacija poklon ili imovinska korist koji su dati obavezno se oduzimaju, tj. oduzimaju se kako predmeti koji su korišćeni ili namenjeni izvršenju inkriminacije, tako i imovinska korist pribavljeni izvršenjem inkriminacije. Pod službenim licem zakonodavac podrazumeva: lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti; izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima; lice u ustanovi, preduzeću ili drugom subjektu, kojem je povereno vršenje javnih ovlašćenja, koje odlučuje o pravima, obavezama ili interesima fizičkih ili pravnih lica ili o javnom interesu; lice kojem je faktički povereno vršenje pojedinih službenih dužnosti ili poslova; vojno lice, osim kada su u pitanju krivična dela protiv službene dužnosti; strano službeno lice koje je član zakonodavnog, izvršnog ili sudskog organa strane države, javni funkcioner ili službenik međunarodne organizacije i njenih organa, sudsija i drugi funkcioner međunarodnog suda.

U neposrednoj vezi, preko kriminalnih motiva i motivacije, sa navedenim inkriminacijama korupcije su krivična dela poreska utaja (član 229 stav 1 KZS) i pranje novca (član 231 KZS). Kod poreske utaje postoji namera da se potpuno ili delimično izbegne plaćanje poreza, doprinosa ili drugih propisanih dažbina, i to na tri alternativna načina (krivičnopravne radnje): (1) davanjem lažnih podataka o zakonito stečenim prihodima, o predmetima ili drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza; (2) neprijavljanjem zakonito stečenih prihoda, odnosno predmeta ili drugih činjenica koje su od uticaja na utvrđivanje obaveze plaćanja poreza, doprinosa ili dažbina; (3) prikrivanje na neki drugi način podataka koji se odnose na utvrđivanje navedenih obaveza. Iako naš zakonodavac ne definiše kvalitet kriminalnih motiva, radnja poreske utaje se preduzima, isključivo iz motiva koristoljublja, kao kod davanja i primanja mita. Zakonodavac predviđa da iznos obaveze kod poreske utaje mora prelaziti 150.000 dinara. Nameće se pitanje da li postoji poreska utaja kada se radi o više vrsta obaveza, odnosno iznosa, čije plaćanje se istom prilikom htelo izbeći nekom od propisanih radnji izvršenja, a one proizlaze iz različitog poreskopravnog osnova i ne prelaze iznos od 150.000 dinara? Prema važećem zakonskom rešenju u ovom slučaju postoji prekršaj, a ne krivično delo poreska utaja. Smatramo da poreski obveznik samo jedanput može učiniti prekršaj neplaćanja poreza u iznosu od 149.999. dinara. Svako ponavljanje ovakve vrste prekršaja govori o umišljajnom i namernom ponašanju

poreskog obveznika koje je dobro isplanirano i osmišljeno i motivisano koristoljubljem, te bi u ovakvim slučajevima prekršaj morao da preraste u krivično delo poreske utaje. U tom slučaju je bez značaja da li te poreske obaveze proizlaze iz istog ili različitog poreskopravnog osnova i da li prelaze iznos od 150.000 dinara. Problem se još više usložnjava postojanjem tzv. sporednog zakonodavstva o poreskim krivičnim delima, nejasnim zakonskim rešenjima o stvarnoj i mesnoj nadležnosti državnih organa koji gone i otkrivaju poreske prekršaje i poreska krivična dela, i nepostojanjem specijalizovanih tužilačko-sudskih organa za procesuiranje poreskih krivičnih dela.⁴⁷ I kod pranja novca postoji namera da se prikrije ili lažno prikaže nezakonito poreklo imovine, ili da se prikriju ili lažno prikažu činjenice o imovini sa znanjem da ta imovina potiče od krivičnog dela, ili stekne, drži ili koristi imovina sa znanjem, u toku prijema, da ta imovina potiče od krivičnog dela. Jasno je da je u osnovi ove namere motiv koristoljublja. U našoj sudskoj praksi postoji samo jedna, oslobađajuća, presuda o pranju novca iako postoji sporedno zakonodavstvo o pranju novca (Zakon o sprečavanju pranja novca - Službeni list SRJ br. 53/01) i specijalizovani državni organi za otkrivanje, gonjenje i procesuiranje ovog krivičnog dela. I poreska utaja i pranje novca, kao i sve inkriminacije korupcije, najčešće su povezani sa zloupotrebotom službenog ili državnog položaja.

Analizirajući sadržinu odredaba važećeg KZS, ustanovili smo dva načina propisivanja kriminalnih motiva: (1) neposredna propisanost, sadržanost, u krivičnopravnim normama; (2) posredna propisanost, sadržanost, u krivičnopravnim normama.⁴⁸ Neposrednu propisanost kriminalnih motiva nalazimo u krivičnopravnim normama koje sadrže preciznu jezičku određenost sadržine i vrste kriminalnog motiva. Posrednu propisanost kriminalnih motiva utvrđivali smo jezičkom analizom krivičnopravnih odredaba i ona obuhvata dve grupe krivičnopravnih normi koje, u svom zakonskom tekstu, direktno ne sadrže kriminalne motive: (1) primarna posredna propisanost kriminalnih motiva čini grupa krivičnopravnih normi koje u svom jezičkom sadržaju imaju termine „namera“ ili „umišljaj“ (tj. namerna ili umišljajna krivičnopravna delatnost ovih normi opredeljena je određenim kvalitetom kriminalnih motiva), „krivica“ ili „skriviljeno“ ili „stepen krivice“ ili „skriviljena neuračunljivost“ (kriminalni motivi predstavljaju psihološko-voljno-normativni segment navedenih složenica), „dobrovoljni odustanak“ (u osnovi dobrovoljnog odustanka od radnje krivičnog dela ili sprečavanje nastupanja posledice dela, nalazi se motiv odustajanja tj. saznanje krivca-učinioца

⁴⁷ Đurić, A.: Poreska krivična dela u Srbiji, Ekonomika - međunarodni časopis za ekonomsku teoriju i praksu i društvena pitanja, 2007, br. 1-2, str. 64-74.

⁴⁸ Đurić, A.: Motiv u krivičnom pravu (monografija), Niš, 2006, str. 260-276.

da će zahvaljujući dobrovoljnom odustanku biti blaže kažnjen ili oslobođen od kažnjavanja), „pobude” ili „pobuda” ili „pobude iz kojih je delo učinjeno” ili „iz istih pobuda“ ili „iz drugih niskih pobuda“ (ovaj termin je sinonim za reč motiv ili motive), „ličnost učinioca” ili „druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca” ili „raniji život učinioca” ili „držanje učinioca posle izvršenog krivičnog dela” (u svim krivičnopravnim normama u kojima se pojavljuju nevedene složenice misli se na subjektivne elemente krivičnog dela pre, za vreme i posle izvršenja konkretnog krivičnog dela, kao i na motive koji su opredelili tačno određenu ličnost krivca-učinioca u preuzimanju konkretne krivičnopravne radnje), „imovinska korist” (navedena složenica je u posrednoj vezi sa kriminalnim motivom koristoljublja), „priroda dela” (kada zakonodavac upotrebljava navedenu složenicu on podrazumeva sve objektivne i subjektivne elemente jedne inkriminacije, te sadržinu kriminalnih motiva koji su psihološko-voljno-normativni element krivice); (2) sekundarna posredna propisanost kriminalnih motiva čini grupu krivičnopravnih normi, iz Posebnog dela KZS, koje sadrže podroban jezički opis načina izvršenja krivičnopravne radnje, tj. zakonom propisani načini izvršenja krivičnopravne radnje, a proizlaze iz „namere“ ili „umišljajne krivice“ koja je uslovljena određenom sadržinom i vrstom kriminalnih motiva. Iako u sadržaju ovih normi nema termina „namera“ ili „umišljaj“, podroban jezički opisi načina izvršenja njihovih krivičnopravnih radnji ukazuje da propisana radnja inkriminacije može biti izvršena, najmanje, sa eventualnim umišljajem, a najviše, sa namerom. Nije redak slučaj da kod inkriminacija sa ovakvom sadržinom naš zakonodavac zamenjuje ili meša način izvršenja krivičnopravne radnje sa kriminalnim motivom.

Smatramo da je doprinos naše sudske prakse, metodom od pojedinačnog ka opštem, neprocenjiv i veoma značajan za trajnija zakonodavna rešenja u oblasti kriminalnih motiva i kriminalne motivacije. Interdisciplinarnom analizom i istraživanjem elemenata konkretnih krivičnih događaja i njihovih krivaca-učinioca, njihovom sistematizacijom i klasifikacijom po sadržini kriminalnih motiva, i izvođenjem posebnih i opštih pravila o proceduralnom načinu utvrđivanja kriminalnih motiva, omogućice se kreiranje krivičnopravne zakonske regulative o kriminalnim motivima i kriminalnoj motivaciji. Sistematisacija navedenih posebnih i opštih pravila omogućila bi donošenje Zakona o kriminalnoj motivaciji. Takođe, u cilju aktiviranja domaćeg precedentnog prava neophodno je da naše krivično zakonodavstvo sadrži tačne i izričite odredbe o obavezi naših krivičnih sudova da aktivno učestvuju, kroz sudsку praksu, u kreiranju trajnih zakonodavnih rešenja o kriminalnim motivima i kriminalnoj motivaciji, i da se u svim sadržinski sličnim krivičnim stvarima pridržavaju ranijih pravnosnažnih sudske

odluka kojima su utvrđivani i utvrđeni krivica i kriminalni motivi.⁴⁹ O tačnosti naše tvrdnje da je potrebno doneti Zakon o kriminalnoj motivaciji svedoči knjigu autora *Golubović, Lakić, Ilić – Osnovi forenzičke psihologije i psihopatologije, Bor, 2002. godina* i istraživanje kriminalnih motiva M. Zvonarevića koje je prikazano u njoj. Najučestalija vrsta kriminalnog motiva neposredno sadržanog u inkriminacijama ranijeg OKZ i KZRS, i važećeg KZS je koristoljublje.⁵⁰

U okvirima nacionalnog zakonodavstva tokom prve decenije dvadesetprvog veka u Srbiji su doneti i drugi zakonodavni akti za borbu protiv korupcije.⁵¹ Odlukom o utvrđivanju nacionalne strategije za borbu protiv korupcije,⁵² na šesnaest strana, Vlada Srbije razmatra stanje korupcije u Srbiji, definiše korupciju i utvrđuje njene uzroke i posledice, navodi dostignute međunarodne standarde kao i buduće neophodne uslove koje treba ispuniti u ovoj oblasti. Korupcija se definiše kao odnos koji se zasniva zloupotrebotom ovlašćenja u javnom ili privatnom sektoru u cilju sticanja lične koristi ili koristi za drugoga. Prema odredbi člana 16 važećeg Ustava Srbije opštepriznata pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori su deo nacionalnog pravnog poretka koji se neposredno primenjuju i u odnosu na domaće zakone i imaju status *lex specialis*. Postoji set međunarodnopravnih akta koji se tiču borbe protiv korupcije, a koji su inicirali reformu nacionalnog zakonodavstva u tom domenu i koji su implementirani u nacionalno zakonodavstvo Srbije.⁵³

3. Korupcija – organizovani kriminal – institucionalizovani kriminal

U Izveštaju NVO Transparency International o indeksu korupcije za 2008. godinu, Srbija se (zajedno sa Senegalom, Panamom, Crnom Gorom, Madagaskarom, Albanijom i

⁴⁹ Ibid, str. 276, 310-318.

⁵⁰ Ibid, str. 22-38; 273.

⁵¹ <http://www.paragrafco.co.yu/>: (1) Zakon o finansiranju političkih stranaka - Službeni glasnik RS br. 72/2003, 75/2003 - ispr. i 97/2008; (2) Zakon o javnim nabavkama sa izmenama i dopunama - Službeni glasnik RS br. 39/2002, 43/2003 - dr. zakon, 55/2004, 101/2005 - dr. zakon i 116/2008 - dr. zakon; (3) Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja - Službeni glasnik RS br. 120/2004 i 54/2007; (4) Zakon o sprečavanju pranja novca - Službeni list SRJ br. 53/01; (5) Zakon o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija - Službeni glasnik RS br. 43/2004; (6) Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije – Službeni glasnik RS br. 97/2008

⁵² Službeni glasnik RS br. 109/2005.

⁵³ <http://www.paragrafco.co.yu/>: Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih Nacija protiv korupcije, Službeni list SCG - Međunarodni ugovori br. 12/2005; Zakon o potvrđivanju Krivičnopravne konvencije o korupciji, Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori br. 2/2002 i Službeni list SCG – Međunarodni ugovori br. 18/2005; Zakon o potvrđivanju Građanskopravne konvencije o korupciji, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 102/2007; Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o pranju, traženju, zapleni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 19/2009; Zakon o potvrđivanju konvencije Ujedinjenih Nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola (Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori br. 6/2001); Zakon o potvrđivanju konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 19/2009).

Indijom) nalazi na 85 mestu, sa indeksom verovatnoće korupcije 3,4; sa dijapazonom uverljivosti 3-4; i sa brojem istraživanja 6. Od bivših republika SFRJ jedino je Bosna i Hercegovina na ovoj lestvici iza Srbije. Saglasno rezultatima indeksa, u Srbiji, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Makedoniji, Bosni i Hercegovini, bez obzira na sprovedene temeljne reforme i realizaciju takve inicijative, što je preduzeto sa ciljem pripreme za prijem u EU, još uvek se ne vide značajne izmene u domenu borbe sa korupcijom. Praktično, u ovim državama borba sa korupcijom nema značajnijih rezultata, bez praktične upotrebe zakonski usvojenih mera koje su usmerene na rešenje ovog problema i čvrstih obećanja predsednika ovih država da će borba protiv korupcije biti centralni element nacionalno-programske reforme njihovih država.⁵⁴ Ljudska prava predstavljaju najčešći objekt napada inkriminacija korupcije. Tako, u izveštaju Beogradskog centra za ljudska prava za 2008. godinu pod nazivom „Ljudska prava u Srbiji 2008 – pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava“ kao osnovni problem u realizaciji postojećih, ustavom zajemčenih, ljudskih i manjinskih prava i sloboda u Srbiji, naglašena je loša primena ili neprimena važećih ustavnih i zakonskih propisa. Srpska izvršna vlast i njene specijalizovane službe nisu dobri čuvari ustavnosti i zakonitosti u domenu ljudskih prava, niti praktično primenjuju postojeće mehanizme izvršne vlasti za realizaciju zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i njihovu pravnu zaštitu.⁵⁵ Ovakvu faktičnu situaciju u nacionalnom domenu sprovođena i zaštite ljudskih i manjinskih prava potvrđuju i izveštaji ombudsmana na nivou Republike, AP Vojvodine i srpskih lokalnih samouprava, kao i poverenik za javne informacije u Vladi RS.⁵⁶

Iz navedenih razloga, posebno smo razmotrili spregu između korupcije s jedne strane, i organizovanog i institucionalizovanog kriminala s druge strane. Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala,⁵⁷ isti se definiše kao vršenje krivičnih dela od strane organizovane kriminalne grupe, odnosno druge organizovane grupe ili njenih pripadnika (član 2 Zakona). Krivičnopravne radnje organizovanog kriminala se izvršavaju najmanje sa eventualnim umišljajem, a najviše sa namerom. Organizovana kriminalna grupa je skupina od tri ili više lica koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela radi sticanja, posredno ili neposredno, finansijske ili druge materijalne koristi (član 3 stav 1 Zakona). Pod drugom organizovanom grupom podrazumeva se grupa koja nije obrazovana u cilju neposrednog

⁵⁴ http://www.transparency.org/support_us

⁵⁵ <http://www.bgcentar.org.yu/>

⁵⁶ <http://www.srbija.gov.rs/>; <http://www.vojvodina.gov.rs/index.php>

⁵⁷ Službeni glasnik RS br. 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004 - dr. zakon, 45/2005 i 61/2005.

vršenja krivičnih dela, niti ima tako razvijenu organizacionu strukturu, definisane uloge i kontinuitet članstva svojih pripadnika, ali je u funkciji organizovanog kriminala (član 3 stav 2 Zakona). Budući da je osnovni cilj delatnosti organizovanog kriminala „sticanje finansijske ili druge materijalne koristi“, u navedenim krivičnopravnim odredbama je posredno sadržan motiv koristoljublja, ali i svi ostali kriminalni motivi. Kada je grupa stvorena „u funkciji organizovanog kriminala“, takva delatnost je opredeljena skupinom kriminalnih (antisocijalnih) motiva, kao što su krostoljublje, osveta, mržnja, teror, bezkrupuloznost, bezobzirnost, podlost, osionost, oholost, okrutnost, zloba, zavist, pakost i drugo.⁵⁸

U osnovi trougla korupcija - organizovani kriminal - institucionalizovani kriminal, nalazi se psihološki odnos građana Srbije prema korupciji i njenom uticaju na građanina pojedinca, a potom i na ljude u zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj vlast. Ne postoji kriza sistema i njenih institucija, već postoji psihološka kriza građanina pojedinca naše države koja rezultira izopačenjem ili uništenjem kvalitetnih i tradicionalnih personalnih vrednosnih orijentacija i tradicionalne porodice na kojima počiva država i državotvornost, vladavina prava, demokratija, građanska kultura, tolerantnost i druge civilizacijske tekovine koje je Srbija imala u prošlosti. Vlast proizlazi iz građnina pojedinca koji je osnovna cilija bilo koje zajednice, te i države. Od sadržine i nivoa samoosaznanja, prosvećenosti i civilizovanosti građana jedne države, od njihovih pojedinačnih vizija i strategija, zavisi kvalitet i kvantitet uticaja korupcije i drugih socijalnopatoloških pojava na određeni narod i njegovu državu. Suštinu borbe protiv korupcije čini neutralisanje uzroka korupcije i sanacija posledica korupcije. Strategija borbe protiv korupcije direktno zavisi od namera ljudi u izvršnoj državnoj vlasti Srbije, jer su u njihovim službenim prinadležnostima osnovni mehanizmi za očuvanje ustavnosti i zakonitosti, vladavine prava i pravne zaštite osnova državotvornosti Srbije.

Literatura:

1. Vujaklija, M.: Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, 1980.
2. Đurić, A.: *Motiv u krivičnom pravu, (monografija)* Niš, 2006, izdavač Aleksandar B. Đurić /ISBN 86-909147-0-6; KRIVIČNO DELO MOTIVI COBISS.SR-ID 133358348/.
3. Đurić, A.: Poreska krivična dela u Srbiji, Ekonomika - međunarodni časopis za ekonomsku teoriju i praksu i društvena pitanja, 2007, br. 1-2, str. 64-74. /UDK: 338 (497,1), YU-ISSN 0350-137X/
4. Živanović, T.: Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, knjiga II, Beograd, 1938.
5. Zlatarić, B.: Krivični zakonik u praktičnoj primeni, sveska druga, Beograd, 1958.

⁵⁸ Đurić, A.: Op. cit. str. 283.

6. Krivični zakon Republike Srbije: Sl. glasnik SRS, br. 26/77, 28/77 - ispr., 43/77 - ispr., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i Sl. glasnik RS, br. 16/90, 26/91 - odluka USJ br. 197/87, 75/91 - odluka USRS br. 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 - ispr., 80/2002 - dr. zakon, 39/2003 i 67/2003.
7. Simić-Jekić, Z.: Određivanje koristoljublja u krivičnom pravu, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu br. 4, Beograd, 1968.
8. Službeni glasnik RS br. 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004 - dr. zakon, 45/2005, 61/2005, 109/2005.
9. Stojanović, Z.: Komentar krivičnog zakonika, Beograd, 2006, str. 400-402, 766-772.
10. Subotić, S.: Motiv i njegov značaj, Beograd, 1938.
11. Frank, S.: Kazneno pravo, Posebni deo, sveska prva, Beograd, 1934.
12. http://www.antikorupcija-savet.sr.gov.yu/sve_o/definicije.jsp
13. <http://www.paragrafco.co.yu/>: (1) Zakon o finansiranju političkih stranaka - Službeni glasnik RS br. 72/2003, 75/2003 - ispr. i 97/2008; (2) Zakon o javnim nabavkama sa izmenama i dopunama - Službeni glasnik RS br. 39/2002, 43/2003 - dr. zakon, 55/2004, 101/2005 - dr. zakon i 116/2008 - dr. zakon; (3) Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja - Službeni glasnik RS br. 120/2004 i 54/2007; (4) Zakon o sprečavanju pranja novca - Službeni list SRJ br. 53/01; (5) Zakon o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija - Službeni glasnik RS br. 43/2004; (6) Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije – Službeni glasnik RS br. 97/2008; Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih Nacija protiv korupcije, Službeni list SCG - Međunarodni ugovori br. 12/2005; Zakon o potvrđivanju Krivičnopravne konvencije o korupciji, Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori br. 2/2002 i Službeni list SCG – Međunarodni ugovori br. 18/2005; Zakon o potvrđivanju Građanskopravne konvencije o korupciji, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 102/2007; Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o pranju, traženju, zapleni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma, Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 19/2009; Zakon o potvrđivanju konvencije Ujedinjenih Nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola (Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori br. 6/2001); Zakon o potvrđivanju konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 19/2009).
14. http://www.transparency.org/support_us
15. <http://www.bgcentar.org.yu/>
16. <http://www.srbija.gov.rs/>;
17. <http://www.vojvodina.gov.rs/index.php>

UDK: 343.359.2(497.6)

Senad Hasanspahić, dipl.krim.

POREZNA UTAJA KRIVIČNO-MATERIJALNI ASPEKT

TAX EVASION THE CRIMINAL-MATERIAL ASPECT

Rezime

Porezna utaja je krivično djelo blanketnog karaktera što podrazumijeva da postoje zakonski akti kojima se upotpunjava blanketna dispozicija ovog krivičnog djela. Tim propisima je regulisano plaćanje poreznih obaveza, svojstvo poreznog obveznika njihova prava i obaveze vrste i nadležnosti pojedinih poreznih organa. Objekt zaštite je porezni sistem države. Kao učinitelji ovog krivičnog djela pojavljuje se svaka osoba u statusu poreznog obveznika. Krivično djelo porezne utaje može biti izvršeno činjenjem i nečinjenjem. Da bi ovo krivično djelo postojalo neophodno je da se ostvari posebna materijalno pravna pretpostavka, kao objektivni uslov inkriminacije. Ovo krivično djelo ima i svoje kavalifikatorne okolnosti, a to su visina obaveze čije se plaćanje izbjegava i postojanje vinosti/krivnje učinitelja.

Ključne riječi: krivično djelo, krivični zakon, porez, doprinosi, porezna utaja, porezno zakonodavstvo, porezni sistem, porezna davanja.

Sumary

Tax evasion is a criminal offence defined by other provisions, which implies that there is legislation supplementing the disposition of this crime. These provisions regulate payment of tax obligations, the capacity of a taxpayer, the rights and duties of tax payers and the competence of the individual tax authorities. The subject of protection is the state tax system. Any person qualified as a taxpayer can be a perpetrator of this crime. The crime of tax evasion can be committed by action or omission. The tax evasion crime is committed only if a specific substantive legal assumption as the objective condition of incrimination has been met. This crime also implies certain qualifying circumstances, and that is an amount of liability the payment of which is avoided, and innocence/guilt of a perpetrator.

Keywords: crime, criminal law, taxes, contributions, tax evasion, tax legislation, tax system, tax levies

1. Uvodna razmatranja

Platon: "U državi u kojoj postoji porez častan će čovjek platiti veći porez od nečasnog čovjeka iako su ostvarili isti dohodak"

Američka poslovica kaže: "Čovjek mora u životu uraditi dvije stvari, umrijeti i platiti porez državi."

Porezna utaja nije pojava novijeg vremena, ona je stara koliko i društvo, ali je u naše vrijeme često u središtu pažnje mnogih medija, u cijelom svijetu. Spektalurani su problemi slavnih ličnosti koji se zbog utaje poreza, preciznije kazano izbjegavanja plaćanja poreza matici zemlji, moraju skrivati po raznim dalekim zemljama. Utajom se ne bave samo slavni i bogati, već ona postaje fenomen veoma raširen u gotovo svim slojevima društva.

Postoje razni načini utaje poreza:

- dvostruko vođenje poslovnih knjiga, jedne se knjige pokazuju poreznim vlastima, a u drugima se bilježi stvarni promet,
- rad na crno, koji se plaća gotovinom, a čiji se iznosi ne unose u poreznu prijavu...

Utaja poreza u svim zemljama odnosi značajan udio društvenog prizvoda. U pristupu poreznoj utaji i poreznom izbjegavanju država ima veliku i tešku zadaću odlučiti između viših poreznih prihoda i socijalnog mira koji osigurava tzv.”siva ekonomija”.⁵⁹

Glavna opasnost koja prijeti Bosni i Hercegovini, pored trgovine ljudima i opojnim drogama, je privredni kriminal. Privredni kriminal u BiH je bio posebno izrazit zboog postojanja nejedinstvenog ekonomskog prostora, koji je trajao sve do početka 2006. godine, tj. do uvođenja PDV-a; podijeljene nadležnosti bosanskohercegovačkih organa za provođenje zakona, te rasprostranjenosti krivičnog djela prevare u vezi sa ličnim dokumentima.

Osnovni mehanizam za raširenu utaju javnih prihoda predstavljala su fiktivna preduzeća (fantomska preduzeća), koja je bilo relativno jednostavno registrirati. Bosna i Hercegovina je postala atraktivno područje za obavljanje ilegalnog prometa u regionu. Nedavni napori organa BiH u oblasti poreza i registracije preduzeća usmjereni ka unapređenju unutrašnje ^{povezanosti} i jedinstvenosti poreznog sistema i registracije preduzeća već su donijeli pozitivne rezultate. Radi lakšeg praćenja daljeg izlaganja o ovome fenomenu kratko ćemo se osvrnuti na porezni sistem koji je trenutno uspostavljen na području Bosne i Hercegovine. U nadležnosti države BiH su indirektni porezi, i to porez na dodanu vrijednost - PDV, carina, akciza kao poseban porez, porez na promet i putarina, koji su regulirani posebnim zakonima i predstavljaju prihode države te se uplaćuju na jedinstveni račun Uprave za indirektno oporezivanje. Uprava transferira - raspodjeljuje prihode na entitete i Brčko Distrikt BiH. Uvođenjem poreza na dodanu vrijednost - PDV-a od 01.01.2006. godine prestala je primjena tzv. poreza na promet proizvoda i usluga. U nadležnosti entiteta (FBiH i RS) i Brčko Distrikta BiH ostali su tzv. direktni porezi, odnosno, porez na dohodak koji je u principu sublimirao skoro sve direktnе poreze u entitetima i BD. Službe koje se bave ubiranjem ovih poreza,

⁵⁹ Marina Kesner- Škreb, Izbjegavanje i utaja poreza, Finansijska praksa 1995 str 267 - 268

Uprava za indirektno oporezivanje koja je nadležna za prikupljanje PDV-a i porezne uprave entiteta FbiH, Republike Srpske i Brčko Distrikta, teško izlaze na kraj sa potencijalnim utajivačima poreza prije svega zbog tehničkih i kadrovskih problema. Uz navedeno, treba naglasiti da se BiH nalazi u procesu tranzicije što govore i spomenute reforme poreznog sistema, a to je često pogodno tlo za privredni kriminal, korupciju, utaju poreza uz istovremeno pojavljivanje novih oblika krivičnih djela iz oblasti poreza. Statistički podaci pokazuju da je Tužiteljstvo BiH u 2006. i 2007. godini podiglo 82 optužnice koje se odnose na pranje novca i utaju poreza dok je Sud BiH donio 21 prvostepenu presudu. Radi se o veoma ozbiljnim krivičnim djelima, o čemu svjedoči i podatak da je presudama utvrđena suma od 20.447.080,87 KM opranog novca, a iznos porezne utaje u tim predmetima iznosi 721.971,00 KM.

2. Pojam porezne utaje

Pri definisanju pojma porezne utaje, nužno je ponajprije upozoriti na mogućnost terminološke konfuzije, često isticane u poreznoj literaturi. Uzrok tome većim dijelom leži u lingvistici, odnosno, upotrebi pojmove porezne utaje (porezne evazije), izbjegavanja poreza, umanjivanja poreza i poreznog planiranja kao sinonima. Suštinski razlog za semantičku konfuziju je krhkost međusobnih granica korištenih sintagmi s obzirom na to da svi navedeni pojmovi u konačnici imaju isti cilj: smanjenje porezne obveze, odnosno, povećavanje ili barem zadržavanje postojeće ekonomске snage poreznog obveznika.

Temeljna razlika između pojmove naznačenih supra leži upravo u zakonitosti djelovanja poreznog obveznika. Tako, s jedne strane, postoji pojam porezne evazije, odnosno utaje.⁶⁰

Njegovo je osnovno obilježje nezakonito djelovanje, direktno kršenje zakonskih odredbi.⁶¹ U tom će se smislu dalje u radu i koristiti pojam porezne utaje. S druge strane, pojam izbjegavanja poreza može imati više značenja koja često ovise o kontekstu. U najširem smislu, izbjegavanje poreza označuje svako djelovanje poreznog obveznika usmjereni umanjivanju ili izbjegavanju porezne obveze, s tim da to djelovanje ostaje u zakonskom okviru ili bolje rečeno na njegovu rubu: "neprihvatljivo smanjenje porezne obveze koju je porezno zakonodavstvo namjeravalo obuhvatiti, ali iz nekih razloga nije, odnosno, takva interpretacija zakonskih odredaba koja omogućuje porezne pogodnosti koje zakonodavac nije

⁶⁰ Lovrinčević, Ž., Marić, Z., Mikulić, D., Maastrichtski kriteriji i uključivanje sive ekonomije – slučaj Hrvatske, Privredna kretanja i ekonomski politika, br. 106, 2006,

⁶¹ Šaković, A. (2003), Organizovani ekonomski kriminalitet, Kriminalističke teme br. 1-2, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo.

predvidio i koje su suprotne intencijama zakonodavca. Za dodatnu ilustraciju porezne utaje i izbjegavanja poreza može nam poslužiti i izjava nepoznatog autora koji navodi da je “razlika između izbjegavanja plaćanja poreza i porezne utaje debljina zatvorskog zida. Time je vjerojatno nastojao istaknuti nezakonitu srž porezne utaje nasuprot zakonskom rubu izbjegavanja plaćanja poreza, ali bez prevelike moralne razlike.”⁶²

3. Opći osvrt na krivično materijalni aspekt porezne utaje u BiH

Krivično djelo porezna utaja (član 210) u Krivičnom zakonu BiH (Sl Glasnik br 37/03) (u daljem tekstu KZ BiH) se nalazi u glavi XVIII te spada u grupu krivičnih djela protiv privrede i jedinstva tržišta te krivična djela iz oblasti carina.⁶³ U KZ Federacije BiH porezna utaja (član 273) je smještena u glavu XXIII i spada u grupu krivičnih djela iz oblasti poreza.⁶⁴ U KZ Republike Srpske ovo krivično djelo nosi naziv utaja poreza i doprinosa (Sl. Glasnik RS br 49/03 član 287)⁶⁵ i smješteno je u glavu XXIV u grupu krivičnih djela protiv privrede ili platnog prometa. U krivičnom zakonu BD porezna utaja (član 267) se nalazi u glavi XXIII i spada u grupu krivičnih djela iz oblasti poreza.

U svim citiranim zakonima objekt krivično pravne zaštite krivičnog djela porezne utaje je porezni sistem u BiH kojim su obuhvaćena davanja vezana za plaćanje poreza i doprinosa socijalnog osiguranja koja državi služe za podmirenje njenih rashoda. Time je prije

⁶² Šimović, J., Rogić Lugarić, T., Cindori, S. Utaja poreza u Republici Hrvatskoj, Izvorni znanstveni rad 25. listopad 2007.g Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 2/2007, str. 591-617

⁶³ (1) Ko izbjegne plaćanje davanja propisanih poreznim zakonodavstvom Bosne i Hercegovine ili doprinosa socijalnog osiguranja, ne dajući zahtijevane podatke ili dajući lažne podatke o svojim stečenim oporezivim prihodima ili o drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa ovakvih obaveza, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi iznos od 10.000 KM, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

(2) Ko učini krivično djelo iz stava 1. ovoga člana, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 50.000 KM, kaznit će se kaznom zatvora od jedne do deset godina.

(3) Ko učini krivično djelo iz stava 1. ovog člana, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 200.000 KM, kaznit će se kaznom zatvora najmanje tri godine.

⁶⁴ Identično u Krivičnom zakonu FBiH i BD s tim da u stavu prvom KZ FBiH sadrži navod „ko za sebe ili drugoga“

⁶⁵ (1) Ko izbjegne plaćanje poreza propisanih poreskim zakonodavstvom Republike Srpske ili doprinosa zdravstvenog ili penzijskog osiguranja propisanih u Republici Srpskoj ne dajući tražene podatke ili dajući lažne podatke o svom stečenom oporezivom prihodu ili o drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje ovakvih obaveza, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 10.000 KM, kazniće se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.

(2) Ko počini krivično djelo iz stava 1. ovog člana, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 50.000 KM,

kazniće se kaznom zatvora od jedne do deset godina.

(3) Ko počini krivično djelo iz stava 1. ovog člana, a iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 150.000 KM, kazniće

se kaznom zatvora od tri do petnaest godina.⁶⁵

svega obuhvaćena zaštita davanja koja predstavljaju porez ili doprinos socijalnog osiguranja u smislu njihovog zakonitog razreza i nesmetane naplate. „Pod porezom se podrazumijeva dio prihoda ili imovine koji država na osnovu vlasti oduzima od fizičkih ili pravnih osoba za podmirenje svojih rashoda, s tim da fizičkoj ili pravnoj osobi ne vrši neku direktnu protučinidbu. Osnovne karakteristike poreza su da ga razrežu državni organi, da ne predstavlja dobrovoljno već prinudno davanje i da za to porezni obveznik ne dobija nikakvu neposrednu protučinidbu od države.“⁶⁶

4.Elementi krivičnog djela porezne utaje

Kod krivičnog djela porezne utaje se vidi da se radi o izbjegavanju potpunog ili djelimičnog plaćanja poreznih davanja, doprinosa socijalnog osiguranja. Ovo krivično djelo ima određene elemente i krivičnog djela prevare (način radnje izbjegavanja je i svjesno dovođenje drugoga u zabludu) i krivičnog djela utaje. Krivično djelo je blanketnog karaktera, sadrži blanketnu dispoziciju koja upućuje na primjenu drugih propisa. Objekt krivičnopravne zaštite su obaveze, davanja vezana za plaćanje poreza i doprinosa socijalnog osiguranja. Radnja učinjenja djela je izbjegavanje plaćanja poreznih davanja, odnosno doprinosa.⁶⁷ Način izvršenja radnje krivičnog djela određen je alternativno i to:

a) izbjegavanje plaćanja poreznih davanja i doprinosa socijalnog osiguranja nedavanjem zahtijevanih

podataka što bi u krivično materijalnom smislu predstavljalo nečinjenje i

b) izbjegavanje plaćanja poreznih davanja i doprinosa socijalnog osiguranja davanjem lažnih podataka što bi u krivično materijalnom smislu predstavljalo činjenje.

Kod oba načina radnje izvršenja djela potrebno je da se radi o podacima o zakonito stečenim oporezivim prihodima ili o drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa poreznih obaveza odnosno iznosa doprinosa.

Kod prvog načina radnje izvršenja djela, dakle, radi se o nečinjenju; počinitelj ne daje određene podatke o svojim prihodima ili podatke o drugim činjenicama koje su od uticaja na utvrđivanje iznosa poreznih obaveza i iznose doprinosa. Da bi se radilo o ovom obliku radnje izvršenja potrebno je da je odgovarajućim zakonskim i drugim propisima predviđena obveza prijavljivanja navedenih činjenica. U ovom slučaju se porezna prijava uopće ne podnosi i

⁶⁶ Tomić Z. Krivično pravo, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007 str.223

⁶⁷ Komentar KZ BiH, FBiH, RS, BD Babić, M. Filipović, LJ. Marković, I.Rajić, Z. Vijeće Evrope, Sarajevo. 2005.g str. 687

pored propisane zakonske obveze podnošenja ili se u poreznoj prijavi ili drugom odgovarajućem aktu ne unose određeni zahtijevani podaci ključni za utvrđivanje iznosa poreznih davanja, odnosno iznosa obveze plaćanja doprinosa.

Kod drugog načina radnje izvršenja počinitelj formalno podnosi poreznu prijavu ili drugi sličan akt nadležnom tijelu, ali u njoj ne navodi istinite podatke, već lažne podatke, temeljem kojih će biti oslobođen plaćanja poreznih obveza ili doprinosa u cijelini ili djelimično. Davanje lažnih podataka prije svega odnosi se na, dobit poreznog obveznika (dabit se prikazuje manjom, odnosno, rashodi većim od stvarnih) ili na prihode koji podliježu obvezi oporezivanja, ali lažni podaci se mogu odnositi i na druge činjenice koje su u određenom slučaju s obzirom na određenu vrstu poreza ili doprinosa, relevantne za ispravno određivanje visine porezne obveze (npr. broj uposlenih za koje treba platiti doprinos, broj članova kućanstva, školovanje djece, zaposlenost bračnog partnera, vrijeme od kada nastaje obveza) s tim da davanje lažnih podataka poreskim organima o činjenicama koje nemaju uticaja na utvrđivanje i razrez određenog poreza ili doprinosa neće predstavljati krivično djelo. Lažni podaci trebaju biti predočeni mjerodavnom tijelu za razrez poreza (porezne uprave ili Uprave za indirektno oporezivanje koje su jedine nadležne za rezrez i naplatu poreza u BiH) odnosno doprinosa, pri čemu je irelevantan način davanja lažnih podataka, djelo se najčešće čini podnošenjem pismene porezne prijave i pismenih izvješća, ali se djelo može izvršiti i davanjem usmenih izjava na zapisnik i sl., stavljanjem na uvid knjigovodstvene i slične dokumentacije. Eventualno davanje lažnih podataka o činjenicama koje su nebitne za utvrđivanje, poreske obaveze od strane poreznog obveznika neće predstavljati ovo krivično djelo. Smatra se da je radnja izvršena u trenutku samog davanja lažnih podataka mjerodavnom poreznom organu, a to može biti onda kada su podaci stigli u pismenom obliku u organ odnosno kad su podaci usmeno dati, pri čemu eventualno naknadno podnošenje porezne prijave s tačnim istinitim podacima, nakon što su već dati lažni podaci ne utiče na postojanje kaznene odgovornosti počinitelja. Krivično djelo je dovršeno kad je izbjegnuto plaćanje poreznih davanja odnosno doprinosa socijalnog osiguranja (zakonodavac koristi izraz „ko izbjegne“, a ne „ko izbjegava“).⁶⁸

5. Objektivni uslov inkriminacije i kvalifikatorne okolnosti

⁶⁸ Komentar KZ BiH, FBiH, RS, BD Babić, M. Filipović, LJ. Marković, I.Rajić, Z. Sarajevo 2005.g str 688

Postoji još jedan bitan uvjet za postojanje ovog krivičnog djela, a to je da iznos obaveze čije se plaćanje izbjegnuto prelazi 10.000 KM. Radi se o materijalno pravnoj pretpostavci kažnjivosti, odnosno objektivnom uslovu inkriminacije. U pitanju je iznos obaveze plaćanja poreza, odnosno, doprinosa koja bi postojala za počinitelja da podaci nisu lažni, odnosno da su prijavljeni zahtijevani podaci.⁶⁹

Objektivni uslov inkriminacije, kao element zakonskog bića krivičnog djela, nije dio radnje izvršenja krivičnog djela, niti predstavlja posljedicu krivičnog djela u krivično pravnom smislu, pa ne mora biti obuhvaćen svješću počinitelja. Ono što posebno treba istaći je činjenica da iznos izbjegnutih obaveza, davanja prelazi 10.000 KM u svakoj kalendarskoj godini. Sada s razlogom možemo postaviti teoretsko i praktično pitanje da li zakonodavac predviđa utaju veću od 10 000 u jednoj kalendarskoj godini po vrsti poreza ili svih vrsta poreza kumulativno? Drugačije formulisano pitanje glasi da li se dvije vrste poreza u ovom slučaju zbrajaju ili pak nema zbrajanja, nego se mora ostvariti objektivni uslov inkriminacije 10 000 KM pojedinačno po vrsti poreza? Mišljenja smo ukoliko se radi o više vrsta obaveza, odnosno, iznosa čije plaćanje se istom prilikom htjelo izbjegneći nekom od propisanih radnji izvršenja, a one proizilaze iz istog osnova, na primjer, porez i doprinos za penzijsko i invalidsko osiguranje, za utvrđivanje da li je ostvaren objektivni uslov inkriminacije ne uzimaju se iznosi pojedinačnih obaveza posebno, već se oni sabiraju.

U krivičnom zakonodavstvu BiH djelo se smatra dovršenim kada je izbjegnuto plaćanje poreznih davanja ili doprinosa socijalnog osiguranja. "Počinitelj krivičnog djela može biti svaka fizička osoba koja je dužna podnijeti odgovarajuće podatke o stečenim oporezivim prihodima i o drugim činjenicama koje su od utjecaja na utvrđenje poreznih obaveza, odnosno obaveza plaćanja doprinosa. Iako zakonski opis krivičnog djela izaziva određene dvojbe glede počinitelja krivičnog djela, smatramo da počinitelj djela, s obzirom na prirodu krivičnog djela, opis krivičnog djela, njegov položaj u sistematici krivičnih djela u zakonu, može biti i osoba koja u ime drugoga podnosi prijavu s lažnim podacima ili osoba koja vodi poslove druge osobe, pa je ta osoba u obavljanju tog posla dužna podnijeti prijavu."⁷⁰ Počinitelj može biti i osoba koja pod tuđim imenom obavlja poslovnu djelatnost koja ga obvezuje na podnošenje prijave, među te osobe ulazi npr. i tajni ortak ortačke zajednice koji je u dogovoru s ostalim ortacima sastavio i podnio lažnu prijavu.⁷¹ Ukoliko su u pitanju pravne osobe kao porezni obveznici odnosno obveznici doprinosa, počinitelj

⁶⁹ Isto str 689

⁷⁰ Bačić, F.-Pavlović, Š.: Kazneno pravo, posebni dio, Zagreb, 1997., str. 321

⁷¹ Isto, str. 373

krivičnog djela bit će lice u pravnoj osobi koja postupa u ime pravne osobe, odnosno, to će najčešće biti odgovorna lice u pravnoj osobi. Krivično djelo se može počiniti samo s namjerom. U st. 2. i 3. predviđeni su teži, kvalificirani oblici krivičnog djela porezne utaje određeni s obzirom na visinu iznosa davanja obveze čije se plaćanje izbjegava.⁷²

Krivično djelo iz st. 2. KZ BiH postojat će u slučaju da iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 50.000 KM. Nije bitno o kojoj vrsti obveze se radi, da li o neplaćanju propisanih poreznih davanja ili neplaćanju doprinosa socijalnog osiguranja. U stavu 3. predviđen je najteži oblik krivičnog djela porezne utaje. On postoji pod uslovom da iznos obaveze čije se plaćanje izbjegava prelazi 200.000 KM. Razlika u odredbama između KZ BiH, KZFBiH i KZBD sa jedne strane i KZ RS s druge strane izražena je kroz kvalifikatornu okolnost stava 3 svih KZ-a u BiH. U KZ RS kvalifikatorna okolnost izražena je kao visina obaveze preko 150 000 KM dok je u KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD preko 200 000 KM. Druga razlika se ogleda zaprijećenom općem maksimumu kazne koja za djelo iz stava 3 u RS iznosi 15 g zatvora, a u KZ BiH, KZFBiH i KZ BD 20.g. U ovakvoj situaciji se s pravom može postaviti pitanje prava na jednakost svih građana u BiH koje garantuje Ustav. Također, zbog razlika u st. 2. i 3. postavlja se pitanje pravne prirode ovih iznosa, tj. iznosa izbjegnutih obaveza (50.000 KM i 200.000 KM odnosno 150 000). Radi li se ovdje o objektivnom uvjetu inkriminacije kao kod krivičnog djela iz st. 1. ili je u pitanju posebno dodatno zakonsko obilježje krivičnog djela, koje onda kao takvo treba biti obuhvaćeno namjerom počinitelja. Imajući u vidu jezičko tumačenje i stilizaciju odredbe više argumenata ide u prilog tvrdnji da se radi o objektivnom uslovu inkriminacije kao i kod krivičnog djela iz st. 1., u kojem slučaju ova okolnost ne mora biti obuhvaćena namjerom počinitelja. Međutim, imajući u vidu visinu zaprijećene kazne i kriminalnopolitičke razloge trebalo bi uzeti da se kod krivičnih djela iz st. 2. i 3. ovog članka radi o krivičnim djelima kvalificiranim posebnom okolnošću, tj. da je u pitanju krivično djelo iz st. 1. s dodatnim obilježjem opisanim u st. 2. i 3. A to znači da ova okolnost treba biti obuhvaćena namjerom počinitelja⁷³.(presuda Suda BiH X-K-07/481) Postoje i protivna stajališta koja smatraju da se i kod oblika kaznenog djela porezne utaje i st. 2. i 3. radi o objektivnom uslovu inkriminacije koji ne mora biti obuhvaćen namjerom počinitelja⁷⁴.

⁷² Komentar KZ BiH, FBiH, RS, BD Babić, M. Filipović, LJ. Marković, I.Rajić, Z.Vijeće Evrope, Sarajevo, 2005.g str.690

⁷³ Bačić, F.-Šeparović, Z.: Kazneno pravo, posebni dio, Zagreb, 1997., str. 297

⁷⁴ Katušić-Jergović, S.: Prilog razmatranju gospodarskog kriminaliteta prema izmjenama kaznenog zakona HLJKPP, vol. 10., br. 2/03

U praksi dvojbe izazivaju pitanja: je li moguća konstrukcija produženog krivičnog djela porezne utaje; što se podrazumijeva pod pojmom propisanih poreznih obveza, je li moguća njihova kumulacija, odnosno, je li sud u krivičnom postupku ovlašten da ispituje zakonitost rješenja poreznih organa i da utvrđuje činjenice od kojih zavisi visina poreznih obveza i visina poreznih doprinosa. Zbog toga ćemo se posebno osvrnuti na taj problem.

6. Konstrukcija produženog krivičnog djela porezne utaje

Zbog opće konstrukcije produženog krivičnog djela sudska praksa smatra da je produženo krivično djelo jedan od slučajeva prividnog realnog sticaja krivičnog djela, kod koga se zbog određenih sjedinjavajućih faktora više istovrsnih i ponovljenih radnji izvršenja spajaju u jedno krivično djelo, s tim da svako od tih djela što ulaze u njegov sklop mora i samo za sebe sadržati sva bitna obilježja toga krivičnog djela. Teorijski produženo krivično djelo treba da sadrži obavezne elemente za postojanje konstrukcije produženog krivičnog djela, i to identitet ličnosti učinioca, istovrsnost djela, isti način izvršenja, umišljaj kao oblik krivnje.⁷⁵ U skladu s tim kod produženog krivičnog djela porezne utaje, potrebno je da postoji kontinuirano utajivanje poreza kroz više uzastopnih godina. Utaja poreza u svakoj od tih godina mora sama za sebe sadržajno obuhvatiti sva bitna obilježja tog krivičnog djela; pored ostalog i uvjet da je izbjegavana obaveza plaćanja poreza u svakoj godini veća od zakonom utvrđenog iznosa (prema KZ BiH u iznosu većem od 10.000 KM).

Shodno prevladavajućoj sudskej praksi kod ovako konstruiranog produženog krivičnog djela porezne utaje iznosi porezni obaveza čije se plaćanje izbjegava u svakoj pojedinoj godini mogu se sabirati pa je na taj način moguće i izvršenje kvalificiranog oblika djela iz st.2. Pri tome prema prvom gledištu sud u krivičnom postupku nije ovlašten niti dužan preispitivati zakonitost rješenja o razrezu poreza mjerodavnog organa, naročito u pravcu je li pravilno utvrđena porezna osnovica i visina porezne obveze. Suprotna stajališta, smatraju da je sud dužan i ovlašten ispitivati ne samo zakonitost rješenja poreznih organa, nego i sve činjenice od kojih ovisi visina porezne osnovice i visina porezne obveze jer se jedino tako sa sigurnošću može razlikovati koje je činjenice dao ili prešutio porezni obveznik radi utaje poreza ili doprinosa, a koje je dao i prešutio bez te namjere. Od zaključka suda o ovim pitanjima, pak, dalje ovisi ima li uopće krivičnog djela i o kojoj kvalifikaciji se radi. Na kraju valja istaći stajalište radi postavljanja imovinsko pravnog zahtjeva povodom ovog krivičnog

⁷⁵ Petrović, B. Jovašević, D Krivično pravo BiH, opći dio Pravni fakultet univerziteta u Sarajevu 2005 str.190-191

djela.U krivičnom postupku ne može se dosuditi zahtjev odgovarajuće teritorijalno-političke zajednice (npr. općine) da se počinitelj krivičnog djela porezne utaje obaveže krivičnom presudom na plaćanje utajenog poreza budući da taj zahtjev ne predstavlja imovinskopravni zahtjev u smislu odredbi glave ZKP BiH. U slučaju da je okrivljeni oglašen krivim zbog krivičnog djela porezne utaje, a pravo na razrez poreza je po upravnim propisima zastarjelo sud je dužan od okrivljenog oduzeti imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom tako što će ga obvezati na plaćanje novčanog iznosa koji odgovara visini utajenog poreza.⁷⁶

7. Elementi krivične odgovornosti

U krivičnom zakonodavstvu BiH vinost je regulisana kroz dva oblika, umišljaj kao redovni oblik vinosti i nehat, za što se kažnjava samo kada zakon to izričito određuje.

Kada govorimo o krivičnom djelu porezne utaje vinost je jedinstveno regulisana u svim krivičnim zakonima u BiH te podrazumijeva postojanje umišljaja (direktnog ili eventualnog)⁷⁷. Za krivičnu odgovornost potreban je umišljaj i to direktni tj. htijenje na strani učinjoca ovog djela, s druge strane pojedini autori⁷⁸ tvrde da je učinilac uvijek svjestan ostvarivanja prihoda koji shodno pozitivnom zakonodavstvu podliježe obračunu poreza i doprinosa, odnosno, drugih činjenica koje su od uticaja na utvrđivanje takvih obaveza, te da ima svijest i volju tj. (htijenje ili pristajanje) da ne daje tražene podatke o takvom prihodu ili takvim činjenicama ili da ima svijest i volju (htijenje ili pristanak) da daje lažne podatke o takvom prihodu ili o takvim činjenicama. Kod kvalifikatorne okolnosti iznosa utaje o 50 000 i 200 000 KM odnosno 150 000 KM visina poreske obaveze čije se plaćanje izbjegava mora biti obuhvaćena vinošću (krivnjom) učinjoca u smislu da je njegovim umišljajem obuhvaćena svijest da izbjegava plaćanje većeg iznosa porezne obaveze s tim da on to upravo hoće ili na to pristaje dok je u pogledu samog konkretnog iznosa dovoljan i nehat.⁷⁹

8. Zaključak

U sistemu poreznih delikata utaja poreza je najteži i najopasniji oblik porezne evazije, odnosno, izbegavanja plaćanja poreza i drugih propisanih dadžbina. Ova vrsta krivičnog djela pobuđuje posebnu pažnju, ne samo organa krivičnog pravosuđa, već i opšte javnosti.

⁷⁶ Komentar KZ BiH, FBiH, RS, BD Babić, M. Filipović, LJ. Marković, I.Rajić, Z. Vijeće Evrope, Sarajevo. 2005.str. 698

⁷⁷ Huremagić, Penko, Tegeltija Priručnik za krivično gonjenje krivičnih djela iz oblasti privrednog kriminala i korupcije Council of Europe Sarajevo 2006.g str. 64

⁷⁸ Isto str 65

⁷⁹ Tomić dr. Z. Krivično pravo, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007 str 226.

Sa stanovišta krivičnog materijalnog prava, poreskoj utaji u BiH se posebna pažnja pridaje definisanjem bića ovog krivičnog djela, načina izvršenja, objektivnom uslovu inkriminacije, konstrukcije produženog krivičnog djela i elementima krivične odgovornosti.

Kod defisinanja samog pojma autor upozorava na mogućnost terminološke konfuzije čime ističe nezakonitu srž porezne utaje nasuprot zakonskom rubu izbjegavanja plaćanja poreza.

Osnovno obilježje porezne utaje je nezakonito djelovanje, odnosno, direktno kršenje zakonskih odredbi, uz uvjet kažnjivosti da utaja prelazi preko 10 000 KM. Tek tada postoji podložnost propisanim sankcijama krivičnog zakona u smislu materijalnog prava na temelju kojeg porezni obveznik “treba da bude zabrinut” zbog mogućnosti otkrivanja.

Osnovni oblik i način izvršenja kao i elementi krivične odgovornosti krivičnog djela porezne utaje je istovjetno određen uzimajući u obzir sve krivične zakone (KZ BiH, RS, FBiH i BD). Jedina razlika leži u odredbama između KZ BiH, KZFBiH i KZBD sa jedne strane i KZ RS s druge strane u kvalifikatornoj okolnosti stava 3 svih KZ-a u BiH. U KZ RS kvalifikatorna okolnost izražena je kao visina obaveze preko 150 000 KM dok je u KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD preko 200 000 KM. Druga razlika se ogleda zaprijećenom općem maksimumu kazne koja u ovom stavu u RS iznosi 15 god. zatvora, a u KZ BiH, KZFBiH i KZ BD zaprijećen opći maximum je 20 god. Zbog čega se s pravom može postaviti pitanje prava na jednakost svih građana u BiH koje garantuje Ustav.

Osim analiziranja krivično-pravnih posljedice porezne utaje, u današnje vrijeme posebno se nužnim pokazuje i potreba spoznavanja uzroka pojave i činitelja njezina povećavanja ili smanjivanja. S tim u vezi postavlja se i pitanje je li, i u kojoj mjeri, uzroke porezne utaje moguće tražiti u pojedinačnim faktorima ili je stvarni uzrok ipak rezultat njihova međusobnog djelovanja? Smatramo da i analiza krivičnog materijalnog prava ukazuje na tačnost drugog odgovora.

Literatura

1-Arnold, B., Wilson, J.R. - The General Anti Avoidance Rule – Part 1., 36 Can. Tax. J. 829,

873 (1988), preuzeto iz: Thuronyi, V., Comaparative Law, Kluwer Law International, 2003,

2-Bačić, F.-Pavlović, Š. - Kazneno pravo, posebni dio, Zagreb, 2001

3-Huremagić, Penko, Tegeltija - Priručnik za krivično gonjenje krivičnih djela iz oblasti privrednog kriminala i korupcije Council of Europe Sarajevo 2006.g

4-Jovašević, D. - Poreska evazija i poreska krivična djela, Bezbednost 4/05 str. 541-564

5-Katušić-Jergović, S. - Prilog razmatranju gospodarskog kriminaliteta prema izmjenama kaznenog zakona, HLJKPP, vol. 10., br. 2

6-Lovrinčević, Ž., Marić, Z., Mikulić, D. - Maastrichtski kriteriji i uključivanje

sive ekonomije – slučaj Hrvatske, Privredna kretanja i ekonomska politika, br. 106, 2006, str

7-Marina Kesner- Škreb - Izbjegavanje i utaja poreza, Finansijska praksa 1995. Zagreb

8-Petrović, B. Jovašević, D - Krivično pravo BiH, opći dio, Pravni fakultet univerziteta u Sarajevu 2005.g

9-Šaković, A. (2003) - Organizovani ekonomski kriminalitet, Kriminalističke teme
br. 1-2, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo.

10-Šimović, J. Rogić Lugić, T. Cindori, S. Utaja poreza u Republici Hrvatskoj, Izvorni znanstveni rad

11-Tomić Z. - Krivično pravo, posebni dio, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo
2007

Pravni propisi

1. Krivični zakon BiH Službeni glasnik BiH br. 37/03.
2. Krivični zakon FBiH Službene novine Federacije br 8/03
3. Krivični zakon RS Službeni glasnik RS br 49/03
4. Krivični zakon BD Službeni glasnik BD br 10/03
5. Komentar KZ BiH, FBiH, RS, BD Babić, M. Filipović, LJ. Marković, I.Rajić, Z.Vijeće Evrope, Sarajevo 2005.g
6. Sudska praksa, presude Suda BiH (X-KŽ-06/276, X-K-07/481, X-K-07/483)

UDK: [343.131.5](#)(497.6)

Elmedin Ahmić, dipl. krim.

POLOŽAJ BRANIOCA U PRETHODNOM POSTUPKU I NA GLAVNOM PRETRESU PREMA NOVOM ZAKONU O KRIVIČNOM POSTUPKU BiH

TREATMENT OF LAWYERS IN NEW LEGAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURE OF BiH

Sažetak

Predmet analize su nova rješenja o braniocu i odnos prema osnovnim vrijednostima advokatske profesije u Zakonu o krivičnom postupku iz 2003.godine. Ocenjujem da broj neprihvatljivih ili suvišnih inovacija znatno premašuje mjeru uobičajenu za poduhvate ove vrste, pripisujući to brzini kojom je Zakon donijet, odsustvu stručne rasprave i primjetnom nastojanju njegovih kreatora da u jedan eklektički rad unesu i svoj originalni doprinos. Rezultat svega jest niz odredaba restriktivnog karaktera koje pravo okrivljenog na formalnu odbranu podređuju interesima efikasnosti.

Ključne riječi: krivični postupak, branilac, tužilac, sud, okrivljeni.

Summary

The object of analyze are new solutions about defender and fundamental values of legal profession in the Legal Code of Criminal Procedure is from 2003.I considers that the number of unsuitable and needless solutions is considerable over the measure which is usual in similar projects. He ascribes that to haste in which the Lagal Code is prepared, to absence of expert discussion and to attempt of its creators wishing in one eclectic work to include their own original contribution. The result is a restrictive character in series of norms, in which the interests of procedural efficiency is put over the right on formal defence.

Keywords: *criminal procedure, lawyer, defender, prosecutor, court, defendant.*

SKRAĆENICE

ZKP BiH: Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

ZKP BD BiH: Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine

ZKP FBiH: Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine

ZKP RS: Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske

EKLJP: Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda

MPGPP: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

KZ BiH: Krivični zakon Bosne i Hercegovine

Uvod

Pravo na pomoć branioca u krivičnom postupku (danас ga nazivamo pravom na formalnu odbranu) jedno je od najstariјih procesnih prava osumnjičenog, odnosno optuženog. Već se u doba antike zagovornik optuženog pred sudom mogao poslužiti vještim govorničkim figurama da bi presuditelje – izabrane ili profesionalne sudije – priklonio donošenju odluke u korist svoga klijenta. Kako se sva retorička sredstva nisu uvijek smatrala legitimnim i dopuštenim, već i tada su se postavila pitanja ograničenja takve «formalne» odbrane⁸⁰. Ta su pitanja ostala aktuelna do danas, jer se njihovo rješenje nalazi u polju napetosti između dvije

⁸⁰ Komentar Zakona o krivičnom postupku BiH 2005,-Savjet Vijeće Evrope,Evropska komisija

tendencije u uređenju krivičnog postupka: tendencije za funkcionalnošću kažnjavanja presumiranog krvica (tendencije za «učinkovitošću» krivičnopravne represije) i tendencije zaštite osnovnih prava i sloboda, odnosno prava odbrane lica protiv kojih se vodi krivični postupak. Prema uobičajenom mišljenju u teoriji kontinentalnog krivičnog procesnog prava, branilac je procesni pomoćnik (ne zastupnik) osumnjičenog, odnosno optuženog koji svojim pravnim znanjem i procesnom vještinom pomaže osumnjičenom, odnosno optuženom u krivičnom postupku u pronalaženju i utvrđivanju činjenica u njegovu korist, u primjeni najpovoljnijih propisa, te korišćenju procesnih prava. Premda se za pravilno utvrđivanje činjenica i primjenu propisa moraju brinuti i organi krivičnog postupka, ipak sudjelovanje branioca, kao posebnog procesnog subjekta koji nastupa samo u korist osumnjičenog, odnosno optuženog, oslobađa organe krivičnog postupka tereta psihološki nespojivih funkcija optužbe, odbrane i nepristrasnog istraživanja činjeničnog stanja, a osim toga, u krivičnom postupku zamišljenom kao spor između ravnopravnih «stranaka», omogućava da se na strani osumnjičenog, odnosno optuženog otkloni deficit stvarnih mogućnosti nastupanja u procesu (u usporedbi sa tužiocem iza kojega стоји cjelokupni aparat državne vlasti) i tako ostvaruje, po nekim mišljenjima, danas stožerno načelo krivičnog procesnog prava – načelo pravičnog postupanja u krivičnim predmetima.

Položaj osumnjičenog i njegovog branioca u istražnom postupku je takođe izmjenjen te su novim zakonom o krivičnom postupku osumnjičenom već od samog početka istrage zagarantovana njegova prava u smislu procesnih garancija koje su ranije važile tek od prethodnog krivičnog postupka dok takvih garancija nije bilo u ranijem pretkrivičnom postupku.⁸¹ Sada osumnjičeni već od prvog pojавljivanja pred tužiocem ili ovlaštenim službenim licima mora biti poučen o svojim pravima te su mu prilikom ispitivanja obezbijeđena sva prava počev od prava na branioca do prava da se brani čutanjem. Na taj način osumnjičenom su zagarantovana sva njegova prava već od samog početka istražnog postupka.

Postavljaju se na kraju neka otvorena pitanja na koja trebamo dati odgovor, a to su: Kada osumnjičeni, odnosno optuženi mora imati branioca? Kakava je uloga branioca u krivičnom postupku? Kada se postavlja branilac po službenoj dužnosti? Kada se može postaviti zahtjev za postavljanje branioca po službenoj dužnosti zbog slabog imovnog stanja? Interes branioca angažovanog po službenoj dužnosti u odnosu na poziv okrivljenog, uloga i značaj? (Ako ih ima?) Koji su to trenutni problemi branilaca u BiH angažovanih po službenoj dužnosti? Neravnopravnost branilaca koje sud angažuje po službenoj dužnosti i druga?

1. Pravo na branioca

Pravo na branioca proklamuju načelno svi međunarodni ugovori, garantujući jednodušno pravo optuženog da se brani sam ili uz pomoć branioca po svom izboru⁸², što omogućava optuženom potpunu slobodu odlučivanja o tome kako će se braniti. U pobližem određivanju ovog prava, međutim, izražavaju se već razlike. Tako se npr. u određivanju prava na branioca po službenoj dužnosti razlikuju međunarodni ugovori u kojima «probija» kontinentalna tradicija, koji to pravo vežu za slučaj siromašnog okrivljenog i uslovjavaju zahtjevima interesa pravde⁸³ od anglo-američkih, u kojima se pomoć branioca smatra neizostavnim elementom stranačkog modela postupanja, pa se pravo na branioca po službenoj dužnosti garantuje kao neotuđivo pravo svakog lica u slučaju ako se ne brani lično ili u propisanom

⁸¹ Ekspert Milan Tegeltija, Okružno tužiteljstvo Banja Luka(Uloga subjekata krivičnog postupka u istražnom postupku)

⁸² Čl. 14. st. 3. tač. d) MPGPP i čl. 14. st. 3. tač. d) EKLJP

⁸³ Čl. 14. st. 3. tač.d) MPGPP i čl. 6. st. 3. tač. c) EKLJP

roku ne angažuje branioca⁸⁴. No, najveće su te razlike u pogledu pojedinih prava branioca da prisustvuje pojedinim procesnim radnjama, odnosno, stadijima krivičnog postupka, da razgleda spis predmeta, da slobodno i bez cenzure komunicira s okriviljenim, itd. Dakle, osumnjičeni, odnosno optuženi je krivično procesni subjekt koji raspolaže pravom na odbranu, a može biti i pasivno dokazno sredstvo.⁸⁵ Ta prava se ne garantuju međunarodnim ugovorima, već su prepuštena regulaciji unutrašnjeg prava (osim što neka od njih ne izlaze iz nekih međunarodnih propisa po argumentaciji, a fortiori⁸⁶, pri čemu se riječ «odlučivanje» može shvatiti samo kao postupak koji prethodi donošenju odluke, budući da je pomoć branioca kod samog donošenja odluke tehnički neizvediva). U toj regulaciji, dakako, odlučna su shvatanja koja u pojedinim državama prevladavaju u pogledu prirode i cilja krivičnog postupka, te organizacije državne vlasti i njenog uticaja na organe krivičnog pravosuđa, o čemu ovdje ne možemo raspravljati.

1.1.Uloga branioca

Branilac osumnjičenog, odnosno optuženog je stručno pravno obrazovano lice koje pruža pomoć osumnjičenom, odnosno optuženom u realizovanju odbrane. Postojanje branioca na strani osumnjičenog, odnosno, optuženog omogućuje da se uspostavi ravnopravnost osumnjičenog, odnosno, optuženog sa tužiocem koji je stručno obrazovano lice. Naš zakonodavac je predviđao da osumnjičeni, odnosno, optuženi može imati branioca u toku cijelog krivičnog postupka, što zavisi od njegove volje. Međutim, o ovom pravu osumnjičeni mora biti poučen prije prvog ispitivanja od strane organa krivičnog postupka, kao i da branilac može prisustvovati njegovom ispitivanju⁸⁷.

Princip odbrane je jedan od osnovnih principa krivične procedure u BiH, a realizuje sa materijalnom i formalnom odbranom (čl. 7.). Odredbama članova 39.-50. regulisana su, u osnovi, sva pitanja formalne odbrane u postupku. Formalna odbrana (odbrana putem branioca) može biti fakultativna i obligatorna. Kod fakultativne odbrane stvar je procjene osumnjičenog, odnosno optuženog (ili lica koja mogu uzeti branioca osumnjičenom, odnosno, optuženom, da li će uopšte uzimati branioca ili će ga uzeti samo u nekom stadiju postupka (optuženje, glavni pretres) i na to njihovo opredjeljenje sud ili drugi organi nemaju uticaja. Kada se radi o obligatornoj odbrani, onda nema arbitriranja ili procjenjivanja, već u određenom stadiju postupka branioca mora angažovati sam osumnjičeni, odnosno, optuženi (odnosno, ovlašćeni srodnik) ili mora biti postavljen po službenoj dužnosti (čl. 45.).⁸⁸ Odluku da li će uzeti branioca⁸⁹ donosi, po pravilu, sam osumnjičeni, odnosno, optuženi. Od njihove volje zavisi i da li će prihvati branioca koga mu uzimaju druga lica po ovlašćenju iz stava 3. ovog člana. Druga lica, osim ovih, ne mogu uopšte uzimati branioca osumnjičenom, odnosno, optuženom, a najmanje protiv njegove volje. Lice koje nije advokat, ne može biti uzeto za branioca ni onda kad ima stručnu spremu, uživa povjerenje osumnjičenog, odnosno, optuženog i voljno je da se primi odbrane. Zabrana uzimanja za branioca drugog stručnog lica osim advokata, uvedena je radi obezbjeđenja stručnosti, da bi branilac bio pod kontrolom svoje profesionalne organizacije i da bi se spriječilo nadripisarstvo.

Branioca uzima osumnjičeni, odnosno, optuženi sam. Lica predviđena u navedenoj odredbi mogu uzeti branioca samo ako se osumnjičeni, odnosno, optuženi tome ne protivi.

⁸⁴ Čl.8. st. 2. tač. e) Američke konvencije o pravima čovjeka.

⁸⁵ Bayer,V.,I.1995,str.268;Tomašević,G.,cit.,str.70;Vasiljević,T.,1981,str.154.

⁸⁶ Npr. Iz engleskog teksta čl. 14. st. 3. tač. b) i d) MPGPP proizilazi da okriviljeni ima pravo na **branioca** «u odlučivanju o svakoj optužbi koja je protiv njega podignuta»

⁸⁷ Čl. 78. st. 2. tač. b.ZKP BiH.

⁸⁸ Komentar Zakona o krivičnom postupku BIH 2005,-Savjet Vijeća Evrope,Evropska komisija

⁸⁹ ZKP Bosne i Hercegovine (Član 39.)

Ostala lica ne mogu uzeti branioca osumnjičenom, odnosno, optuženom. Osumnjičeni, odnosno, optuženi kome je ukazano na mogućnost uzimanja branioca, može odgovoriti da mu branilac u tom momentu nije potreban ili da o tome želi da razmisli i da se izjasni kasnije, a donijetu odluku može u svako doba izmijeniti. Ovlašćena lica mogu uzeti branioca osumnjičenom, odnosno, optuženom bez obzira na to da li se radi o fakultativnoj ili obaveznoj obrani i bez obzira na to da li se osumnjičeni, odnosno, optuženi nalazi na slobodi ili u pritvoru. Osumnjičeni, odnosno, optuženi može odbiti branioca koga su mu ovlašćena lica izabrala, kako kod obavezne, tako i kod fakultativne obrane. Na mjesto branioca koga su ovlašćena lica izabrala, osumnjičeni, odnosno, optuženi može izabrati drugog branioca, a može ostati i bez branioca. No, ako je u pitanju obavezna obrana, organ pred kojim se vodi postupak odrediće po službenoj dužnosti drugog branioca koga se osumnjičeni, odnosno, optuženi ne može odreći, dok sam ne imenuje branioca. Ovlašćena lica mogu odrediti branioca i onom osumnjičenom, odnosno, optuženom koji već ima branioca. Osumnjičeni, odnosno, optuženi koji ne želi da zadrži oba branioca, može opozvati jednog ili drugog. Prije donošenja naredbe o sprovodenju istrage branilac može prikupljati podatke o dokazima koji su u korist osobe protiv koje se očekuje pokretanje krivičnog postupka, kako bi u eventualnom krivičnom postupku mogao raspolagati dokazima. U tom smislu može se razgledati mjesto izvršenja krivičnog djela, razgovarati sa osobama koje su prepostavljeni svjedoci krivičnog djela, tražiti savjete i mišljenja osobe koje raspolažu stručnim znanjem oko utvrđivanja činjenica vještačenjem, prikupljati različite isprave, tehničke snimke i sl.⁹⁰ Branilac je samostalan subjekt krivičnog postupka, ali nema sopstveni subjektivitet, već on crpi ovlašćenja iz prava osumnjičenog, odnosno, optuženog koji je stranka u postupku. Takav status se jasno odražava i na funkciju branioca, jer on može sve ono što može i osumnjičeni, odnosno, optuženi, ali ne može ništa protiv njihove volje (osim ako je osumnjičeni, odnosno, optuženi maloljetnik). Status i ovlašćenja branioca su istovjetni i kada je izabran i kada je postavljen. Osumnjičeni, odnosno, optuženi ili ovlašćeno lice mora izdati punomoć jednom advokatu koga uzima za branioca, u vidu posebnog akta ili u zapisnik kod organa pred kojim se vodi postupak, koje služi braniocu kao legitimacija u procesu.

1.2.Ko ne može biti branilac?

Apsolutno su isključena od obavljanja funkcije branioca⁹¹ lica navedena u Zakonu od kojih su neka oštećeni, bračni odnosno vanbračni drug oštećenog ili tužitelja, ili njihov srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, u pobočnoj liniji do četvrtog stepena ili po tazbini do drugog stepena i dr. Sud ta lica ne može imenovati za branioca po službenoj dužnosti niti ih osumnjičeni, odnosno, optuženi može uzeti za branioca. Ograničenja koja su postavljena u stavu 1. odnose se, prema tome, na svakog branioca, bez obzira da li ga je uzeo osumnjiči, odnosno, optuženi ili lica iz člana 39. stav 3., odnosno, ili je postavljen po službenoj dužnosti.

U članu 41. stav 2. odnosi se kako na lice koje je u momentu pozivanja bilo branilac, tako i na lice koje poslije pozivanja u svojstvu svjedoka, osumnjičeni, odnosno, optuženi želi da uzme za branioca. Funkcija svjedoka je nezamjenjiva i ide ispred funkcije branioca: već izabrani branilac mora da napusti svoju funkciju, a pozvani svjedok ne može da se primi te funkcije.

U predmetu "Tužilac protiv B. S. i dr.", Tribunal u Hagu je po zahtjevu tužioca da riješi sukob interesa vezan za postavljenje jednog od branilaca, istakao da sukob interesa između branioca i klijenta postoji u bilo kojoj situaciji u kojoj, pod određenim okolnostima,

⁹⁰ Hajrija Sijerčić-Čolić,Krivično procesno pravo I,Pravni fakultet Sarajevo,str.190.

⁹¹ ZKP Bosne i Hercegovine (Član 41.)

zastupanje od strane advokata izaziva predrasude ili može izazvati predrasude vezane za interes klijenta ili u širem smislu interes pravde. S obzirom na mogućnost da se branilac u toku postupka može pozvati kao svjedok, tužilac je tražio njegovo isključenje. U ovom slučaju je raspravno vijeće stalo na stanovište da član 9(5) (b) (ii) Kodeksa ponašanja koji garantuje pravo na izbor branioca ima prevagu, te je naložio braniocu da u roku od sedam dana obezbijedi potpunu i pisano izjavu optuženog da je saglasan sa nastavkom rada advokata.

Zakon, međutim, ne propisuje da ne može biti branilac lice pozvano na glavni pretres kao vještak. To znači da ovo pitanje nema značaja s obzirom da su branilac i vještak zamjenjivi, pa će se u slučaju da je lice o kojem se radi već branilac, tražiti drugi vještak, a ako je lice koje je u pitanju već vještak, tražiće se drugi branilac. Odredba ne znači da se ove funkcije mogu spojiti. U toku sprovođenja krivičnog postupka branilac ima određena prava i dužnosti, bez obzira da li ga je izabralo okrivljeno ili lice ovlašteno za izbor branioca, ili je postavljen po službenoj dužnosti.

Branilac je ovlašten da u korist okrivljenog preduzima sve radnje koje može preduzimati i okrivljeni. Radi uspješne realizacije formalne odbrane predviđeno je da branilac ima pravo da prisustvuje ispitivanju okrivljenog, kao i izvođenju drugih dokaza u prethodnom postupku, kao što je saslušanje svjedoka i vještaka, vršenje uviđaja pronalaženje materijalnih dokaza putem pretresanja stana i lica i sl. Branilac, nadalje, ima pravo da predlaže izvođenje dokaza radi utvrđivanja činjenica koje idu u korist okrivljenog. On, takođe, ima pravo da u toku krivičnog postupka razmatra krivične spise, kao i da razgleda prikupljene predmete koji služe kao izvor materijalnih dokaza. Isto tako, branilac ima pravo da se dopisuje i razgovara sa okrivljenim bez nadzora, ako se ovaj nalazi u pritvoru. Najzad, branilac ima pravo da u korist okrivljenog podnosi sva pravna sredstva, tj. redovne i vandredne pravne lijekove, pritužbe, prigovore i sl. Nakraće rečeno, branilac je ovlašten da može u korist okrivljenog preduzimati sve radnje koje može vršiti i okrivljeni, s tim što ne može preduzimati one radnje za koje postoji izričito protivljenje okrivljenog. Postoje izvjesni problemi koji se javljaju kod branilaca. Naime, oni branioci koji su angažovani po službenoj dužnosti prije svega kada se radi o zastupanjima za krivična djela ratnog zločina, ne mogu da naplate svoje usluge od strane suda. To je slučaj u gotovo svim dijelovima BiH za predmete ratnih zločina koji se vode pred lokalnim sudovima. Advokati po službenoj dužnosti koji brane optužene za ratne zločine na lokalnim sudovima žale se da nisu plaćeni za svoj rad. Problem neredovne i umanjene isplate, tvrde, posebno je izražen u Okružnom sudu u Trebinju i Osnovnom sudu u Brčko Distriktu. Predstavnici kantonalnih i okružnih sudova na području Federacije, Republike Srpske i Brčko Distrikta koje je *Justice Report* posjetio tvrde da plaćaju branioce "u skladu sa finansijskim sredstvima koja imaju" te da to ovisi o budžetu koji dobiju za tu godinu. Postoje situacije gdje tvrde pojedini advokati (Okružni sud u Trebinju), neće da finansira odbranu po službenoj dužnosti, tako da ostaje da to "advokat radi iz moralne obaveze". U pojedinim gradovima BiH, opet, tvrde da dobiju manju sumu novca u odnosu na zarađenu.⁹² Osim problema naplate sredstava, advokati često ističu da su u neravnopravnom položaju u odnosu na tužilaštva jer nemaju istražitelje i opremu za odgovarajuću pripremu, što opet, prema njihovim tvrdnjama, ponovo proističe iz nedostatka materijalnih sredstava, ali dovodi u pitanje princip jednakosti pred sudom.

Osim prava, branilac ima i dužnosti. Osnovna dužnost branioca je da postupa savjesno u zaštiti interesa okrivljenog i da čuva kao tajnu sve što je saznao od okrivljenog, tj. ono što mu je okrivljeni povjerio kao svom braniocu. Takođe, branilac okrivljenog je dužan da u vršenju formalne odbrane iznosi samo istinito saznanje o činjenicama, zbog toga što je

⁹² Lokalno pravosuđe pod lupom: Odbrana, 23 april 2008(*Justice Reporta. Justice Report je online publikacija BIRN-a BiH*).

branilac po pravilu advokat. Dakle, branilac ima pravo da prečuti i da ne iznese dokaze koje idu na štetu okrivljenog, ali je dužan da iznese i prezentira sudu samo istinito stanje o činjenicama. Branitelj mora predati punomoć za zastupanje prilikom preuzimanja prve radnje u postupku (član 39. Stav 4.), za razliku od dosadašnje prakse kada je okrivljeni mogao dati i usmenu punomoć branitelju na zapisnik, kako kod o.u.p., tako i kod suda pred kojim se vodi postupak.

Zakon o krivičnom postupku pred sudom BiH dopušta mogućnost da više osumnjičenih ima, odnosno, optuženih mogu imati zajedničkog branitelja (član 40.), osim ako branitelja postavlja sud u skladu sa članom 45. i 46. ovog zakona. Međutim, ovo pitanje drugačije riješava Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine, tako što je članom 36. propisano da više osoba može imati jednog branitelja ako se protiv njih ne vodi krivični postupak za isto krivično djelo. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, zbog izmijenjenih ovlasti tužitelja i bitno drugačije procedure, predviđa i jednu novu, znatno aktivniju ulogu i zadaću branitelja u postupku. Branitelj sada mora, zastupajući osumnjičenog, odnosno, optuženog preuzimati sve neophodne radnje u cilju utvrđivanja činjenica, prikupljanja dokaza koji idu u korist osumnjičenog odnosno optuženog kao i zaštite njegovih prava. Ova obaveza branitelja postoji i ne prestaje ni u slučaju opoziva punomoći, sve dok sudija, odnosno, vijeće ne razriješi branitelja njegovih prava i dužnosti. Ove odredbe upućuju na zadatak branitelja da u svakoj fazi postupka, počev od sprovođenja istrage, pa sve do okončanja pretresa, pa čak i nakon toga preuzima aktivne radnje u cilju utvrđivanja činjenica i prikupljanja dokaza koji idu u korist osumnjičenog odnosno optuženog. Nadalje, branitelj kojeg je postavio Sud može zatražiti da bude razriješen dužnosti branitelja, na način predviđen zakonom, o čemu odlučuje Sud i to u toku istrage sudija za prethodni postupak, nakon podizanja optužnice – sudija za predhodno saslušanje, a u toku glavnog pretresa sudija, odnosno vijeće. S tim u vezi, osim razloga koji postoje u zakonu, i razlozi koje ima u vidu Kodeks advokatske etike, mogu opravdavati pravo branitelja da traži da bude razriješen dužnosti branitelja. S druge strane, Sud takođe odlučuje o razrješenju branitelja, kada na traženje osumnjičenog, odnosno, optuženog ili uz njegovu saglasnost, razrješava postavljenog branitelja koji neodgovorno vrši svoju dužnost.

2.Uloga branioca u prethodnom krivičnom postupku

Obzirom na pravo osumnjičenog, odnosno, optuženog da može imati branitelja u toku cijelog postupka, to bi trebalo značiti njihovo pravo da ih branitelj zastupa u toku cijele istrage, uključujući prikupljanje i čuvanje izjava i dokaza. S tim u vezi u članu 58. st. 1. tačka j., vezano za naredbu za pretresanje, koju izdaje Sud po članu 53.zakona, ova naredba između ostalog sadrži pouku da osumnjičeni ima pravo obavjestiti branitelja, ali da se pretresanje može izvršiti i bez prisustva branitelja, ako to zahtjevaju izuzetne okolnosti. Međutim, "ako to zahtijevaju okolnosti" preširoko je postavljena oodrednica, tako da u praksi to može biti arbitarna odluka nekog subjekta koji donosi odluku o tome, a takva odluka može biti izraz zloupotrebe tog subjekta u postupku. Najznačajniju novinu u zakonu sigurno predstavlja *ovlaštenje tužitelja* da u istrazi vrši ispitivanje osumnjičenog i s tim u vezi postoji obaveza tužitelja da na početku ispitivanja, nakon što saopći osumnjičenom za koje se krivično djelo tereti i osnove sumnje protiv njega, da ovaj može uzeti branitelja po svom izboru koji može biti prisutan njegovom ispitivanju kao i da ima pravo na branitelja bez naknade u slučajevima predviđenim ovim zakonom.⁹³

Međutim, javljaju se i problemi kod većine branilaca angažovanih po službenoj dužnosti kod naplate sredstava, sa kojima se susreću širom BiH, odbrane optuženih za ratne

⁹³ Komentar Zakona o krivičnom postupku BIH 2005,-Savjet Vijeća Evrope,Evropska komisija

zločine pred lokalnim sudovima često ističu da su u neravnopravnom položaju u odnosu na tužilaštva. Neravnopravnost proističe iz važećih zakona, po kojima advokati “nisu u mogućnosti da brzo, efikasno i u potpunosti prikupe sve dokaze” kao što to radi tužilaštvo. Prema postojećim zakonima, tužilaštvo ima istražitelje, stručne saradnike, dok Zakon o advokaturi dozvoljava “samo pripravnika i to dvije godine do polaganja pravosudnog ispita”. “Nakon potvrđivanja optužnice branici nisu u mogućnosti da valjano pripreme odbranu“. Sve se radi neorganizованo i bojim se da bivaju povrijedena prava optuženog na pravično suđenje.⁹⁴

Izjavu o krivnji optuženi daje sudiji za predhodno saslušanje u prisusutvu tužitelja i branitelja i premda sud razmatra izjavu o priznanju krivnje i provjerava da li se do izjave o priznanju krivnje došlo dobrovoljno, svjesno i sa razumjevanjem, kao i da li postoji dovoljno dokaza o krivnji optuženog, uticaj i pritisak tužitelja može biti odlučan kod davanja ovakvih izjava, nekad iniciran sa jednim ciljem „da se spasi slučaj“ naročito u onim situacijama kada su dokazi kojima tužitelj raspolaže upitni, a zato vrijeme pritvor duže traje. Naravno da je u tom slučaju i branitelj izložen velikom pritisku i da je na njemu izuzetna odgovornost prilikom savjetovanja klijenta, da li prihvati sporazum o krivnji, pod kojim uvjetima prihvati priznanje krivnje, a posebno što ovaj sporazum o priznanju krivnje, znači i odricanje od prava na suđenje. I po postojećoj proceduri branitelji nekad, doduše rijetko, imaju loša iskustva sa sudom i tužiteljem, češće sa sudom, u smislu indirektnog uticaja na odbranu, da branitelj insistira kod okriviljenog na priznanju krivnje, a za uzvrat da će okriviljeni biti uvjetno ili blaže kažnen, kao i da se tužitelj „neće žaliti“ na takvu presudu. Proces pregovaranja o uslovima priznanja krivice stranke i branilac mogu započeti u svim fazama krivičnog postupka. Krajnji cilj pregovaranja o krivici je zaključenje sporazuma o uslovima priznanja krivice, ugovora u pismenom obliku koji sačinjavaju i potpisuju tužilac, osumnjičeni, odnosno optuženi i njegov branilac. U toku provođenja istrage branilac ima pravo prisustvovati ispitivanju osumnjičenog. Prije prvog ispitivanja osumnjičenog, mora se poučiti da može uzeti branjoca po svom izboru koji može biti prisutan njegovom ispitivanju.⁹⁵ U postupku optuživanja branilac ima pravo da prisustvuje izjašnjenju o krivnji, da izvrši uvid u sve spise i dokaze, predloži sudske osiguranje dokaza i podnese prigovore na optužnicu.⁹⁶ Prisustvo branjoca prilikom preduzimanja procesnih radnji vezanih za ovu procesnu ustanovu, ako nije ranije izabran ili postavljen, ponovo se cijeni prema zakonskim uslovima iz člana 45. stav 5. i člana 46. Učešće suda u fazi pregovaranja o uslovima priznavanja krivice potpuno je isključeno. Procesna aktivnost suda počinje tek kada se sporazum sačinjen u zakonskoj formi dostavi na razmatranje.

Predmet sporazuma su uslovi pod kojima osumnjičeni, odnosno, optuženi priznaje krivicu, a oni se prvenstveno odnose na vrstu i visinu krivičnopravne sankcije. Može se dogоворити izricanje kazne ispod zakonskog minimuma primjenom odredbi o ublažavanju kazne, blaže vrsta kazne, npr. izricanje novčane kazne, umjesto kazne zatvora ili pak blaže vrsta krivičnopravne sankcije, npr. uslovna osuda umjesto kazne zatvora ili novčane kazne. Zakon ne ograničava stranke i branjoca da krivičnopravnu sankciju precizno odrede, npr. šest mjeseci zatvora ili novčanu kaznu u iznosu od 5.000,00 KM. Ako se prilikom pregovaranja uzmu u obzir kazneni okviri koje prihvata aktuelna sudska praksa onda se smanjuje rizik odbacivanja sporazuma od strane suda. Tužilac može ponuditi izricanje kazne ispod zakonskog minimuma primjenom odredaba o ublažavanju kazne ili povoljniju varijantu, izricanje blaže vrste krivičnopravne sankcije. Predmet sporazuma mogu biti i mjere

⁹⁴ Erna Mačkić je novinarka Justice Reporta. Justice Report je online publikacija BIRN-a BiH. Ovaj tekst je dio serije članaka koju BIRN Justice Report realizira u okviru projekta “Lokalno pravosuđe pod lupom”. Projekt su podržali građani Sjedinjenih Američkih Država kroz USAID u BiH.

⁹⁵ Čl.78.st.2.tač.b)ZKP BiH.

⁹⁶ Čl.226.st.2.i 3,čl.229.st.1. i čl.233.ZKP BiH.

bezbjednosti koje predstavljaju jednu od krivičnopravnih sankcija propisanih zakonom (v. čl. 5. KZ BiH). Naravno, stranke i branilac prilikom sačinjavanja sporazuma moraju poštovati materijalnopravne odredbe, odnosno kretati se u okviru KZ BiH.

Položaj osumnjičenog i njegovog branioca u istražnom postupku je takođe izmijenjen te su novim Zakonom o krivičnom postupku osumnjičenom već od samog početka istrage zagarantovana njegova prava u smislu procesnih garancija koje su ranije važile tek od prethodnog krivičnog postupka dok takvih garancija nije bilo u ranijem predkrivičnom postupku. Sada osumnjičeni već od prvog pojavljivanja pred tužiocem ili ovlaštenim službenim licima mora biti poučen o svojim pravima te su mu prilikom ispitivanja obezbijeđena sva prava počev od prava na branioca do prava da se brani čutanjem. Na taj način osumnjičenom su zagarantovana sva njegova prava već od samog početka istražnog postupka.⁹⁷

Kada je u pitanju uloga branioca u istražnom postupku, ona je takođe doživjela izvjesne promjene koje suštinski predstavljaju posljedicu već navedene sublimacije ranijeg predkrivičnog i prethodnog krivičnog postupka u jednu i jedinstvenu istragu, te sa jedne strane omogućava branioncu da od trenutka saznanja za istragu, preduzima sve radnje u cilju utvrđivanja svih činjenica i pribavljanja dokaza koji idu u korist osumnjičenog, da već od prvog pojavljivanja osumnjičenog pred tužiocem ili ovlaštenim službenim licima razvija strategiju odbrane i daje aktivnu odbranu osumnjičenog uz određena ograničenja koja se uglavnom odnose na tajnost istrage i dokaze koji idu na štetu osumnjičenog. Osumnjičeni, odnosno, optuženi koji se nalazi u pritvoru ima pravo odmah komunicirati sa braniteljom, usmeno ili pismeno, pri čemu nije od značaja da li je osumnjičeni već saslušan. Tokom ovog razgovora osumnjičeni, odnosno, optuženi i branitelj mogu biti promatrani, ali se ne smije slušati njihov razgovor (čl.48). Međutim, odbrana izražava bojazan u pogledu primjene ove odredbe, posebice imajući u vidu odredbu čl.42. Zakona kada se može isključiti branitelj koji zloupotrebljava kontakt sa osumnjičenim, odnosno, optuženim u pritvoru kako bi osumnjičeni počinio krivično djelo ili ugrozio sigurnost ustanove u kojoj se pritvor izvršava. S tim u vezi postavlja se pitanje odakle saznanje o tome za ovakva ponašanja branitelja bez obzira na eventualni vizuelni nadzor branitelja i njegovog klijenta. Očigledno je da su u tom slučaju primijenjene posebne istražne radnje koje ima u vidu čl.116. Zakona o krivičnom postupku, kao npr.nadzor i tehničko snimanje prostorija, koje se izgleda ne ograničava samo na vrijeme dok je osumnjičeni na slobodi. Postavlja se pitanje legalnosti ovih radnji u vrijeme komunikacije branitelja i klijenta, obzirom na povjerljivost ovih razgovora. Posljedice isključenja branitelja po odbranu mogu biti vema štetne i takve su da branitelj ne može braniti osumnjičenog, odnosno, optuženog, ne samo u tom, nego i u nekom drugom postupku, što smatram da može otvoriti široku mogućnost zloupotreba isključenja branitelja koja može skrivati namjeru ili tendenciju da se iz predmeta eliminira kvalitetan, dosljedan i uporan branitelj, posebno iz razloga što žalba protiv rješenja o isključenju nije dopuštena. U toku istrage osumnjičeni kao i njegov branitelj imaju pravo razmatrati spise i razgledati pribavljenе predmete koji mu idu u korist, osim ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage.⁹⁸ U odnosu na Zakon o krivičnom postupku Federacije BIH (čl.124.) čija odredba dopušta svakome ko ima opravdani interes da vrši razmatranje i prepisivanje pojedinih krivičnih spisa, pravo okriviljenog koji to pravo stiče kada je ispitani, a branitelja prema uvjetima iz člana 69. zakona da razmatra spise i razgleda pribavljenе predmete koji služe kao dokaz, bez obzira da li idu u korist ili na štetu okriviljenog, predstavljaju značajan korak unazad kada se radi o pravima odbrane i dovode odbranu u poziciju koja joj ne omogućuje jednak položaj pri preduzimanju svih procesnih radnji i

⁹⁷ MODUL-Uloga stranaka krivičnog postupka u istražnom postupku(www.pravo.hr)

⁹⁸ Članom 78.stav 2.tačka d.Zakona ovo je propisano kao pravo osumnjičenog,a članom 47.stav 1. kao pravo branitelja.

dozvoljava diskriminaciju među strankama. Na ovaj način se narušava načelo ravnopravnosti stranaka: da svaka stranka, odbrana jednako kao tužitelj, ima iste mogućnosti da izloži svoje argumente, a tužitelj se stavlja u poziciju da ima važnu i značajnu prednost u odnosu na odbranu.

Smatram da jedino kao *lege ferenda* odbrana može imati „osjećaj“, koji dokazi idu u prilog osumničenog ili optuženog, a koji ne. Stoga je pitanje u kojoj mjeri ovaj hendikep odbrane može biti nadomješten kroz pravo i obavezu odbrane iz člana 50. Zakona, kroz obavezu branitelja da preduzima sve neophodne radnje u cilju utvrđivanja činjenica i prikupljanju dokaza koji idu u korist osumnjičenog odnosno optuženog, pogotovo što je odbrana i do sada imala pravo i mogućnost utvrđivati činjenice i prikupljati dokaze koji joj idu u korist, i to joj pravo nijednom odredbom Zakona do sada nije bilo zabranjeno.

Osumnjičeni, odnosno, optuženi, kao i njegov branitelj, tek nakon podizanja optužnice imaju pravo uvida u sve spise i dokaze (čl.226. stav 2.), do tada ne, što smatram da je izuzetna prednost tužitelja. Pravo branitelja da pregleda spise i dokumentaciju postoji po čl.47.stav2. Zakona, ali ne u pogledu dokaza koji idu na teret osumnjičenog. Postavlja se pitanje da li će odbrana imati dovoljno vremena, po saznanju za sve dokaze koji stoje protiv njega, za pribavljanje protivdokaza, pogotovo kada se optuženi nalazi u pritvoru i kada postoji konkurenčija interesa odbrane, s jedne strane za što bržim suđenjem, a s druge strane da se pribave i izvedu dokazi u cilju dokazivanja nevinosti optuženog. Ovakvi interesi mogu doći u ozbiljnu koliziju, kada u interesu bržeg okončanja postupka i eventualnog ukidanja pritvora koji je za optuženog postao nepodnošljiv odbrana stavi u drugi plan „fer“ i pravično suđenje optuženom koje tada prestaje biti. Čest prigovor branilaca da su u lošoj poziciji od tužilaštva može se čuti u sudovima u BiH. Predstavnici suda žale se da advokati “nemaju sredstva da adekvatno spreme odbranu”, te zbog toga sud vrlo često o svom trošku poziva svjedoke i vještace. Sama činjenica da iza tužilaštva stoji institucija kao što je policija dovoljno govori o neravnopravnosti odbrane.⁹⁹

Nemaju mogućnosti da vode ravnopravne istrage jer uvijek nailaze na otpore kod državnih organa u prikupljanju određenih podataka, dodajući da bi vid rješenja možda bio moguć kroz osnivanje istražnih centara za odbranu koji bi bili jedinstveni za određena područja.¹⁰⁰

Pored istražnih organa koji aktivno učestvuju u istrazi, tj.rukovode istragom i izvode istražne radnje, u istrazi mogu učestvovati i krivično procesne stranke. Aktivnost stranaka u istrazi realizuje se u formi stavljanja prijedloga za izvođenje pojedinih istražnih radnji ili u neposrednom prisustvovanju izvođenju nekih radnji. Naime, zakonom je predviđeno da stranke, branilac i ošteeni mogu u toku istrage stavljati konkretnе prijedloge istražnom sudiju da se izvedu pojedine istražne radnje. Ako se istražni sudija ne složi sa prijedlozima nadležnog tužioca ili okrivljenog, odnosno, branioca o izvođenju pojedinih istražnih radnji, zatražiće da o tome odluči vijeće nadležnog suda. Tužilac, oštećeni, okrivljeni i branilac mogu prisustvovati uviđaju i saslušanju vještaka. Tužilac, okrivljeni i branilac mogu prisusutvovati i pretresu stana. Najzad, predviđena je mogućnost prisustva tužioca, okrivljenog i branioca saslušanju svjedoka i to u slučaju kad je vjerovatno da svjedok neće doći na glavni pretres, kad istražni sudija nađe da je njihovo prisusutvo cijelishodno.

⁹⁹ Justice Report je online publikacija BIRN-a BiH.

¹⁰⁰ BIRN Justice Report realizira u okviru projekta “Lokalno pravosuđe pod lupom”. Projekt su podržali građani Sjedinjenih Američkih Država kroz USAID u BiH.

3.Uloga branioca na glavnom pretresu

Glavni pretres počinje čitanjem optužnice, nakon toga tužitelj ukratko iznosi dokaze na kojima zasniva optužnicu, a poslije toga optuženi ili njegov branitelj mogu izložiti odbranu i ukratko iznijeti dokaze *in favorem* optuženog. Na glavnem pretresu prisustvo branioca je obavezno, kako kad se radi o postavljenom braniocu, tako i onda kad branilac nastupa na osnovu punomoći. Zbog toga, ako branilac ne dođe na glavni pretres, glavni pretres će se odložiti.¹⁰¹ Ovakva izjašnjenja stranaka i branitelja, zatim tok dokaznog postupka koji nakon toga slijedi, pokazuje da se od početka glavnog pretresa razvija spor između tužitelja i optuženog, odnosno optužbe i odbrane. Izvođenje dokaza na glavnem pretresu je primarno dužnost stranaka (dominira raspravno načelo), a supsidijarno je obaveza suda. Zbog toga, pravila postupka predviđaju izvođenje dokaza na glavnem pretresu onim redoslijedom po kome se upravo daje inicijativa suprotnim strankama u postupku: dokazi optužbe, dokazi odbrane, dokazi optužbe kojima se pobijaju navodi odbrane, odnosno, dokazi odbrane kojima se iznose odgovori na pobijanje, dokazi čije je izvođenje naredio sud, kao i sve relevantne informacije koje mogu pomoći sudiji, odnosno, vijeću pri odmjeravanju krivičnopravne sankcije. Prema tome, pravila postupka predviđaju ne samo da stranke i branitelj mogu izvoditi dokaze, već je uz to sudu omogućeno da izvodi dokaze onda kada smatra da je to potrebno. Dokazi se izvode prema modelu, tzv. unakrsnog ispitivanja, a u toku tog ispitivanja ili pošto je završeno (stranke i branitelj završili glavno, odnosno direktno i unakrsno ispitivanje) sud može postavljati pitanja kako bi se otklonile praznine, nejasnoće ili protivrječnosti u kazivanju svjedoka ili vještaka. Sam način ispitivanja svjedoka ili vještaka je kao u angloameričkom sistemu. Svjedok ili vještak ne mogu davati iskaze u formi pripovijedanja, kao što su to omogućavala ranija procesna pravila, već daju odgovore na pitanja stranaka i branitelja, a po potrebi i suda.

3.1.Nedolazak branioca na glavni pretres

Nema nikakve dvojbe da se ova odredba treba primijeniti i na situaciju kada branitelj dođe na glavni pretres, ali ga onda napusti bez odobrenja sudske vijećnice, odnosno, predsjednika vijeća. U obje navedene situacije sudske vijećnice, odnosno, predsjednik vijeća će u smislu ove zakonske odredbe odložiti glavni pretres, a ovo tim prije, jer je optuženom zagarantovano pravo na formalnu odbranu (čl. 7. st. 1.). Postoji obaveza sudske vijećnice, odnosno, predsjednika vijeća, da pozove branitelja optuženog da objasni razloge nedolaska na glavni pretres ili razloge napuštanja glavnog pretresa, kako bi odlučio da li branitelj treba biti kažnjen¹⁰². Prepostavke za kažnjavanje branitelja jesu da u predmetu postoji uredna punomoć za zastupanje optuženog ili rješenje o postavljenju branitelja po službenoj dužnosti, da je branitelj uredno pozvan na glavni pretres i da je sa glavnog pretresa neopravdano izostao ili ga napustio. Izjava branitelja o izostanku sa glavnog pretresa ili njegovom napuštanju treba biti unesena u poseban zapisnik, kako bi se u slučaju potrebe naknadno mogla provjeriti njena sadržina. Ukoliko branitelj ne pristupi radi davanja izjave, već umjesto toga dostavi sudske vijećnice, odnosno, predsjedniku vijeća podnesak u kome iznese razloge izostanka sa glavnog pretresa, ovo također može predstavljati osnovu za odlučivanje u smislu ove zakonske odredbe. Kada se ispunje naprijed navedene prepostavke za odlučivanje, sudske vijećnice, odnosno predsjednik vijeća će odlučiti o tome da li branitelj treba biti kažnjen. Ako nađe da je branitelj neopravdano izostao sa glavnog pretresa ili ga neopravdano napustio, sudske vijećnice, odnosno predsjednik vijeća može ga

¹⁰¹ Čl.248.st.1.ZKP BiH.

¹⁰² ZKP Bosne i Hercegovine (član 228.)

kazniti novčanom kaznom do 5.000 KM. O tome mora donijeti rješenje protiv koga je dozvoljena žalba (čl. 318. st. 1.). Kada se branitelj novčano kazni zbog neopravdanog izostanka sa glavnog pretresa, sudija, odnosno, predsjednik vijeća će po pravomoćnosti rješenja o tome obavijestiti advokatsku komoru čiji je član kažnjeni branitelj.

Ako se radi o branitelju postavljenom po službenoj dužnosti, moguće su situacije da on bude razriješen iz nekih razloga. Tada se optuženom rješenjem postavlja novi **branitelj** na način predviđen u članu 45. stav 6. i članu 46. stav 1. Odredba stava 3. ovog člana propisuje da se novom branitelju mora ostaviti dovoljno vremena za pripremanje odbrane, a da taj vremenski period ne može biti kraći od 15 dana, ako se radi o krivičnom djelu s propisanom kaznom zatvora deset godina ili težom kaznom. Pošto je ova pogodnost ustanovljena *in favorem* optuženog, moguće je da se on, ako to želi, odrekne tog prava. Takvo njegovo odricanje može imati dejstvo uz dodatni uslov, da se sudija, odnosno predsjednik vijeća uvjeri da kraće vrijeme za pripremu odbrane neće uticati na pravo optuženog na pravedno suđenje u smislu člana 6. stav 1. EKLJP.

Glavni pretres se može održati ako su došla lica čije je prisustvo obavezno i neko od svjedoka optužbe, odnosno odbrane, jer su ispunjeni zakonski uslovi da stranke započnu sa izvođenjem svojih dokaza. Dakle, suđenju moraju prisustvovati tužilac, optuženi, branilac ako je izabran ili postavljen, svi ili pojedini svjedoci i vještaci kako bi jedna od stranaka, u pravilu tužilac, započela sa izvođenjem svojih dokaza. Glavni pretres treba da počne i završi se u kontinuitetu, sa kraćim prekidima radi pribavljanja novih dokaza, pripremanja optužbe ili odbrane, ponovnim pozivanjem svjedoka i vještaka, ako su izostanak opravdali ili nisu uredno pozvani ili njihovim prinudnim dovođenjem. Konačnu odluku o pozivanju ili nepozivanju lica koja nisu pristupila na glavni pretres sudija, odnosno, predsjednik vijeća donijeće tokom suđenja na tom ili nekom od narednih pretresa.¹⁰³

Procesna aktivnost sudije, odnosno predsjednika vijeća se nastavlja upućivanjem svjedoka i vještaka u posebnu prostoriju dok ne budu pozvani da svjedoče i upozorenjem da svjedoci međusobno ne razgovaraju o svojim iskazima dok čekaju van sudnice. Praktično, nemoguće je spriječiti razgovor i dogovaranje svjedoka prije ulaska u sud, ali svrha se postiže mjerama u sudu, jer svjedoci van sudnice ne znaju koja su pitanja postavljena svjedoku u sudnici prilikom direktnog i unakrsnog ispitivanja. Svakako, saslušani svjedoci koje sudija, odnosno, predsjednik vijeća otpusti i ostanu ispred sudnice (v. čl. 271.) moraju biti pod nadzorom sudske policije kako bi se spriječio razgovor sa svjedocima koji nisu ispitani, a koji bi mogli uskladiti svoj iskaz sa prethodno saslušanim svjedocima (npr. izmijeniti, dodati ili prečutati neke činjenice). Pojedini vještaci mogu ostati i pratiti tok glavnog pretresa ako je to važno za njihov predmet vještačenja, ali samo po odobrenju sudije, odnosno, predsjednika vijeća, a na prijedlog stranaka i branioca. Dakle, sud ne može samostalno odobriti prisustvo vještaka u sudnici ako to prethodno ne predloži jedna od stranaka ili branilac. Prisustvo vještaka toku pretresa u sudnici može biti posebno korisno ako se izvode novi dokazi čiji je sadržaj bitan za predmet vještačenja, odnosno, iznošenje nalaza i mišljenja prilikom ispitivanja vještaka na glavnem pretresu.

3.2. Čitanje optužnice i dokazi optužbe i odbrane

Čitanje optužnice je isključivo pravo i obaveza tužioca. Čitanjem optužnice optuženi i branilac, učesnici u postupku i publika u sudnici upoznaju se sa glavnim predmetom krivičnog postupka. Odbrana, optuženi ili njegov branilac, mogu dati uvodno izlaganje, ali ih zakon ne obavezuje na iznošenje odbrane i dokaza koje će ponuditi u svojoj odbrani. Zbog toga, sud poziva optuženog, odnosno, branioca da se izjasne da li žele koristiti svoje pravo na

¹⁰³ Položaj branitelja u predhodnom postupku i na glavnem pretresu po novom ZKP-advokat Mustafa Bračković

izlaganje odbrane i iznošenje dokaza koje će ponuditi u svojoj odbrani. Ovo zakonsko rješenje je u skladu sa pravom optuženog da ne iznosi svoju odbranu koju je obezbijeđeno i u ovoj fazi krivičnog postupka. Naime, koristeći svoje pravo optuženi nije dužan da se izjasni o optužbi, a izlaganje odbrane i iznošenje dokaza odbrane poslije uvodnog izlaganja tužioca predstavlja direktno izjašnjenje o osnovanosti optužnice. Dakle, ovo pravo je alternativno određeno, dato je samo jednom od nosilaca odbrane koje u praksi u pravilu koristi branilac. Ukoliko optuženi želi iznijeti dokaze odbrane i njemu se mora dati pravo na uvodnu riječ, jer postoji opasnost od povrede prava na odbranu i jednakosti stranaka u postupku. Optuženi je nosilac materijalne odbrane i druga ravnopravna stranka u postupku koja ima isti pristup svim procesnim radnjama kao i tužilac, pa ravnoteža dvije suprotstavljenje stranke ne smije biti narušena. Ako obrana daje uvodnu riječ, onda na početku izlaganja u pravilu pomene nesporne dokaze optužbe i istovremeno navede dokaze odbrane iz kojih se može izvesti suprotan zaključak ili pravno povoljnija situacija za optuženog. Na ovaj način se dovode u sumnju najjači dokazi optužbe. Istovremeno, ovom prilikom uvijek treba podsjetiti sud da na odbrani nije teret dokazivanja nevinosti optuženog. Uvodno izlaganje mora biti efikasno, a to znači ukratko obavijestiti sud o tome koji će se dokazi izvesti u dokaznom postupku da bi se postigao krajnji cilj odbrane postavljen u uvodnom izlaganju i koji će biti predložen u završnoj riječi. Nikada se ne pominju pravno irelevantni dokazi, nedostupni dokazi, dokazi sumnjive dokazne vrijednosti ili odbrana optuženog, a još nije donešena konačna odluka da li će optuženi iznijeti svoju odbranu na glavnem pretresu ili ne.

3.3.Dokazni postupak

Prelazak na opšti, redovni krivični postupak ujedno znači da stranke i **branilac** nisu iskoristili procesnu mogućnost da se krivični postupak završi na jedan od tri načina u kojima ne dolazi do održavanja glavnog pretresa (priznanje krivice, sporazum o priznanju krivice ili izdavanje kaznenog naloga). Glavni pretres je najvažnija, centralna faza glavnog postupka u prvom stepenu i krivičnog postupka uopšte. Sam glavni pretres kao prva faza glavnog postupka podijeljen je u sedam odjeljaka od kojih najznačajnije mjesto zauzima dokazni postupak. Tokom dokaznog postupka preduzimaju se odlučujuće procesne radnje kojima se utvrđuju sve pravno relevantne činjenice i daju odgovori na sva pitanja materijalnopravne i procesnopravne prirode kako bi se donijela odluka o krivičnoj stvari (krivično djelo, krivična odgovornost i krivičnopravna sankcija). U dokaznom postupku, najvažnijem dijelu glavnog pretresa, određene su vrste i način preduzimanja procesnih radnji kojima se izvode dokazi i utvrđuju činjenice. Pravo je stranaka i branjoca da predlažu, pozivaju svjedočke, vještake i izvode svoje dokaze u skladu sa pravilima određenim ovim zakonom. Pozivanje svjedoka i izvođenje dokaza u smislu ove odredbe znači pozivanje predloženih svjedoka od strane suda i njihovo neposredno ispitivanje po pravilima utvrđenim ovim zakonom od strane tužioca, optuženog i branjoca, ali i suda. Dakle, svjedočke i druge dokaze na glavni pretres poziva sud, bez obzira ko je predložio izvođenje tih dokaza (v. čl. 168. st. 2.). Procesna radnja izvođenja dokaza u prvom redu je povjerena strankama i branjocu. Očigledno, dokazna inicijativa primarno je prenesena na stranke, dok je uloga suda neutralnija u odnosu na raniji sistem.¹⁰⁴ Predmet utvrđivanja u dokaznom postupku su procesno važne činjenice, pravno relevantne činjenice koje se odnose na učinjoca i bitne elemente krivičnog djela, krivičnu odgovornost i činjenice odlučne za odmjeravanje krivičnopravne sankcije.

Poslije ispitivanja u istrazi, izjašnjavanja o krivici nakon potvrđivanja optužnice i uvodnog izlaganja, ovo je nova prilika da optuženi iznese svoju odbranu. Međutim, optuženi se na glavnem pretresu pojavljuje u funkciji dokaznog sredstva kao i prilikom prvog

¹⁰⁴ Komentar Zakona o krivičnom postupku BIH 2005,-Savjet Vijeća Evrope,Evropska komisija

ispitivanja u istrazi ukoliko iznosi svoju odbranu. Dakle, njegova odbrana će biti predmet ocjene suda kao i svih drugih dokaza provedenih na glavnem pretresu. U ostalim procesnim situacijama optuženi se pojavljuje kao sredstvo odbrane, a kao druga procesna stranka u toj ulozi se pojavljuje prilikom izjašnjavanja o krivici, uvodnom izlaganju i završnoj riječi. Procesna radnja iznošenja odbrane optuženog na glavnem pretresu i njegovo ispitivanje može se obaviti samo ako to optuženi želi i ako se dobrovoljno podvrgne direktnom i unakrsnom ispitivanju. Prema tome, ukoliko optuženi želi iznijeti svoju odbranu na glavnem pretresu, on će je iznijeti u okviru dokaza odbrane, u formi slobodnog izlaganja i izjašnjavanja o optužnici i dokazima optužbe, po pravilima o izvođenja dokaza predviđenim ovim zakonom. To znači da će branilac optuženog ispitivanje izvršiti po pravilima direktnog ispitivanja, a tužilac, saoptuženi i njihovi branioci po pravilima unakrsnog ispitivanja, odnosno, u skladu sa odredbama člana 262. Saoptuženi koji nisu dali odbranu ne udaljavaju se iz sudnice jer je optuženom zabranjeno suđenje u odsustvu. Direktno ispitivanje (*direct examination*) je ispitivanje svjedoka od stranke, odnosno branioca koji je predložio i pozvao svjedoka kao svoj dokaz. Ovdje je svjedok u centru pažnje, iskaz koji daje je slobodan, predstavlja hronološki i logičan tok događaja. Svjedok daje iskaz u kontinuitetu koji se prekida pitanjem samo ako svjedok opisuje nebitne detalje ili se udalji od teme. Svakako, u svom iskazu svjedok treba pomenuti i loše strane kako bi se što manje prostora ostavilo za unakrsno ispitivanje. Tužilac u pravilu predlaže da se pozovu svi svjedoci jer ga na to obavezuju osnovni principi ovog zakona (jednakost u postupanju: s jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje činjenice koje terete osumnjičenog, odnosno, optuženog kao i one koje mu idu u korist), mada optužnica prije svega sadrži materijal koji potkrepljuje navode optužnice. Osim toga, tužilac u uvodnom izlaganju iznosi dokaze na kojima zasniva optužnicu. Logično i razumljivo je da se tužilac poslije potvrđivanja optužnice bavi dokazima optužbe, jer je njegov cilj da direktnim ispitivanjem svojih svjedoka, svjedoka optužbe, najsigurnije i najbrže dokaže osnovanost optužbe. Odbrana se bavi svojim svjedocima i dokazima u koje ulaze i dokazi koje su tužilac i sud dostavili odbrani u toku istrage, a idu u korist optuženom, s tim što postoji neznatna razlika u članu 262.stav 1. ZKP BD BiH koji prilikom ponovnog, dodatnog ispitivanja svjedoka dozvoljava stranci koja ga je direktno ispitala da u ponovnom ispitivanju postavlja pitanja, ne samo u okviru prethodno obavljenog unakrsnog ispitivanja, već to pravo proširuje i na pitanja u korist vlastitih tvrđenja. Na ovaj način svjedoku se omogućava da lakše objasni ranije tvrdnje i svoj iskaz vrati u kontekst¹⁰⁵.

Direktno, unakrsno i dodatno ispitivanje svjedoka, prava stranaka, branioca i suda predviđeni su na isti način kao u članu 262. ZKP BiH. V. komentar člana 262. ZKP BiH. Ipak, postoji neznatna razlika, jer član 277. stav 1. ZKP FBiH prilikom unakrsnog ispitivanja svjedoka suprotne stranke dozvoljava stranci, ne samo da postavlja pitanja u okviru prethodno obavljenog direktnog ispitivanja, već to pravo proširuje i na pitanja u korist vlastitih tvrđenja. Ovo zakonsko rješenje sprječava moguće procesne zloupotrebe jedne od stranaka, odnosno, branioca koje se sastoje u namjernom zaobilazeњu pojedinih pitanja prilikom direktnog ispitivanja kako bi takvom zloupotrebom ograničile obim unakrsnog ispitivanja. Na kraju, na ovaj način se osigurava pravo na pravičan postupak kroz jednakost stranaka u svakoj fazi krivičnog postupka, odnosno pravo na ispitivanje svjedoka pod istim uslovima¹⁰⁶.

Unakrsno ispitivanje (*cross examination*) je ispitivanje svjedoka od suprotne stranke, odnosno, branioca, to jest one stranke koja ga nije predložila kao svoj dokaz. Ovdje je ispitivač u centru pažnje. Krajnji cilj ovog ispitivanja je eliminisanje ili ublažavanje činjeničnog i pravnog značaja direktnog ispitivanja. Kroz unakrsno ispitivanje provjerava se vjerodostojnost i sigurnost, pouzdanost, iskaza svjedoka. Traže se greške, netačnosti, motivisanost, itd. Unakrsno ispitivanje se preduzima samo ako je svjedok nanio štetu teoriji

¹⁰⁵ ZKP BD BiH(razlika kod zakonskog rješenja u odnosu na ZKP BiH).

¹⁰⁶ ZKP FBiH(razlika kod zakonskog rješenja u odnosu na ZKP BiH).

predmeta, tezi optužbe, odnosno, odbrane. Suština tehnike unakrsnog ispitivanja je prepričavanje iskaza svjedoka od strane tužioca, odnosno, branioca koje svjedok potvrđuje ili negira zavisno od postavljenog cilja ispitivača. Ovdje je nosilac procesne aktivnosti sam ispitivač. Dakle, pripovijedanje tužioca, odnosno, branioca svjedok potvrđuje odgovorom «da» ili «ne», zavisno od toga šta je krajnji cilj ispitivanja, npr. «Vi ste dali iskaz u istrazi i ponovili na glavnem pretresu.», «Vi ste jedini očevidec događaja.», «Vi ste bili suvozač u vozilu optuženog», «Vi ste vidjeli vozilo stranih registarskih oznaka iz koga je u vozilo optuženog pretovareno nekoliko paketa»... i dobijete željeni odgovor «da» (npr. sumnja u tačnost iskaza svjedoka u krivičnom postupku zbog krivičnog djela neovlašteni promet opojnim drogama iz čl. 195. KZ BiH).

3.4. Saslušanje van sudnice

Ovdje se naglašava da se stranke, branilac i oštećeni uvijek moraju obavijestiti o vremenu i mjestu ispitivanja svjedoka, odnosno izvođenju rekonstrukcije sa posebnim uputstvom da stranke, branilac i svjedoci moraju prisustvovati ovom ispitivanju. Obavještenje se odnosi i na način ispitivanja svjedoka jer će se saslušanje provesti kao da se izvodi na glavnem pretresu, a to zahtijeva odgovarajuću pripremu stranaka i branioca¹⁰⁷.

Saslušanje van sudnice svjedoka, odnosno vještaka, način ispitivanja, mogućnost rekonstrukcije i obavezno prisustvo stranaka branioca i svjedoka, te pravila u pogledu ispitivanja maloljetnih svjedoka predstavljaju zakonski su riješeni isto kao u članu 272. ZKP BiH. Naravno, prilikom ispitivanja maloljetnika mora se imati u vidu životna starost, fizičko i psihičko stanje ili drugi opravdani interesi zbog kojih se svjedok može saslušati putem tehničkih uređaja za prenos slike i zvuka i bez prisustva stranaka i branioca u prostoriji gdje se svjedok nalazi, odnosno, saslušanju svjedoka putem audio-vizuelnih sredstava u svim fazama postupka, a obavezno saslušanje maloljetnih svjedoka ako nisu navršili šesnaest godina, ako su oštećeni krivičnim djelom i ako postoje osnove za strah da se svjedok neće moći saslušati na glavnem pretresu¹⁰⁸. Izmjena optužbe na glavnem pretresu je diskreciono pravo tužioca koje koristi kada ocijeni da se tokom dokaznog postupka izmijenilo činjenično stanje iznijeto u optužnici. To znači da sud ne može naložiti tužiocu izmjenu optužbe, niti se izmjena optužnice može vršiti prije izvođenja dokaza optužbe, odnosno, odbrane koji mogu da ukažu da se izmijenilo činjenično stanje izneseno u optužnici. Isto tako, za izmjenu optužnice nije neophodno da su izneseni novi dokazi koji su predloženi i izvedeni tek na glavnem pretresu, već je dovoljna nova subjektivna ocjena istih, tužiocu poznatih dokaza, koji su sada izvedeni na glavnem pretresu po pravilima direktnog i unakrsnog ispitivanja.

Zakon predviđa mogućnost odgađanja glavnog pretresa radi pripremanja odbrane jer se ne mogu vršiti obimnije izmjene koje zahtijevaju duže vrijeme za pripremu odbrane. Međutim, u istoj procesnoj situaciji Zakon ne predviđa mogućnost odgađanja glavnog pretresa radi pripremanja izmijenjene optužnice od strane tužioca, jer ograničenje u obimu izmjene optužbe ne zahtijeva posebno vrijeme za njenu izmjenu koja mora biti u okviru istog događaja koji je već iznesen u optužnici. Na drugoj strani, o pomenutoj fakultativnoj zakonskoj mogućnosti odgađanja glavnog pretresa radi pripremanja odbrane, sud odlučuje na prijedlog optuženog, odnosno, branioca. Povreda ovog prava predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tač. d). U slučaju izmjene optužbe, izmijenjena optužnica se ne dostavlja na potvrđivanje, a glavni pretres se nastavlja po redoslijedu koji je određen ovim zakonom ili koji je odredio sudija, odnosno predsjednik vijeća. Ako stranke i branilac nemaju

¹⁰⁷ ZKP Bosne i Hercegovine (član 272.)

¹⁰⁸ Čl. 104. ZKP FBiH

nove dokazne prijedloge ili njihov prijedlog bude odbijen, sudija, odnosno, predsjednik vijeća objavljuje da je dokazni postupak završen. Očigledno, pravo za dopunu dokaznog postupka je pravo stranaka i branioca, ali ne i pravo suda koje je praktično iscrpljeno na glavnom pretresu na kome se može donijeti odluka o izvođenju dokaza koje naredi sud.

Prema odredbama Povelje o ljudskim i manjinskim pravima svako ko je dostižan sudu ili drugom organu nadležnom da vodi postupak ne može se kazniti, ako mu nije bilo omogućeno da bude saslušan i da se brani. U skladu sa čl.304 ZKP optuženom se može suditi u odsustvu samo ako je u bjekstvu ili inače nije dostižan državnim organima, a postoje naročito važni razlozi da mu se sudi, iako je odsutan. Okriviljeni kome se sudi u odsustvu mora imati branioca čim se doneše rešenje o suđenju u odsustvu. Krivični postupak u kome je neko lice osuđeno u odsustvu ponoviće se i van redovnih uslova propisanih odredbama zakonika ako osuđeni i njegov branilac podnesu zahtev za ponavljanje postupka u roku od šest meseci od dana nastupanja mogućnosti da se osuđenom sudi u njegovom prisustvu. Maloletniku se ne može suditi u odsustvu. Problem predstavlja i odredba iz čl.71 st.5 ZKP-a po kojoj se branilac po službenoj dužnosti postavlja „za dalji tok krivičnog postupka do pravnosnažnosti presude, a ako je izrečena kazna zatvora od četrdeset godina – i za postupak po vanrednim pravnim lijekovima“. Nemogućnost postavljanja branioca po službenoj dužnosti u postupku po vanrednim pravnim lijekovima, osim u slučaju izricanja kazne od četrdeset godina zatvora (što je više izuzetak koji potvrđuje pravilo da branioca po službenoj dužnosti nema u trećem stepenu), u suprotnosti je sa praksom Evropskog suda za ljudska prava prema kojoj se okriviljenom mora obezbediti branilac i u postupcima pred *kasacionim sudovima*.

Rezultati istraživanja koje je Public Interest Law Initiative (PILI) sproveo u saradnji sa Komitetom pravnika za ljudska prava (JUKOM) i Centrom za proučavanje alternativa (CPA) 2004. godine ukazali su na postojanje ozbiljnih problema vezanih za pravnu pomoć u krivičnim predmetima. Naime, prema ovom istraživanju čak 24% od ukupnog broja okriviljenih u krivičnim postupcima nije imalo branioca tokom celog postupka, 14,8% od onih koji su osuđeni na bezuslovne kazne zatvora nije imalo branioca u toku cijelog postupka, a čak 54% okriviljenih nije imalo branioca prilikom prvog pojavljivanja pred istražnim sudijom.¹⁰⁹

Završna riječ¹¹⁰, završno izlaganje ili završni govor stranaka i branioca je posljednje, najznačajnije izlaganje poslije uvodnog izlaganja. Ona je kratka i precizna tako da na jasan način daje sliku i analizu kompletног dokaznog postupka.

Stranke i branilac iznose završne činjenične i pravne zaključke, predlažu prihvatanje ili odbijanje pojedinih dokaza, analiziraju i predlažu rješenja za pravne dileme materijalnog, odnosno, procesnopravnog karaktera. Zaključci prate uvodno izlaganje, daje se prikaz dokaza koji potvrđuju koncept optužbe, odnosno, odbrane predočen još u uvodnom govoru. Završna riječ počinje izlaganjem tužioca, zatim oštećenog, branioca i uvijek se završava izlaganjem koje pripada optuženom.

4.Sudska praksa: Da li advokat uvijek iskreno zastupa svog klijenta?

Za branioca je neprijatno ako mu sudija postavi pitanje brani li svog štićenika ili želi da bude osuđen, a još neprijatnije ako ga optuže da igra dvostruku igru – sa policijom i svojim branjenikom. Nisu rijetke situacije kad, prateći neki sudske postupak, šira, prije svega laička javnost, pomisli: da li advokat onim što iznosi brani svog klijenta ili želi da on bude osuđen?

¹⁰⁹ Dušan Ignjatović, Pravo na pravično suđenje

¹¹⁰ ZKP Bosne i Hercegovine (član 277.)

Dešava se da to isto pitanje sa mjesta odakle se djeli pravda postavi i sam sudija. A to dalje podstiče nedoumice: da li advokati štite interes klijenta? Konačno: kada advokat krši kodeks, a kada čini krivično delo?

Osvrt poznatih advokata na ova i slična pitanja donekle riješava zbumjenost. Istovremeno, koliko god da niko od njih u svom komentaru ne nagovještava mogućnost, eventualne dvostrukе igre branilaca, ostaje negdje sumnja da i toga ima. Ako predsjednik sudskog vijeća braniocu postavi pitanje brani li on svog štićenika ili želi da on bude osuđen, ukoliko nije u pitanju zlonamjernost, situacija za takvog branioca krajnje je neprijatna i ukazuje na njegovo neznanje, neprofesionalizam ili pak da njegova uloga u postupku nije da brani svog klijenta. Zanimljivo, naglašavajući da je uloga branioca u krivičnom postupku da štiti interes okrivljenog i da mu stručno pomogne u odbrani, starajući se da njegova prava ne budu povrijeđena, profesor krivičnog prava Ljubiša Lazarević kaže: "uspešna advokatura počiva na lošem radu policije i tužilaštva".¹¹¹

Obaveza je advokata da prati liniju odbrane okrivljenog koji je odlučio da prizna krivično djelo i iskaže kajanje za isto. Komentar sudske komisije o načinu odbrane je potpuno neprimjeren. Okrivljenom koji je odlučio da prizna i da se pokaje, sud to može cijeniti kao olakšavajuću okolnost i izreći mu blažu sankciju.

Međutim, suprotno tome, u praksi se dešava da advokati manipulišu voljom okrivljenih da priznaju izvršenje krivičnog djela, iako nije učinjeno, dajući im lažnu nadu da će biti oslobođeni. Slično je i kada advokati vrlo neodgovorno razvlače krivični postupak sa procesnim prijedlozima za koje unaprijed znaju da neće imati osnova. To je veoma opasna pojava i ukoliko sud utvrди da su učinjena krivična djela, smatram da bi najstrožim kaznama mogla biti spriječena takva pojava. Prema tome, branilac nikad ne opravdava počinjeno krivično djelo, već bdije da sve bude po zakonu i tako najbolje štiti interes svojih klijenata. Branilac nije opterećen brojnim formalnostima u komunikaciji sa svojim branjenikom i često prije saznaće važne činjenice koje može da ponudi sudu. Što se tiče saopštavanja neistine od strane advokata, rekao bih da to prosto nije moguće i da nikada nije potrebno. Advokat ima ulogu da analizira činjenice, da ih plasira sudu, a ne da saopštava laži. Konačno, sud ne sudi na osnovu izjava advokata – branilaca. Kazaču da je nedopustivo i nedozvoljeno lobiranje u javnim nastupima advokata u korist svojih klijenata, ali da valja imati u vidu njihove javne nastupe u zaštiti interesa građana, u pravilnosti primjene zakona, što je i dužnost advokature.

ZAKLJUČAK

Prema uobičajenom mišljenju u teoriji kontinentalnog krivičnog procesnog prava, branilac je procesni pomoćnik (ne zastupnik) osumnjičenog, odnosno, optuženog koji svojim pravnim znanjem i procesnom vještinom pomaže osumnjičenom, odnosno, optuženom u krivičnom postupku u pronalaženju i utvrđivanju činjenica u njegovu korist, u primjeni najpovoljnijih propisa, te korišćenju procesnih prava. Premda se za pravilno utvrđivanje činjenica i primjenu propisa moraju brinuti i organi krivičnog postupka, ipak sudjelovanje branioca, kao posebnog procesnog subjekta koji nastupa samo u korist osumnjičenog, odnosno, optuženog, organe krivičnog postupka oslobođa tereta psihološki nespojivih funkcija optužbe, odbrane i nepristrasnog istraživanja činjeničnog stanja, a, osim toga, u krivičnom postupku zamišljenom kao spor između ravnopravnih «stranaka», omogućava da se na strani osumnjičenog, odnosno, optuženog otkloni deficit stvarnih mogućnosti nastupanja u procesu (u usporedbi sa tužiocem iza kojega stoji cjelokupni aparat državne vlasti) i tako ostvaruje, po nekim mišljenjima, danas stožerno načelo krivičnog procesnog prava – načelo pravičnog

¹¹¹ www.revija92.rs/code/navigate.php?Id=385

postupanja u krivičnim predmetima. Doduše, zbog specifične strukture kontinentalnog krivičnog postupka, koju obilježava službeno, «objektivno», istraživanje činjeničnog stanja kao (donje) premise sudske odluke o krivnji i eventualnoj kazni optuženog, branilac u njemu ipak nema tako važan položaj kao u angloameričkom, «čistom stranačkom» krivičnom postupku, u kojem je dokazna inicijativa isključivo u rukama stranaka.

Analizirajući sve naprijed izloženo, smatram da novi ZKP uvodi jedan novi, do sada potpuno nepoznat koncept u krivičnoj proceduri, koji značajno predstavlja udaljavanje od do sada tradicionalne procedure zasnovane na rješenjima kontinentalnog prava. Taj novi koncept se u mnogome razlikuje u institutima anglosaksonskog prava, premda sadrži i neka riješenja kontinentalnog prava i u pogledu prava odbrane predstavlja korak unazad, zakon koji, pogotovo nepravilnom primjenom, može prouzrokovati brojna kršenja ljudskih prava osumnjičenih, odnosno, optuženih u postupku. Ovaj novi zakon predstavlja jednu novu, mogu da kažem rigorozniju ulogu branitelja u postupku u kojem sud ima sada znatno manju ulogu nego do sada. U odbrani klijenta, branitelj će imati sad znatno veću odgovornost, on nije smo branitelj, već prvenstveno i savjetnik klijenta, koji će morati da se znatno više angažuje, posebno u istrazi sproveđeći vlastitu istragu koja će predstavljati test tužiteljske istrage. Ta istraga se ne ograničava samo na dokaze koji se tiču krivice klijenta, branitelj provodi i posebnu istragu koja se tiče dokaza u pogledu visine kazne, obzirom i na obavezu odbrane da sudu ponudi sve relevantne informacije koje su od značaja kod odmjeravanja krivično pravne sankcije, ako optuženi bude proglašen krivim.

Smatram da će takođe njegova obaveza biti veća i u komunikacijama sa sudom, u smislu preduzimanja aktivnih radnji podnošenjem podnesaka, prigovora na tužiteljeve navode, na način koji ga obavezuje da zastupa jedan agresivan koncept u odbrani klijenta. Ovi prigovori neće se samo odnositi na puko ulaganje tih prigovora, oni trebaju biti u vezi sa strategijom odbrane i zastupanjem svih onih teza koje će odbrana pledirati tokom postupka kako bi sud uvjerila u nevinost klijenta. Ovi prigovori će se često puta ticati i ustavom zagarantovanih prava klijenta, njegovih prava priznatih međunarodnim konvencijama, posebno onih o zaštiti ljudskih prava. Tokom suđenja, advokati će morati primjenjivati nove tehnike, do sada nepoznate u načinu ispitivanja (unakrsna ispitivanja), koristi nove tehnike i vještine sa ciljem da sudu stavi do znanja i ubijedi ga da njegov klijent nije kriv za djelo koje mu se stavlja na teret. Pored završne riječi, branitelj je sada u prilici da iznese i uvodnu riječ u kojoj će ukratko iznijeti osnovnu strategiju odbrane i dokaze koje će odbrana ponuditi tokom postupka, a u završnoj riječi, koja ne treba da bude preduga da se ne izgubi suština i smisao odbrane, a ni prekratka da branitelj ne propusti ono što je bitno za odbranu.

LITERATURA

1. Aćimović,M., Doprinos branioca istini u krivičnom postupku.Bograd,1966.
2. Bayer,V., Kazneno procesno pravo-odabran poglavlja.Knjiga I.Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava.Priredio D. Krapac.Zagreb,1995.
3. Beljanski Slobodan;prof.na Pravnom fakultetu Novi Sad(časopis „Branič“).
4. Bračković Mustafa, Položaj branitelja u predhodnom postupku i na glavnom pretresu po novom Krivično procesnom zakonodavstvu, advokat.

5. Ćirić Dr.Jovan, OBJEKTIVNA ODGOVORNOST U KRIVIČNOM PRAVU-Institut za uporedno pravo,Beograd 2008.godine
6. Garner, Bryan A., A Dictionary of Modern Legal Usage (2, revised ed.). Oxford University Press US,2001.
7. Ilić Dr.Mihajlo, Krivično procesno pravo,Sarajevo.2001.godina
8. Morrison, Alan B., Fundamentals of American Law.Oxford University Press US(1996).
9. Sijerčić-Čolić Hajrija, Krivično procesno pravo I i II;Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2005.godine
10. Tomašević,G., Kazneno procesno pravo. Temeljni pojmovi i osnove praktične primjene.Split,1998.
11. Vasiljević,T., Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 1981.
12. Komentar Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, 2005 Savjet/Vijeće Evrope/Evropska komisija
13. Fokus: "Reforma pravosuđa ili izdaja advokature", *Dani* 207, 25. maj 2001, str.13
14. ZKP Bosne i Hrcegovine, Sl.glasnik BiH br.3/03.
15. ZKP Federacije Bosne i Hercegovine, Sl.glasnikFBiH br.3/03.
16. ZKP Republike Srpske, Sl.glasnik RS br.50/03.
17. ZKP Brčko Distrikta, Sl.glasnik BD br.06/05.
18. Visoko sudska i tužilačko vijeće BiH; Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca u BiH, FBiH, RS-MODUL 1, KRIVIČNA OBLAST-ISTRAŽNI POSTUPAK, Sarajevo, januar 2006.godine.
19. www.undp.ba
20. www.pravo.hr/_download/repository/Hajrija.

UDK: 347.28(497.6)

Dr. Duško Medić

REGISTARSKA ZALOGA U BOSNI I HERCEGOVINI REGISTER LIEN IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

R E Z I M E

Bezdržavinska sredstva obezbjeđenja na pokretnim stvarima postavljaju mnogo nedoumica, ali se nesumnjivo ne mogu zaobići. U svijetu se posebno insistira na stvaranju takve vrste zaloge prema kojoj je povjeriocu moguće da dobije zalogu bez predaje pokretne

stvari, upisivanjem u posebne javne registre (registarska zalog) i takva zalog je danas zastupljena u mnogim pravnim sistemima, a zauzima centralno mjesto i u Bosni i Hercegovini. Naime, nema dileme da se pomoću pokretnih stvari velike vrijednosti, čiji se posjed sasvim razumljivo, iz ekonomskih razloga ne može napustiti, a da se ne obustavi privredna djelatnost, sigurno može adekvatno i na pravi način obezbijediti ispunjenje obaveza iz određenih ugovora. Inače, registrovani zalog je pravo in rem, preneseno od strane dužnika (vlasnika imovine koji je stvarni zajmoprimec ili treća strana koja obezbjeđuje dug nekog drugog) povjeriocu, koji ima pravo na namirenje iz imovine koja je založena ukoliko dužnik blagovremeno ne izvrši preuzetu obavezu. Nema sumnje da je založnim povjeriocima potrebna takva regulativa koja će im omogućiti da što brže i efikasnije ostvaruju svoja prava ukoliko dužnik ne ispuni svoju obavezu i koja im rizik davanja kredita smanjuje na najmanju mjeru, a to je moguće samo u slučaju ako imaju tačnu i pravovremenu informaciju o eventualnim kreditima za koje je imovina dužnika već poslužila kao zalog. Razumljivo je da ukoliko založni povjeroci ne mogu da ocjene stepen kreditne sposobnosti založnog dužnika da će uslovjavati davanje kredita i da će se pokušati obezbijediti određivanjem visokih kamatnih stopa. Zbog toga je osnovni cilj donošenja Okvirnog zakona o zalogama u Bosni i Hercegovini upravo prevazilaženje pomenutih problema i teškoća, te što je moguće više pojednostavljinjanje procedure radi bržeg ostvarivanja prava založnih povjerilaca. Apsolutno podržavamo intenciju zakonodavca da vođenjem registra omogući adekvatan publicitet ovog prava, što će svakako doprinijeti sigurnosti ugovornih strana i trećih lica.

Ključne riječi: register zalog, založni povjerilac, založni dužnik, pravo prvenstva, registracija.

SUMMARY

The security instruments in the form of lien on movable property impose many unavoidable dilemmas. The world particularly urges establishing such a lien according to which the lien creditor would be enabled to obtain the lien without taking-over the movable property by registering it in the special public registers (register lien) and this kind of lien is present in many legal systems nowadays, and, consequently, it takes the central place in Bosnia and Herzegovina as well. Namely, there is no doubt that the movable property of high value, the possession of which, quite reasonably and due to economic reasons, cannot be ceded without shutting-down the business activities. However, the fulfilment of the obligations arising from the contracts may be adequately secured. The registered lien is the

right *in rem*, transferred by the lienee (the owner of the property being the real debtor or the third party securing the debt for some other party) to the lien creditor who has the right of reimbursement from the property subject to lien in the case the lien debtor fails to execute the undertaken obligation in due time. Undoubtedly, the lien creditors need such legislation that will enable them to exercise their rights as fast and as efficiently as possible in the case that the debtor fails to fulfil his obligation, and which reduces the risk of granting the loan to the lowest level. This is possible only in the case when they dispose of the timely information on possible loans for which the property of the lien debtor had already served as the security. It is reasonable that, if the lien creditors cannot estimate solvency of the lien debtor, granting of the loan will be conditioned and they will try to secure it by defining the high interest rates. Therefore, the main aim of passing the framework legislation on lien in Bosnia and Herzegovina is to overcome the problems and difficulties and to simplify the procedure in order to provide faster exercising of the lien creditor's rights. The intention of the legislator to enable adequate publicity for this right by keeping the register is absolutely supported, as it will certainly contribute security of the parties to the contract as well as of the third parties.

Key words: lien register, lien creditor, lienee, priority right, registration

1. Uvod

Poznato je da se ručna zaloga malo primjenjuje u praksi, jer i povjerilac i dužnik imaju obavezu da se pasivno ponašaju prema založenoj stvari za sve vrijeme dok zaloga traje, a isto tako i zato što je dugotrajan i složen postupak naplate u slučaju da dužnik ne izvrši svoju obavezu prema povjeriocu. Zbog toga su odavno činjeni mnogi pokušaji da se klasično založno pravo na pokretnim stvarima, koje je postalo suviše kruto u prometu, u praksi zamijeni raznim oblicima bezdržavinske zaloge, često i contra legem.¹¹²

Nema sumnje da je za dužnika često i nepodnošljiv teret, koji mu onemogućava vršenje privredne djelatnosti i otežava mu isplatu duga, to što gubi mogućnost da u potpunosti koristi svoju stvar,¹¹³ dok je s druge strane prenošenje stvari u posjed povjeriocu ponekad skopčano sa velikim troškovima i problemima.¹¹⁴ Osim toga, prenosom stvari u posjed povjeriocu dolazi i do objelodanjivanja zaduženosti dužnika.¹¹⁵ Pošto se povjeriocu u formi ručne zaloge, faktički davalо više nego mu je to za obezbjeđenje njegove tražbine neophodno,

¹¹² Vidjeti: D. Stojanović, Stvarno pravo, Beograd, 1977, str. 222.

¹¹³ O tome: J. Barbić, Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, u Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996, str. 102.

¹¹⁴ K. Offinger, Das Fahrnispfand, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, zweite und neu gearbeitete Auflage, Zürich, 1952, str. 46. tač. 154.

¹¹⁵ M. Povlakić, Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu, doktorska disertacija, Sarajevo, decembar 2001, str. 155.

interesi obje strane su bili usmjereni na stvaranje bezdržavinske zaloge,¹¹⁶ po kojoj se povjeriocu omogućuje da zalogu dobije, bez predaje stvari, najčešće upisivanjem u posebne javne registre (zbog čega se ova zalogu često označava i kao registrarska zalogu) i ona je danas dobila pravo građanstva u mnogim pravnim sistemima.¹¹⁷ Postojanje funkcionalnog registra u kome sve zainteresovane strane objavljaju osnovne elemente svojih poslova putem propisanih formulara u ustanovi ovlaštenoj za registraciju omogućava potencijalnim povjeriocima da utvrde da li neki drugi pravni subjekti već polažu pravo na konkretnu imovinu i daje im sigurnost i povjerenje da će imati zaštitu u slučaju dužnikovog nesavjesnog ponašanja.¹¹⁸ Bezdržavinska sredstva obezbeđenja znače mogućnost aktiviranja imovine dužnika, što je u sadašnjim uslovima vrlo značajna funkcija.¹¹⁹

Inače, problem bezdržavinske zaloge na pokretnim stvarima je jedno od pitanja o kojima se u teoriji građanskog prava najviše diskutovalo.¹²⁰ Danas je ovaj institut priznat u cijelom svijetu. U posljednjih stotinu godina nastala je široka lepeza bezdržavinskih vrsta obezbeđenja.¹²¹ Ova sredstva su absolutni trend u uporednom pravu.¹²² Posebno je to uočljivo u tranzicijskim zemljama. One se nisu odlučivale samo za jedan oblik takvog osiguranja, već su najčešće kombinovale više vrsta, za razliku od zapadnih zemalja koje su prihvatile jedan od mogućih modela.¹²³ ¹²⁴

¹¹⁶ O tome: D. Stojanović, Bezdržavinska zalogu (pokretna hipoteka), *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* u 1971. godini, str. 43.; P. Simonetti, Mobilijarna hipoteka, *Privreda i pravo*, br. 1-2/93, str. 63.

¹¹⁷ Neki pravni sistemi opredjeljuju se za numerus clausus izbora predmeta ove zaloge, a neki za slobodan izbor. Za numerus clausus opredjeljili su se francuski i italijanski zakonodavac, dok njemačko i englesko pravo, kao i pravo SAD, ostavljaju strankama slobodu izbora.

¹¹⁸ Iako je nesumnjivo da predaja stvari u posjed ipak čini jačim položaj povjerioca od registracije, pravni promet teži ovom mnogo praktičnijem sredstvu obezbeđenja.

¹¹⁹ O ulozi zaloge kao mobilizatora vrijednosti imovine v. N. Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 16-17.

¹²⁰ Vidi npr. E. Doskotz, *Faustpfand oder Registerpfand (Mobililiarhypothek)* als moderne Pfanderchtsar an beweglichen Sachen, diss., Erlangen, 1934, str. 110; M. Konstantinović, *Hipoteka na stoci*, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/82, str. 367. (rad prof. Konstantinovića je, inače, izložen na IV Kongresu pravnika koji je održan u Skoplju 1931. godine).

¹²¹ M. Cabrillac, C. Mouly, *Droit des sûretés, cinquième édition*, Paris, 1999, str. 559.

¹²² Vidi: D. Medić, *Bezdržavinska zalogu u uporednom pravu*, *Srpska pravna misao*, br. 1-4/00, str. 201.; M. Mićović, *Savremena sredstva realnog obezbeđenja bankarskih kredita*, *Srbija i evropsko pravo*, Knjiga IV, Kragujevac, 1999-2000, str. 276; T. Tajti, *Comparative Secured Transactions Law*, Budapest, 2002.

¹²³ M. Povlakić, *Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama naslednicama bivše SFRJ*, u Budimpeštanski simpozijum, *Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Bremen, 2003, str. 223.

¹²⁴ Vidjeti i E. Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998; Z. Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, Podgorica, 1992, str. 114-123.

2. Razvoj prava osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ

U državama koje su nasljednice bivše SFRJ, bezdržavinska zaloga na pokretnim stvarima je prihvaćena bez izuzetka.¹²⁵ Prilikom reforme prava osiguranja u ovim zemljama znatno je proširen krug objekata na kojima se može zasnovati založno pravo, napušteni su određeni tradicionalni principi ovog prava i nastala su nova sredstva obezbeđenja na pokretnim stvarima.¹²⁶ Različitim sredstvima garancije stvaraju se uslovi za ubrzanje finansijske i privredne aktivnosti.¹²⁷ U novim zakonima se, uglavnom, uvažavaju klasični principi građanskog prava uz korišćenje prihvatljivih iskustava iz kontinentalnog i anglosaksonskog prava.

Republika Makedonija, koja je provela cijelovitu reformu u oblasti osiguranja potraživanja za sve vrste založnog prava prva je predvidjela poseban postupak registracije.¹²⁸ Uveden je centralni elektronski registar za cijelu republiku koji objedinjava više registara (registar zaloga na pokretnim stvarima i pravima, registar nekretnina i registar pravnih lica sa njihovim godišnjim bilansima).¹²⁹ Doneseni su i Zakon o zalaganju pokretnih stvari i prava¹³⁰ i Zakon o ugovornoj hipoteci.¹³¹ Interesantna rješenja su predviđena u Zakonu o zalaganju pokretnih stvari i prava. Prema ovom zakonu zalaganje pokretnih stvari u formi ručne zaloge ne zahtijeva registraciju, s obzirom da publicitet daje posjed stvari od strane založnog povjerioca, dok se bezdržavinska zaloga mora registrovati.¹³² Registar pokretnih stvari i prava je određen kao javna knjiga u koju je svakom dozvoljen uvid. U pogledu regista važi neoboriva pretpostavka da su svim licima poznate činjenice koje su u registar upisane.¹³³ Sporazum o zalaganju prava dobija karakter izvršnog naslova činom ovjere kod javnog bilježnika,¹³⁴ a to se može učiniti prilikom upisa u registar ili kasnije. Začuđujuće je da je zakon odredio da se založno pravo na pokretnim stvarima i pravima stiče zaključenjem

¹²⁵ Vidi: D. Medić, Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja (doktorska disertacija), Novi Sad, 2004, str. 222-227; M. Povlakić, Registrirana zaloga u BiH, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2008, str. 366.

¹²⁶ O tome: C. Jessel-Holst, Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 82.

¹²⁷ Z. Rašović, Stvarno pravo, Beograd, 2005, str. 466.

¹²⁸ Zakon o vođenju registara u Republici Makedoniji (Službeni vesnik br. 21/98).

¹²⁹ Zakon o vođenju registara u Republici Makedoniji, član 2. stav 1.

¹³⁰ Službeni vesnik br. 21/98, 48/99 i 86/00.

¹³¹ Službeni vesnik br. 59/00 i 86/00.

¹³² Zakon o zalaganju pokretnih stvari i prava, član 7.

¹³³ Zakon o zalaganju pokretnih stvari i prava, član 36. stav 1.

¹³⁴ Zakon o zalaganju pokretnih stvari i prava, član 8.

ugovora i popisom predmeta, a ne upisom u registar, što bi pružalo mnogo veću sigurnost za sva zainteresovana lica.¹³⁵ Nakon navedenih zakona donesen je i jedinstven Zakon o ugovornom zalogu.¹³⁶ Cilj donošenja ovog propisa bio je postizanje jednoobraznosti u uređivanju načina, uslova i postupaka za zasnivanje, postojanje, realizaciju i prestanak ugovornog založnog prava na pokretnim stvarima, hartijama od vrijednosti, potraživanjima i na drugim pravima (ručni zalog), kao i na nepokretnostima (hipoteka).¹³⁷ Nedavno je donesen i Zakon o obezbjeđenju potraživanja¹³⁸ koji sadrži odredbe kojim je uređeno sudsko založno pravo na nekretninama i na pokretnim stvarima, prethodne mjere, privremene mjere i prenos svojine na stvari i prenos prava (fiducijarni prenos prava svojine).¹³⁹

U Republici Sloveniji postojalo je bezdržavinsko založno pravo bez upisa, a donošenjem Stvarnopravnog zakonika (SPZ) otvorena je mogućnost da se bezdržavinska zaloga konstituiše kao registrarska, kada se posebnim propisima urede ovakvi registri.¹⁴⁰ Inače, ovaj zakon propisuje da se bezdržavinska zaloga može zasnovati samo na osnovu javnobilježničkog akta¹⁴¹ i da sastav ovakovog akta ima učinak pljenidbe pokretne stvari.¹⁴² Smatramo da je insistiranje na strogoj formi ugovora nepotrebno štetilo brzini obavljanja ovih poslova, a posebno nije doprinisalo većoj zaštiti stranaka i trećih lica,¹⁴³ te da je ugovornim stranama trebalo ostaviti slobodu izbora forme ovog ugovora. Konačno, ovdje je donesena Uredba o registru neposesnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin¹⁴⁴, koja je riješila mnoga bitna pitanja iz ove oblasti.

Republika Hrvatska poznaje širok dijapazon bezdržavinskih sredstava obezbjeđenja, koja su propisana Ovršnim zakonom,¹⁴⁵ dok je Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim

¹³⁵ Inače, donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Služben vesnik br. 18/01) dva posebna zakona o zlaganju pokretnih i nepokretnih stvari nisu stavljena van snage. Vidi: K. Schrameyer, Mazedonien: Gesetz über Eigentum und sonstige dingliche Rechte, WiRO br. 11/01, str. 339.

¹³⁶ Služben vesnik br. 5/03 , 4/05 i 87/07.

¹³⁷ A. Janevski, Uloga notara u zasnivanju i realizaciji ugovornog zalogu po Zakonu o ugovornom zalogu, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2007, str. 121.

¹³⁸ Služben vesnik br. 87/07.

¹³⁹ Vidi: A. Janevski, Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine na stvari i prenosom prava po Zakonu o obezbjeđenju potraživanja, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse,” Mostar, 2008, str. 70 – 80.

¹⁴⁰ SPZ, član 177.

¹⁴¹ SPZ, član 171, stav 1.

¹⁴² SPZ, član 171, stav 3.

¹⁴³ Uporediti: E. Branišelj, Osiguranje tražbina u slovenačkom pravu i uloga javnog bilježnika u izboru vrste osiguranja, Javni bilježnik 7/99, str. 26.

¹⁴⁴ Uradni list Republike Slovenije br. 23/04 i 66/06.

¹⁴⁵ Narodne novine br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, - ispravak, 151/04 i 88/05. Vidjeti članove 261-279. Čudno je da se dobrovoljna sredstva osiguranja regulišu zakonom koji normira prinudno izvršenje.

pravima¹⁴⁶ pokušao dati opšti okvir prava osiguranja ističući da se sve ono što je određeno za založno pravo na odgovarajući način primjenjuje na svako sredstvo osiguranja potraživanja.¹⁴⁷

¹⁴⁸ Ovakvo cijepanje prava osiguranja sigurno nije dobro rješenje jer između ovih zakonskih tekstova postoje određene disonance.¹⁴⁹ Zakon o upisniku sudske i javnobilježničke osiguranja tražbina vjerovnika na pokretninama i pravima¹⁵⁰ trebao bi riješiti problem publiciranja prava i mjera osiguranja tražbina na ovim objektima i poslužiti za evidenciju osiguranjem opterećenih pokretnina i prava i subjekata upisanog pravnog odnosa.¹⁵¹ Funkcija ovog upisnika je da se učine dostupnim podaci koji se u njega upisuju, a odnose se na prava kojima se u svrhu osiguranja namirenja tražbina vjerovnika ograničava, prenosi, odnosno, pridržava vlasništvo ili neko drugo pravo na pokretnim stvarima i pravima dužnika ili treće osobe.¹⁵² Zbog istovjetne svrhe Upisnik bi trebao biti komplementaran sa zemljišnom knjigom kada su predmet zemljišnoknjižnog upisa opterećenja i ograničenja prava vlasništva na nekretninama radi osiguranja tražbina, te popuniti prazninu u pogledu evidencije tih prava na pokretninama i pravima, koja je do početka primjene zakona u tom pogledu postojala.¹⁵³

Republika Crna Gora je donijela Zakon o zalozi kao sredstvu obezbjeđenja potraživanja (ZZSOP).¹⁵⁴ Ovaj propis predstavlja potpun kodeks založnog prava na pokretnim stvarima, pa se ugovorne zaloge zasnivaju i proizvode dejstvo prema trećim samo u skladu sa njegovim odredbama.¹⁵⁵ On se ne primjenjuje samo na prenos potraživanja po osnovu

O tome: E. Čulinović Herc, Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema ovršnom zakonu – Pravni okvir i primjena, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19., Supplement, 1998, str. 933.

¹⁴⁶ Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06 i 141/06.

¹⁴⁷ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, član 297. stav 2.

¹⁴⁸ Vidjeti: M. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998. str. 781.

¹⁴⁹ Suprotnost između ovih zakona donekle je otklonjena odredbom člana 312. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima prema kojoj su za sudske dobrovoljne založne pravne mjerodavne odrebe zakona koji reguliše prinudno izvršenje i osiguranje, prema tome Ovršnog zakona.

¹⁵⁰ Narodne novine br. 121/05.

¹⁵¹ O tome: O. Jelčić, *Upisnik sudske i javnobilježničke osiguranja tražbina vjerovnika na pokretninama i pravima*, u Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb, 2006, str. 83-115.

¹⁵² Vidi: A. Eraković, *Založno pravo na pokretninama – posebnosti prema Zakonu o Upisniku sudske i javnobilježničke osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima*, u M. Barić, A. Eraković, H. Ernst, D. Gulin, O. Jelčić, T. Josipović, Z. Koharić, J. Matko Ruždjak, S. Porobija, Z. Stuhne, *Zaštita vjerovnika – pravni, porezni i računovodstveni aspekti*, Zagreb, 2006, str. 5-36.

¹⁵³ O. Jelčić, *Upis u Upisnik sudske i javnobilježničke osiguranja tražbina na pokretninama i pravima – sredstvo zaštite vjerovnikove tražbine*, u *Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja “Aktualnosti građanskog i trgovачkog zakonodavstva i pravne prakse”*, Mostar, 2007, str. 406.

¹⁵⁴ Službeni glasnik Republike Crne Gore br. 38/02. Zakon je stupio na snagu 1.1.2003.

¹⁵⁵ Vidi: M. Živković, *O reformi realnih obezbjeđenja u jugoslovenskom pravu*, u *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Bremen, 2003, str. 319; Zakon o zalozi kao sredstvu obezbjeđenja potraživanja sa uvodnim komentarom R. Milovića, Podgorica, 2003; D. Đuranović, *Registrar po Zakonu o zalozi kao sredstvu obezbjeđenja potraživanja*, u *Ssimpozijum u Cavatu, Doprinosi reformi vanparničnog postupka u državama jugoistočne Evrope*, Bremen, 2005. str. 17; Z. Rašović, *Stvarno pravo...* str. 466-469; M. Novaković, *Zaloga kao sredstvo obezbjeđenja potraživanja prema novom Zakonu o zalozi*, u

naknada iz radnog odnosa zaposlenog, prodaju potraživanja po računima kao dio kupoprodaje ili drugog pravnog posla iz kojih su nastali, te na založno pravo na nekretninama, osim ako se radi o nekretninama po namjeni.¹⁵⁶ Zakon daje definicije upotrebljenih termina,¹⁵⁷ jer se najveći broj razlikuje od ustaljenih izraza u našoj dosadašnjoj praksi.¹⁵⁸ Predmet ove zaloge može da bude samo pokretna stvar koja se nalazi u prometu, kao i zbir stvari, te priraštaj ukoliko ugovorom nije drukčije određeno.¹⁵⁹ Ugovor o zalozi zaključuje se u pismenoj formi i mora da sadrži podatke o ugovornim stranama (i o dužniku iz pravnog posla ako to nije zalogodavac), predmet zaloge i potpise ugovarača ili njihovih zastupnika.¹⁶⁰ Pored državinske zaloge koja nastaje predajom založene stvari zalogoprincu, predviđa se mogućnost postojanja i bezdržavinske zaloge, kod koje stvar ostaje kod zalogodavca koji ima pravo držanja i upotrebe, ali ne i pravnog raspolaaganja prodajom, davanjem u zakup i tome slično¹⁶¹ Bezdržavinska zalog se perfektuirala upisom u registar,¹⁶² a registrovanje se smatra izvršenim dostavljanjem akta u propisanoj formi i plaćanjem propisane naknade.¹⁶³ Registracija, inače, traje tri godine.¹⁶⁴ Zakonodavac je, između ostalog, predviđao da registar osniva Vlada Republike Crne Gore i da je to organ registracije poreskih zalog, sudske zaloge i drugih zalog, u skladu sa tim zakonom.¹⁶⁵ Dakle, vidljivo je da se radi o sasvim novom načinu obezbjeđenja potraživanja povjerioca, koji je očito imao uzor u paragrafu 9 američkog Jednoobraznog trgovačkog zakonika.¹⁶⁶ Pored navedenog zakona, donesena je i Uredba o osnivanju registra zalog¹⁶⁷ i Uputstvo o radu registra zaloge.¹⁶⁸ ZZSOP je sadržajno savremen i moderan zakon, zasnovan na razvijenoj poslovnoj praksi i anglosaksonskom sistemu prava, ali unijet u pravni sistem Crne Gore bez odgovarajuće harmonizacije i na način da djeluje kao strano tijelo. Njegovu primjenu pogotovo otežava neadekvatan prevod i unošenje termina koji nisu uobičajeni na ovim prostorima.¹⁶⁹

Stvarnopravna sredstva obezbjeđenja novčanih potraživanja, Zbornik radova i zaključaka sa savjetovanja održanog u Podgorici 13. juna 2003. godine, Podgorica, novembar, 2003, str. 17-35.

¹⁵⁶ ZZSOP, član 1.

¹⁵⁷ ZZSOP, član 2.

¹⁵⁸ Ovo je posljedica upotrebe tehnike anglosaksonskog sistema.

¹⁵⁹ ZZSOP, član 3.

¹⁶⁰ ZZSOP, član 6.

¹⁶¹ ZZSOP, član 8.

¹⁶² ZZSOP, član 15.

¹⁶³ ZZSOP, član 17. stav 1.

¹⁶⁴ ZZSOP, član 17. stav 2.

¹⁶⁵ ZZSOP, član 19. stav 1 i 2.

¹⁶⁶ Ovaj zakonik datira još iz 1962. godine i od svih zakona uporednog prava najpotpunije je regulisao institut bezdržavinske zaloge.

¹⁶⁷ Službeni list Republike Crne Gore br. 31/03 od 15.5.2003.

¹⁶⁸ Službeni list Republike Crne Gore br. 37/03 od 11.6.2003.

¹⁶⁹ Vidi kritiku ZZSOP: E. Durutović, Obezbeđenje povjerilaca po Zakonu o fiducijarnom prenosu prava svojine, u Stvarnopravna sredstva obezbjedenja novčanih potraživanja, Zbornik radova i zaključaka sa

Interesantno je napomenuti da je u Crnoj Gori i fiducijarno otuđenje vlasništa na pokretnim i nepokretnim stvarima bilo regulisano posebnim zakonom,¹⁷⁰ ¹⁷¹ koji je korespondirao sa odgovarajućim institutima postojećeg založnog prava i rađen je na tradiciji evropskog kontinentalnog prava. Ovaj zakon je prestao da važi stupanjem na snagu Zakona o svojinsko-pravnim odnosima¹⁷², koji je sada u cijelosti normirao ovaj institut.¹⁷³

Republika Srbija je usvojila Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (ZOZP),¹⁷⁴ kojim je na moderan način definisan položaj povjerioca.¹⁷⁵ Prema odredbama ovog zakona povjerilac stiče založno pravo upisom u registar zaloge, osim ako drukčije nije određeno zakonom.¹⁷⁶ Ugovor o zalozi se zaključuje u pismenoj formi, a stvar ostaje u posjedu dužnika i on može sa njom slobodno raspolagati.¹⁷⁷ Povjerilac čije je založno pravo upisano u registar zaloge može se naplatiti iz vrijednosti predmeta založnog prava prije ostalih povjerilaca, ako mu njegovo potraživanje ne bude isplaćeno o dospjelosti.¹⁷⁸ U skladu sa načelom specijalnosti ne ostavlja se mogućnost zalaganja preduzeća kao cjeline.¹⁷⁹ Predmet ovog založnog prava, inače, može biti svaka individualno određena stvar kojom zalogodavac može slobodno raspolagati.¹⁸⁰ Mogu se založiti i pokretne stvari određene po vrsti, ako je ugovorom određena količina, broj i način na koji se mogu identifikovati, kao što je roba u

savjetovanja održanog u Podgorici 13. juna 2003. godine, Podgorica, novembar, 2003, str. 65-66; Z. Rašović, Stvarno pravo... str. 466; Z. Rašović, Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, II knjiga, Podgorica, 2009, str. 1397.

¹⁷⁰ Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine (Službeni list Republike Crne Gore br. 23/96).

¹⁷¹ O tome: Z. Rašović, Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Crne Gore, Podgorica, 1996; Z. Rašović, Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, Podgorica, 1997.

¹⁷² Službeni list Republike Crne Gore br. 19/09 od 13.3.2009.

¹⁷³ Članovi 353 -384.

¹⁷⁴ Službeni glasnik Republike Srbije br. 57/03 i 61/05. Zakon je stupio na snagu 7.6.2003.

¹⁷⁵ O tome: D. Klepić, Povodom Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima, Pravni informator, br. 2/04, str. 42; M. Milović, Novi propisi o založnom pravu na pokretnim stvarima, u Budvanski pravnički dani, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2004, str.143; N. Tešić, O predmetu založnog prava, Pravni život, br. 10/03, str. 120.; A. Gloginić, Glavna sredstva pojačanja ugovora, Beograd, 2004, str. 115-157; A. Gloginić, Pravo zaloge, Zbirka propisa sa komentarima i sudskom praksom, Beograd, 2005, str. 97-142; Z. Rašović, Stvarno pravo... str. 469-474; D. Babić, Založno pravo na nepokretnim i pokretnim stvarima i pravima i evidencija zaloge i tražbine, Beograd, 2008, str. 125 – 156.

O procesnim odredbama u navedenom zakonu v. G. Stanković, Procesne odredbe u Zakonu o založnom pravu u pokretnim stvarima upisanim u registar, Pravni život, br. 12/03, str. 33; N. Jasika, Založno pravo na pokretnim stvarima upisanim u registar, u Zborniku radova sa savetovanja "Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa", Novi Sad, 2005, str. 53.

¹⁷⁶ ZOZP, član 4.

¹⁷⁷ ZOZP, član 3.

O formi ugovora o zalozi v. N. Tešić, Registrovana zaloga, Beograd, 2007, str. 64 – 68.

¹⁷⁸ ZOZP, član 6.

¹⁷⁹ Primjera radi, Model zakona o obezbjeđenju potraživanja predviđa zalaganje preduzeća sa svim stvarima i pravima (član 5, 6.). Ovu mogućnost predviđa i Češki građanski zakonik (član 153, stav 1.) sa novelama iz 2002. godine, te Mađarski građanski zakonik, koji je izmijenjen 2000. godine (član 266).

¹⁸⁰ U uporednom pravu u ovom pogledu postoje različita rješenja. Primjera radi, Holandski građanski zakonik iz 1992. godine u članu 228. odjeljak 9. predviđa da se pravo zaloge ili hipoteke može zasnovati na svim stvarima podobnim za prenos.

određenom skladištu ili prodavnici te inventar koji služi za obavljanje privredne djelatnosti, kao i sve drugo u skladu sa ugovorom.¹⁸¹ Osim toga, predmet založnog prava može biti i pravo potraživanja zalogodavca prema dužniku, te druga imovinska prava kojima imalac može slobodno raspolagati.¹⁸² Takođe, predmet zaloge može biti i suvlasnički dio pokretne stvari ili zbir stvari,¹⁸³ a isto tako i stvar koju će zalogodavac pribaviti u budućnosti s tim da založno pravo u tom slučaju nastaje kad zalogodavac stekne pravo svojine na stvari.¹⁸⁴ Ukoliko je jedan predmet založnog prava, putem upisa u registar zaloge, založen nekolicini povjerilaca, red po kome se isplaćuju njihova potraživanja iz vrijednosti tog predmeta određuje se prema trenutku upisa založnih prava u registar.¹⁸⁵ Registrar zaloge je javni registar založnih prava fizičkih ili pravnih lica i drugih podataka koji se upisuju. Vrlo je značajno da je ovaj registar jedinstvena elektronska baza podataka čija je osnova centralna baza podataka u kojoj se čuvaju svi uneseni podaci.¹⁸⁶ Registrar vodi Agencija za privredne registre preko Registratora. Podaci iz registra zaloge su javni. Svako ima pravo da zahtijeva pristup ovim podacima, te ovjereni izvod iz registra.¹⁸⁷ Postoji presumpcija da su treća savjesna lica upoznata sa stanjem u registru, a upis podataka nije dokaz o postojanju svojinskih ili drugih prava zalogodavca na založenim stvarima, niti da je obezbijeđeno potraživanje ili zalaganje punovažno.¹⁸⁸ Prema tome, ovim zakonom se u pravo Srbije uvodi zaloge na pokretnim stvarima bez predaje u posjed pokretnih stvari i prava radi obezbjeđenja potraživanja povjerioca. Publicitet se u takvim slučajevima, kao što smo vidjeli, ostvaruje upisom u registar zaloge i to je sigurno u duhu savremenih tendencija u toj oblasti.¹⁸⁹ Ovo omogućava da predmet zalaganja, pored individualno određenih stvari, budu i generičke stvari, kao i zbir stvari, što je vrlo značajno jer se time nesumnjivo širi realna podloga za odobravanje potrebnih kredita, a to je u skladu i sa rješenjima iz uporednog prava.

Zanimljivo je da je i Specijalni predstavnik generalnog sekretara UN-a na Kosovu i Metohiji dana 7.2.2001. godine donio Uredbu o zalogama, čija je pretenzija da na

¹⁸¹ ZOZP, član 9.

Umjesto poimeničnog navođenja više stvari propisuje se da predmet zaloge mogu biti dvije stvari, na primjer, u određenom skladištu ili prodavnici.

¹⁸² ZOZP, član 10.

¹⁸³ ZOZP, član 12.

¹⁸⁴ ZOZP, član 13.

¹⁸⁵ ZOZP, član 30.

¹⁸⁶ ZOZP, član 56.

¹⁸⁷ ZOZP, član 59.

¹⁸⁸ Vidi: A. Gloginić-Ninaca, Pravo zaloge, Specijalni prilog Savremene prakse, br. 1/04, str. 70.

¹⁸⁹ Naravno, to dovodi do troškova upisa i izmjene podataka u registru, ali ti nedostaci su zanemarljivi u odnosu na prednosti koje registracija donosi.

sveobuhvatan način reguliše materiju založnih prava na pokretnim stvarima i pravima, a koja je uvela i pojam bezdržavinske (registrovane) zaloge.¹⁹⁰

Dakle, evidentno je da su zemlje nasljednice bivše SFRJ ispoljile samostalnost u kreiranju novih sredstava osiguranja na pokretnim stvarima putem bezdržavinske zaloge, te da nema idealnog cjelovitog rješenja. Razumljivo je da to stvara dosta problema u pravnom saobraćaju između ovih država, što svakako može ugroziti sigurnost povjerilaca. Sa tim problemom se, inače, suočila i Evropska unija koja je mnogo veće tržište od bivše SFRJ i zbog toga se intenzivno razmišlja o unifikaciji prava u ovom domenu, što može da bude putokaz i za regulativu u ostalim zamljama. Ova štura i sumarna analiza bezdržavinske zaloge u zemljama nasljednicama bivše SFRJ je posebno interesantna jer su ove zemlje poslije raspada bivše države imale u ovoj oblasti istu početnu poziciju kao i Bosna i Hercegovina.

3. Registarska zalog na pokretnim stvarima u Bosni i Hercegovini

USAID-ov projekt pravne reforme sa ciljem pružanja tehničke pomoći Bosni i Hercegovini pri uspostavljanju globalnog pravnog, ekonomskog i poslovnog okruženja koje podstiče razvoj privatnog sektora počeo je sa radom 1997. godine. Između ostalog, taj projekat je uključio i analizu postojećeg zakonodavstva, pa se tako došlo do zaključka da je neophodno donijeti propis o bezdržavinskoj zalozi¹⁹¹ koji bi trebao da ima veliki doprinos u razvoju tržišne ekonomije i uspješnom provođenju postupka privatizacije i koji bi omogućio prvenstveno malim preduzećima dobijanje kredita za kupovinu i investiranje u nove opreme i tehnologije davanjem u zalog cijelog preduzeća ili pak dijela preduzeća.¹⁹²

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, poslije mnogo priprema, na sjednici Predstavničkog doma održanoj 4.5.2004. godine i sjednici Doma naroda održanoj 21.5.2004. godine usvojila je Okvirni zakon o zalozima (Okvirni zakon).¹⁹³ Ovaj zakon, sa sličnim zakonima koji su već ranije doneseni u entitetima i Brčko-Distriktu Bosne i Hercegovine, predstavlja novinu u našem pravnom poretku i svakako zaslužuje posebnu pažnju. Zakon je donesen sa željom da se na bosanskohercegovačkom tržištu radne snage, kapitala, roba i usluga urede osnove založnog prava i vođenje registra zalog. USAID-ov projekt registra

¹⁹⁰ O tome opširno: D. Čelić, Pravo zaloge prema "Uredbi" Specijalnog predstavnika za Kosovo i Metohiju, Pravni život, br. 10/05, str. 543.

¹⁹¹ Mogućnost osnivanja bezdržavinske zaloge u BiH je postojala od 1990. godine kada je u pravni sistem bivše SFRJ uveden institut zasnivanja založnog prava na osnovu sporazuma stranaka pred sudom – član 251 a - 251 f Zakona o izvršnom postupku SFRJ.

¹⁹² O registrovanim zalogama opširno: M. Povlakić, Moderne tendencije... str. 154 – 200.

¹⁹³ Objavljen u Službenom glasniku BiH br. 28/04, stupio na snagu 1.7.2004. godine.

zaloga na pokretnoj imovini¹⁹⁴ ima za cilj da se stvori što povoljnije okruženje za obezbjeđenje kredita i da podstakne finansijske institucije da daju povoljne kredite koji će omogućiti dalji razvoj privrednih aktivnosti. Posebno je značajno da potencijalni kreditori u cijeloj Bosni i Hercegovini mogu putem registra da brzo dobiju pouzdane i tačne informacije o postojećim potraživanjima na pokretnoj imovini. Materija zakona je sistematizovana u 39 članova i 6 poglavlja. U nastavku ćemo se osvrnuti na najvažnije odredbe tog zakona, te sve ostalo što je od uticaja na sistem registrarske zaloge kod nas.

3.1. Okvirni zakon o založima

3.1.1. Opšte odredbe

Na ovom mjestu se objašnjava šta čini predmet ovog zakona, zatim se daje tumačenje izraza, a postoje i odredbe o tome šta može biti predmet zaloge. Prije svega, ističe se da su tri glavne vrste prava na koje se ovaj zakon primjenjuje: zalog, posebno vlasničko pravo i srođno pravo. Pored toga, tretiraju se i strana, kao i ranije stečena prava.¹⁹⁵ Za postojanje ovih vrsta prava kreditor treba da zna prije donošenja odluke u vezi davanja nekog kredita i provjerom u registru on jednostavno može da dobije relevantnu informaciju. Zakon daje i opširne definicije ovih prava.¹⁹⁶ Moramo na ovom mjestu da konstatujemo da termini i definicije, kao i sav nomotehnički koncept zakona, nisu u duhu pozitivnih propisa, tradicije i prakse na ovim prostorima što u praktičnoj primjeni može lako da dovede do konfuzije i da izazove dosta problema. Sigurno je da je prilikom izrade zakona trebalo biti obazriv i o tome voditi više računa i to svakako predstavlja jedan od njegovih bitnih nedostataka. Neophodno je usaglašavati domaći pravni sistem sa modernim pravima u svijetu, ali pri tome treba voditi računa da se ne vrši nekritička recepcija tuđih pravnih rješenja koja se ne uklapaju u naše pravo. Isto tako, nema sumnje da stručna terminologija mora da bude zastupljena u zakonima, ali je bitno da tekst bude razumljiv za sve one zbog kojih je donesen, bez potrebe za posebnim objašnjenjima pravnih stručnjaka, a to u konkretnom primjeru nije slučaj.

Za razliku od propisa o registrovanoj zalozi koje su donijeli entiteti i Brčko Distrikt BiH, Okvirni zakon je donesen pod uticajem američkog prava, prvenstveno člana 9.

¹⁹⁴ O registrovanim zalogama na pokretnim stvarima u BiH v. Dž. Mutapčić, Registrirane zaloge na pokretnim stvarima i članskim udjelima, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2003, str. 413; M. Lasić, Prijedlog Okvirnog zakona o založima BiH s posebnim osvrtom na odredbe međunarodnog privatnog prava, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2004, str. 351; M. Hadžimusić, Zaloga – sredstvo osiguranja postojećih ili budućih potraživanja, ZIPS, br. 1022/04, str. 31.

¹⁹⁵ Okvirni zakon, član 1.

¹⁹⁶ Okvirni zakon, član 2.

Jednoobraznog trgovačkog zakonika.¹⁹⁷ Taj član je izvršio presudan uticaj i na Konvenciju o međunarodnim pravima osiguranja na pokretnoj opremi usvojenu u Keptaunu 2001. godine. Ovakvo opredjeljenje, pored određenih nedostataka, može imati i prednosti jer se principi američkog prava vide i kao mogući uzor za harmonizovanje prava obezbjeđenja na pokretnim stvarima u Evropskoj uniji.

Inače, zalog se može zasnovati na stvari u svojini založnog dužnika, kao i na stvari na kojoj će on steći pravo svojine tek nakon zaključenja ugovora o zalogu.¹⁹⁸ Ovo je veoma značajno za pravilno funkcionisanje modernog sistema osiguranog finansiranja. Bilo bi zaista neracionalno da se npr. svaki put kada trgovac robom nabavi nove zalihe, zahtijeva zaključenje novog ugovora o zalogu. Dakle, dužniku se na ovaj način dozvoljava zalaganje naknadno nabavljenih stvari, a logično je da će zalog proizvoditi pravne posljedice čim dužnik postane vlasnik tih stvari.

3.1.2. Prava i obaveze založnog povjerioca i založnog dužnika

Zalog nastaje kada se ispunje četiri uslova, bez obzira na redoslijed ispunjenja:

- a) postojanje registracije koja se odnosi na taj zalog u Registru zaloga¹⁹⁹;
- b) zaključenje ugovora o zalogu između založnog dužnika i založnog povjerioca;
- c) lice koje je označeno kao založni dužnik u registraciji treba da je vlasnik stvari koja je ugovorom o zalogu određena kao obezbjeđenje i
- d) lice koje je označeno kao založni povjerilac u registraciji odnosno neko drugo lice u skladu sa ugovorom o zalogu ili sa njim povezanim ugovorom je dalo ili se obavezalo dati kredit licu označenom kao založni dužnik u registraciji.²⁰⁰

Prema tome, moguće je da se izvrši registracija budućeg zaloga prije potpisivanja ugovora o zalogu ili prije nego što založni dužnik postane vlasnik određene stvari, ali ona sama po sebi ne može uspostaviti zalog. Registracija je obavijest da zalog postoji ili da može postojati u budućnosti. Međutim, kao što smo vidjeli, zalog nastaje tek kada budu ispunjeni i ostali propisani uslovi.²⁰¹ Ugovor o zalogu treba da bude sačinjen u pismenoj formi,²⁰² ali se za njegovu valjanost ne traži notarska obrada, odnosno ovjera, niti ovjera kod suda ili odgovarajuće opštinske službe.²⁰³ Propisivanje obavezne notarijalne forme bi sigurno

¹⁹⁷ O bezdržavinskoj zalozi u pravu SAD v. D. Medić, Založno pravo, Banja Luka, 2002, str. 159 – 163.

¹⁹⁸ Okvirni zakon, član 3. stav 1.

¹⁹⁹ Upis u registar nema značaj zakonitog načina sticanja i samo je jedna od četiri prepostavke za nastanak ugovornog založnog prava.

²⁰⁰ Okvirni zakon, član 4. stav 1.

²⁰¹ To je za savremenu tržišnu privredu koja je bazirana na kreditu bolje rješenje.

²⁰² Ovako je i kod većine zemalja u regiji.

²⁰³ O negativnim stranama suviše forme ugovora v. S. Perović, Formalni ugovori u građanskom pravu, Beograd, 1964, str. 41.

odvratilo veliki broj ugovarača od ove vrste zaloge. U ugovoru o zalogu obezbjeđenje mora biti dovoljno određeno da se na pouzdan način može identifikovati ukoliko za to bude potrebe, kada se postavi pitanje valjanosti, prava prvenstva i izvršenja založnog prava.²⁰⁴ Ako ugovor o zalogu ne zadovoljava ovaj uslov, on razumljivo neće proizvoditi pravne posljedice. Predmet zaloge može biti i sva dužnikova imovina, kao i potraživanja, druga prava, hartije od vrijednosti i druga nematerijalna dobra.²⁰⁵ Zalog i posebna svojinska prava, kao i njihova postojeća prava prvenstva u odnosu na obezbjeđenje mogu da se protežu i na korist od obezbjeđenja. Uslov je da registracija tog zaloge i posebnog svojinskog prava uključuje i opis koristi iz obezbjeđenja te da je korist od obezbjeđenja novac ili potraživanje plativo po osnovu police osiguranja ili naknade štete za izazvane gubitke, odnosno pričinjenu štetu na obezbjeđenju.²⁰⁶ Ovo je bitna odredba jer se korist od obezbjeđenja odnosi na stvari koje je založni dužnik stekao u zamjenu za prvobitno založenu stvar kao i na pravo na isplatu od osiguranja na ime gubitka ili oštećenja založene stvari. Zalog na korist od obezbjeđenja je, u stvari, produžetak zaloge na prvobitno založenoj stvari. Založni povjerilac i založni dužnik imaju pravo da postignu dogovor da se zalog na koristi od obezbjeđenja ne prenosi.

3.1.3. Prava prvenstva

Pravo prvenstva između suprotstavljenih zaloge, posebnih vlasničkih prava i srodnih prava se određuje prema skupu pravila za određene situacije. Opšte pravilo je jednostavno i temelji se na redoslijedu kojim se registracije vrše u registru zaloge i to tako što ranija registracija ima prioritet u odnosu na kasniju,²⁰⁷ što je sasvim logično i opravdano. Zakon donosi i pravila o posebnom pravu prvenstva,²⁰⁸ pravu prvenstva kupca i zakupca,²⁰⁹ pravu prvenstva zaposlenika kod založnog dužnika,²¹⁰ kao i pravu prvenstva u odnosu na buduće isplate.²¹¹ Isto tako, postoje i posebna pravila o pravu prvenstva na obezbjeđenju pričvršćenom za nepokretnu stvar,²¹² pravu prvenstva na obezbjeđenju spojenom za drugu pokretnu stvar,²¹³ pravu prvenstva u odnosu na trgovačke hartije od vrijednosti uredene

²⁰⁴ Okvirni zakon, član 5. stav 1.

²⁰⁵ Proširenje podloge založnog prava, koje u stvari predstavlja napuštanje načela specijalnosti, odgovara tendencijama uporednog prava, mada može da ima posljedice na sigurnost založnih povjerilaca. Na ovaj način se udovoljava zahtjevima moderne kreditne privrede.

²⁰⁶ Okvirni zakon, član 6.

²⁰⁷ Okvirni zakon, član 7.

²⁰⁸ Okvirni zakon, član 8.

²⁰⁹ Okvirni zakon, član 9.

²¹⁰ Okvirni zakon, član 10.

²¹¹ Okvirni zakon, član 11.

²¹² Okvirni zakon, član 12.

²¹³ Okvirni zakon, član 13.

drugim zakonima te promjenu reda prvenstva. Ovakav sistem određivanja prioriteta je kod novina i nije u skladu sa pravnom tradicijom.

3.1.4. Registar zaloga

Registar zaloga se vodi elektronski za cijelu Bosnu i Hercegovinu²¹⁴ i osniva u cilju registracije i dobijanja informacija o založima, posebnim svojinskim pravima, srodnim pravima, stranim pravima i ranije stečenim pravima u skladu sa ovim i drugim zakonima koji dozvoljavaju registraciju. Registar zaloge vodi Kancelarija za registar koja postoji kao osnovna organizaciona jedinica u sastavu Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine. Ministar pravde imenuje šefa Registra zaloge, njegovog zamjenika i ostale službenike koji su tu zaposleni, saglasno Pravilniku o založima. Šef Registra zaloge rukovodi radom ove institucije.²¹⁵

Ministar pravde donosi propise o radu Registra zaloge i proceduri registracije.²¹⁶ Smatramo da su time ministru data prevelika ovlaštenja i da je ovu bitnu materiju trebalo zakonski regulisati. Na ovaj način vidljivo je da je taj značajni segment, jedan od najvažnijih za uspješno provođenje zakona u praksi, nepotrebno marginalizovan.

U ovom poglavlju su određene i neke od glavnih karakteristika sistema Registra zaloge. Tako npr. svakoj registraciji mora biti dodijeljen broj koji označava vrijeme i redoslijed unosa registracije u bazu podataka.²¹⁷ Razumljivo je da se registracijski broj ne može dodijeliti više od jednog puta. Dakle, na taj način se onemogućava istovremeno registrovanje dva ili više zaloge na ime istog založnog povjerioca i u pogledu istog predmeta.

Nakon izvršene registracije, lice može tražiti izvod iz Registra zaloge u vidu Potvrde o registraciji, odnosno Potvrde o rezultatu pretrage. Svaka osoba koja vrši registraciju (ili njenu promjenu) mora potvrdu registracije (odnosno promjene) dostaviti licu koje je označeno kao dužnik, u roku od sedam dana od njenog unosa.²¹⁸ Da bi se ova zakonska obaveza ispunila, dužniku se mora dostaviti papirna kopija prikaza sa ekrana kompjutera. Šef Registra zaloge dužan je da izda traženi izvod, ukoliko je tražilac prije ili istovremeno sa podnošenjem zahtjeva platio propisanu taksu. Prihod ostvaren pružanjem usluga Registra zaloge će predstavljati prihod budžeta institucija Bosne i Hercegovine.²¹⁹ Registar zaloge sa svim

²¹⁴ Elektronski vođen registar omogućava svim zainteresovanim direktno pretraživanje bitnih podataka putem sistema regista ili putem javnog davaoca usluga.

²¹⁵ Okvirni zakon, član 16.

²¹⁶ Ministar pravde BiH donio je Pravilnik o založima, koji je objavljen u Službenom glasniku BiH br. 53/04. Ovim pravilnikom su određene mnoge bitne pojedinosti za funkcionisanje regista u praksi.

²¹⁷ Okvirni zakon, član 18. stav 1.

²¹⁸ Pravilnik o založima, član 17. stav 2.

²¹⁹ Pravilnik o založima, član 7. tačka 5.

podacima mora da bude dnevno dostupan zainteresovanim građanima u entitetskim ministarstvima pravde.²²⁰

Lice koje ima interes za informacije pohranjene u bazi podataka mora izvršiti pretragu. Ona se vrši po osnovu tri kriterijuma: jedinstvenog matičnog broja, odnosno poreskog broja pravnog lica, serijskog broja stvari, ako se zahtijeva da stvar bude tako opisana, i registracionog broja koji je dodijelio Registar zaloga.²²¹

Postojanje i sadržaj podataka koji se nalaze u Registru zaloga može se dokazati isključivo izdatim izvodom. Ovaj dokument ima karakter i dokaznu snagu javne isprave u pogledu činjenica koje su u njemu sadržane, ako se ne dokaže suprotno.²²²

Nakon ispunjenja obaveze koja je obezbijedena zalogom, registraciju bi trebalo izbrisati.²²³ Međutim, ukoliko postoji ekonomski interes da se to ne uradi, registracija može i da ostane. Ovo će se dešavati u slučajevima kada stranke žele da zadrže registraciju da bi se olakšala buduća poslovna saradnja i kako bi se zadržalo pravo prvenstva koje ona omogućava.

Šef Registra zaloga može da odbije registraciju ukoliko, po njegovom mišljenju, ta registracija nije u saglasnosti sa ovim zakonom ili Pravilnikom o zalozima. On je dužan da o tome obavijesti podnosioca u digitalnoj formi, navodeći razloge zbog kojih je to učinjeno.²²⁴ Do odbijanja da se izvrši registracija će doći u situacijama kada nije udovoljeno određenim formalnim uslovima.²²⁵

To je neophodna karakteristika sistema Registra zaloga jer on može funkcionisati samo ako su ispunjeni svi propisani uslovi. Poslije prijema obavijesti, podnositelj zahajeva za registraciju ima mogućnost da ispravi greške i podnese novi zahtjev. Šef Registra ili pak njegovi službenici ne odgovaraju za tačnost unesenih podataka. U pogledu toga postoji odgovornost lica koje vrši registraciju.

3.1.5. Povrede obaveza iz ugovora o zalogu i izvršenju

Ovo poglavlje se bavi izvršenjem prava iz ugovora o zalogu ili ugovora kojim je zasnovano strano pravo u obliku zaloga.²²⁶ Cilj je da se omogući brza i jednostavna zapljena i prodaja predmeta obezbjeđenja.²²⁷

²²⁰ Okvirni zakon, član 18. stav 4, 5 i 6.

²²¹ Okvirni zakon, član 19. stav 1.

²²² Okvirni zakon, član 21.

²²³ Vidjeti član 23. Okvirnog zakona.

²²⁴ Okvirni zakon, član 24.

²²⁵ Primjera radi, u zahtjevu nisu navedeni založni povjerilac ili založni dužnik odnosno obezbjeđenje itd.

²²⁶ Okvirni zakon, član 25. stav 1.

Za postupak izvršenja nadležni su izvršni sudovi entiteta i Brčko-Distrikta Bosne i Hercegovine. Nezadovoljna strana ima mogućnost zaštite svojih prava u parničnom postupku. Pokretanje tog postupka nema uticaja na proces izvršenja.²²⁸

Postupak izvršenja pokreće se na zahtjev založnog povjerioca poslije povrede obaveza iz ugovora o zalogu. Interesantno je da potvrda o registraciji predstavlja izvršni naslov. No, izvršenje će se provesti samo ukoliko založni povjerilac, pored potvrde o registraciji, dostavi sudu i ugovor o zalogu.²²⁹

Založni povjerilac može predložiti dva načina zapljene i prodaje predmeta obezbjeđenja. Prije svega, on može zatražiti da sudski izvršilac oduzme obezbjeđenje i da mu ga preda radi prodaje, a pored toga postoji mogućnost da predloži da sudski izvršitelj oduzme taj predmet i sam izvrši njegovu prodaju.²³⁰ Ukoliko je predmet obezbjeđenja predat založnom povjeriocu, on je obavezan da izvrši prodaju prema uslovima propisanim u zakonu. To je značajna odredba jer su kreditori najbolje upoznati sa tržišnom vrijednošću određenih stvari koje služe kao obezbjeđenje. Založni povjerilac i založni dužnik mogu postići dogovor da i sam založni povjerilac može izvršiti zapljenu predmeta obezbjeđenja, a kasnije i njegovu prodaju. Uslov za to je da postoji pismena saglasnost založnog dužnika, koja se može dati samo nakon povrede ugovora o zalogu.²³¹

Lice koje je određeno da proda obezbjeđenje (založni povjerilac ili službenik za zapljenu) dužno je da najmanje 15 dana prije prodaje tog predmeta o tome obavijesti dužnika i ostale osobe koje su u pogledu toga registrovale svoja prava.²³² Primarna funkcija ovog obavještenja je da za prodaju saznaju lica koja imaju pravo na iskup obezbjeđenja, a isto tako bitno je da založni dužnik ili druga lica mogu da poduzmu mjere nadzora načina prodaje ili kupovine obezbjeđenja. U određenim situacijama ova obaveza ne postoji. Radi se o slučajevima kada odgađanje prodaje može dovesti do propadanja ili smanjenja vrijednosti objekta obezbjeđenja, zatim kada su troškovi vezani za održavanje i uskladištenje obezbjeđenja nesrazmjerno visoki u odnosu na njegovu vrijednost te kada sud odluči da ova obavijest nije neophodna.²³³

²²⁷ Ovaj zakon se ne primjenjuje na izvršenje srodnih prava, posebnih vlasničkih prava, ranije uspostavljenih prava ili stvarnih prava u obliku posebnih vlasničkih prava. Nastanak ovih prava, kao i eventualni izvršni postupak, uređuju posebni zakoni.

²²⁸ Okvirni zakon, član 25. stav 2 i 5.

²²⁹ Okvirni zakon, član 26. stav 1.

Imajući u vidu da sama registracija nije dovoljna za uspostavljanje zaloga, založni povjerilac će morati da dokaže da su ispunjeni uslovi iz člana 4. zakona i da postoji zalog na stvari koju on želi zaplijeniti.

²³⁰ Okvirni zakon, član 26. stav 2.

²³¹ Okvirni zakon, član 26. stav 3.

²³² Okvirni zakon, član 29. stav 1.

²³³ Okvirni zakon, član 29. stav 3.

Novac dobijen prodajom obezbjeđenja, prevashodno se koristi za pokrivanje troškova nastalih izvršenjem ugovora o zalogu, a ostatak se mora položiti na poseban depozitni račun otvoren u banci Bosne i Hercegovine u skladu sa Pravilnikom o zalozima.²³⁴

Savjestan kupac koji kupi stvar u skladu sa zakonom i stekne posjed, postaje vlasnik te stvari bez bilo kakvih tereta, a pri tome nije od značaja da li je prodavac ispunio predviđene zakonske uslove.²³⁵ To je logično rješenje jer kupac ne može znati da li su prilikom prodaje ispunjeni svi traženi uslovi. Jasno je da je prodavac odgovoran za štetu koja je nastala neizvršenjem obaveza iz zakona, ali to ne može da utiče na prava savjesnog kupca. Ukoliko ne postoji kupčeva dobra vjera u ovakvim situacijama, razumljivo je da on ne može da ima pomenuto pravo. Kao što smo već istakli, uslov za zaštitu savjesnog kupca je da predmetnu stvar drži u svom posjedu.

Zakonski povjerilac ili sudski izvršitelj dužni su da založnom dužniku i ostalim zainteresovanim licima u roku od osam dana od dana prodaje daju sve esencijalne informacije u pogledu objekta obezbjeđenja, a novac dobijen prodajom se mora rasporediti u skladu sa odredbama ovog zakona koje uređuju pravo prvenstva.²³⁶

Založni dužnik ili lice sa nižim pravom prvenstva, imaju pravo da u bilo koje vrijeme prije prodaje izvrše iskup obezbjeđenja.²³⁷ Prema tome, ovo pravo nije ograničeno samo na založnog dužnika, već se proteže i na povjerioca sa nižim redom prvenstva, koji ga može realizovati tako što će založnom povjeriocu višeg reda platiti iznos glavnice i prouzrokovane troškove.

3.1.6. Prelazne i završne odredbe

Okvirni zakon uređuje i veoma važno pitanje valjanosti i prava prvenstva zalogu na pokretnoj stvari u situaciji kada je, pored domaćeg pravnog sistema, uključeno i strano pravo.²³⁸ Odredbe o primjeni pravila međunarodnog privatnog prava treba da omoguće nesmetan protok pokretne imovine, kao predmeta zalogu, između Bosne i Hercegovine i drugih država. Bez ovog mehanizma, koji postoji u savremenim sistemima, postojala bi opasnost da se ograniči kretanje pokretne imovine prema lokalnoj jurisdikciji. Primjera radi, postoji situacija kada predmet obezbjeđenja predstavlja garanciju za dva zлага. Prvi zalog je npr. zasnovan u Republici Hrvatskoj, a drugi kasnije u Bosni i Hercegovini. Odredbe

²³⁴ Okvirni zakon, član 30. stav 1.

²³⁵ Okvirni zakon, član 31.

²³⁶ Okvirni zakon, član 32. stav 1 i 2.

²³⁷ Založni dužnik se može odreći prava na iskup, tako što poslije povrede ugovora o zalogu, sklopi pismeni ugovor sa založnim povjeriocem kojim se ovog prava odriče. On se ne može odreći ovog prava prilikom potpisivanja ugovora o zalogu, jer je tada založni povjerilac u dominantnoj poziciji (dužniku je potreban kredit), pa bi to moglo dovesti do zloupotreba na njegovu štetu.

²³⁸ Okvirni zakon, član 35.

Okvirnog zakona služe da se izbjegnu bilo kakve nedosljednosti ili sukob zakona i bave se stranim pravima koja imaju iste karakteristike kao posebno vlasničko pravo ili zalog (jasno bez registracije). Odvojeno se uređuju sukobi takvih prava na tjelesnim stvarima i na potraživanjima. U slučaju da se radi o tjelesnim stvarima primjenjuje se zakon područja na kome se stvar nalazila kada je strano pravo uspostavljeno.²³⁹ Slično pravilo vrijedi i kada su u pitanju suprotstavljeni prava na potraživanjima.

U ovom poglavlju se uređuje i komplikovani problem ranije stečenih prava i pravo prvenstva između ovih prava sa pravima koja su uspostavljena nakon stupanja na snagu Okvirnog zakona. Ranije stečeno pravo, koje je registrovano u Registru zaloga u roku od 90 dana od dana kada je ovaj zakon stupio na snagu, smatra se registrovanim na dan kada je ovaj zakon stupio na snagu. Kupac odnosno zakupac obezbjeđenja ima pravo prvenstva nad ranije stečenim pravom na obezbjeđenju, ukoliko to pravo nije registrovano u Registru zaloga prije nego što je kupac, odnosno zakupac stekao pravo na tom obezbjeđenju.²⁴⁰ Zbog toga je bilo veoma važno izvršiti registraciju ranije stečenih prava jer bez toga ona nemaju zaštitu u odnosu na prava koja su stečena kasnije.

Svako lice koje u skladu sa ovim zakonom traži zaštitu svojih prava mora se ponašati savjesno i prema standardima ponašanja mesta na kome se pravni posao vrši.²⁴¹ Logično je da se uobičajeni standardi ponašanja prihvatljivi na mjestu obavljanja određene transakcije na tržištu određuju prema objektivnom kriterijumu.

Ukoliko je Okvirni zakon u suprotnosti sa drugim zakonima u Bosni i Hercegovini, primjenjivaće se ovaj zakon.²⁴² Dakle, taj zakon ima prvenstvo u odnosu na sve druge zakone koji regulišu ovu oblast.²⁴³ Postavlja se pitanje ustavnosti takvog rješenja, ali se o tome ovom prilikom nećemo detaljnije izjašnjavati. Mislimo da je bilo poželjno normirati i usklađivanje tih zakona sa odredbama Okvirnog zakona i u pogledu toga propisati određene rokove, naravno ukoliko se planira njihovo dalje postojanje

²³⁹ Npr. sudija u BiH će morati da primijeni zakon Republike Hrvatske kako bi odlučio da li je strano pravo valjano u BiH.

²⁴⁰ Okvirni zakon, član 36.

²⁴¹ Okvirni zakon, član 37.

²⁴² Okvirni zakon, član 38.

²⁴³ Republika Srpska je donijela Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udjelima (Službeni glasnik RS br. 16/00 i 52/01), a Federacija BiH Zakon o registriranim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udjelima (Službene novine Federacije BiH br. 17/02). Sličan propis postoji i u Brčko Distriktu BiH. Za implementaciju ovih zakona nisu bile ispunjene tehničke pretpostavke. Pomenuti zakoni su doneseni pod uticajem rješenja poljskog prava, Model – zakona Evropske banke za obnovu i razvoj, kao i američkog prava.

O bezdržavinskoj zalozi u Republici Srpskoj v. D. Medić, Bezdržavinska zaloga u pravu Republike Srpske, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama Jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, str. 186-197.

4. Zaključak

Normiranje materije obezbjeđenja potraživanja je jako delikatno jer na odgovarajući način treba pomiriti interes sigurnosti povjerilaca i dužnika, kao i trećih lica. U praksi je očigledno da ne postoji takvo sredstvo obezbjeđenja koje optimalno rješava sve ove probleme. Ono što je svakako najbitnije je da je Okvirnim zakonom izbjegnuto negativno dejstvo deposesije, a omogućen adekvatan publicitet prava založnih povjerilaca upisom u registar zaloga. Ovaj propis, i pored navedenih nedostataka, zaslužuje prelaznu ocjenu zbog toga što su njime normativno uobičene osnovne karakteristike koje mora da ima jedno ovakvo sredstvo osiguranja da bi moglo da posjeduje upotrebnu vrijednost. Ovdje prevashodno mislimo na efikasnu zaštitu povjerilaca u odnosu na treća lica i u odnosu na založnog dužnika. Sistem registracije je dosta brz i jednostavan. Registar ne daje podatke o pravu svojine na objektu, već samo informaciju o opterećenju, pri čemu ne važi pretpostavka tačnosti i potpunosti podataka koji su uneseni. Jako je važno da je sistem dostupan u cijeloj državi i podoban za samostalnu pretragu.

Kao što se iz izloženog može primijetiti, koncepcija navedenog zakona (a i entitetskih zakona iz ove oblasti, kojima se u ovom radu nismo detaljnije bavili) bazira se na sljedećem:

- zalogodavac zadržava založenu pokretnu imovinu u svom posjedu, što mu omogućava njeno stalno i produktivno korištenje te ostvarivanje finansijskih pretpostavki za blagovremeno ispunjenje obaveze (npr. taksista založi svoj putnički automobil, ali pomoću njega i dalje ostvaruje prihode kako bi mogao vratiti dug);
- zalogodavac može dati u zalog cijelokupnu svoju imovinu
- zalogoprimec ima mogućnost sigurne procjene kreditne sposobnosti zalogodavca i
- zalogoprimec u slučaju potrebe ima na raspolaganju efikasan sistem za ostvarivanje svojih prava ukoliko dužnik na vrijeme ne ispuni svoju obavezu.

Od usvojenih rješenja sve strane bi trebale da imaju višestruke koristi. Budžet dobija prihode od taksa koje se plaćaju na ime registracije i izdavanja izvoda iz regalarskih uložaka. Zajmoprimec ima mogućnost da u zalogu da cijelokupnu svoju imovinu i dobije kredit koji je jednak njenoj ukupnoj vrijednosti. S druge strane, zalogodavac može da dobije u zalogu ne samo imovinu kupljenu sredstvima kredita, nego i svu imovinu dužnika, koji ne prekida svoju uobičajenu poslovnu aktivnost u kojoj se založena imovina koristi. Sigurniju poziciju i veću garanciju za svoje zajmove imaju i banke, kao posebna kategorija zajmodavaca. To bi, u skladu sa postojećim bankarskim propisima, trebalo da reducira odredbe kojima se uslovjava

i ograničava davanje kredita, smanji kamatne stope, te inflacijski pritisak. Postojanje centralnog registra je veoma značajno i ima zadatak da omogući brzu i pouzdanu informaciju, da spriječi mnoge zloupotrebe i da znatno doprinese povećanju sigurnosti zajmodavaca. Ipak, ovim zakonom nije otklonjen najkrupniji nedostatak jednog bezdržavinskog sredstva obezbjedenja, a to je da založni povjerilac posjed stvari, u slučaju dužnikovog odbijanja, može steći samo sudskim putem. Naravno da će dalji proces primjene zakona (život je mnogo suptilniji od propisa) otvoriti još mnoge dileme i sporna pitanja koja u vezi ovoga mogu da nastanu i tek protekom vremena će se sa sigurnošću moći vidjeti kako će sve propisano da funkcioniše u praksi.

Međutim, donošenje Okvirnog zakona, koji ima prioritet, pored postojanja ranije donesenih zakona iz ove oblasti (koji se, istina, nisu ni počeli primjenjivati), otvorilo je dosta dilema koje treba riješiti u narednom periodu. Očigledno je da je taj zakon imao pretenziju da riješi sva esencijalna pitanja koja se tiču ove vrste založnog prava pa se opravdano postavlja i pitanje smisla daljeg postojanja entitetskih zakona. Zbog toga njegov naziv, u stvari, predstavlja samo privid. Takođe, vidljivo je da su ovim zakonom, pored institucionalnih i procesualnih, propisani i materijalnopravni aspekti iz ove oblasti založnog prava. Nesumnjivo je da to predstavlja negativan primjer pokušaja da se pravni sistem reformiše na konzistentan način jer zakonodavna tradicija i razlozi pragmatičnosti nalažu da založno pravo bude sveobuhvatno regulisano upravo u zakonu koji uređuje vlasništvo i ostala stvarna prava,²⁴⁴ dok je ovim zakonom trebalo samo omogućiti uvođenje registra i postaviti osnovne principe njegovog rada.²⁴⁵ Isto tako, Okvirni zakon je tako koncipiran da njegov nomotehnički koncept nije u duhu naše pravne tradicije, što u procesu primjene može da dovede do neželjenih problema.

No, nema sumnje da donošenje ovog zakona ima veliki značaj za razvoj povoljnog ambijenta za komercijalne aktivnosti. Investitore treba ubijediti u sigurnost njihovog ulaganja u Bosni i Hercegovini. Zahvaljujući postojanju takvog zakona, kreditori imaju priliku da dođu do potpunih obavještenja koja su relevantna za donošenje eventualne odluke o njihovim budućim investicijama. Nedvojbeno je da ovaj zakon, zajedno sa drugim reformskim propisima, treba da odigra ključnu ulogu u razvoju tržišne privrede i uspješnom provođenju procesa tranzicije. Posebno je značajno da se registracija zaloga odvija bez uključivanja

²⁴⁴ Preporuke međunarodnih organizacija se zalažu za funkcionalni pristup i jedinstveno regulisanje prava obezbjedenja u okviru jednog zakona.

²⁴⁵ Kod postojećeg stanja stvari, nedavno doneseni Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (Službeni list RS br. 124/08) je u članu 144. stav 1. samo propisao da se na pokretnim stvarima i pravima može osnovati založno pravo upisom u registar zaloga pod prepostavkama i na način određen posebnim zakonom (registarsko založno pravo).

sudova, koji su preopterećeni drugim poslovima, te što je predviđen relativno brz i efikasan postupak izvršenja. Ipak, najvažnije je da je registrovana zaloga konačno zaživila u pravom smislu riječi i da je postala stvarnost na ovim prostorima, kako zbog njenih prednosti u odnosu na ručnu zalogu, tako i zbog činjenice da može predstavljati supstitut hipoteci u situacijama kada se ona ne može uspostaviti zbog problema koji su vezani za evidenciju nekretnina.

LITERATURA:

- Babić D., Založno pravo na nepokretnim i pokretnim stvarima i pravima i evidencija zaloge i tražbine, Beograd, 2008.
- Barbić J., Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, u novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996.
- Braniselj E., Osiguranje tražbina u slovenačkom pravu i uloga javnog bilježnika u izboru vrste osiguranja, Javni biljeznik 7/99
- Cabrillac M., Mouly C., Droit des sûretés, cinquième édition, Paris, 1999.
- Čelić D., Pravo zaloge prema "Uredbi" Specijalnog predstavnika za Kosovo i Metohiju, Pravni život, br. 10/05.
- Čulinović Herc E., Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema ovršnom zakonu – Pravni okvir i primjena, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19., Supplement, 1998.
- Čulinović Herc E., Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998;
- Doskotz E., Faustpfand oder Registerpfand (Mobilienhypothek) als moderne Pfanderchtsar an beweglichen Sachen, diss., Erlangen, 1934.
- Đuranović D., Registar po Zakonu o zalozi kao sredstvu obezbjeđenja potraživanja, u Simpozijum u Cavatu, Doprinosi reformi vanparničnog postupka u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2005.
- Durutović E., Obezbeđenje povjerilaca po Zakonu o fiducijarnom prenosu prava svojine, u Stvarnopravna sredstva obezbjeđenja novčanih potraživanja, Zbornik radova i zaključaka sa savjetovanja održanog u Podgorici 13. juna 2003. godine, Podgorica, novembar, 2003.
- Eraković A., Založno pravo na pokretninama – posebnosti prema Zakonu o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, u Barić M., Eraković A., Ernst D., Gulin H., Jelčić O., Josipović T., Koharić Z., Matko Ruždjak J.,

Porobija S., Stuhne Z., Zaštita vjerovnika – pravni, porezni i računovodstveni aspekti, Zagreb, 2006.

Gavella N., Josipović T., I. Gliha I., V. Belaj V., Stipković Z., Stvarno pravo, Zagreb, 1998.

Gavella N., Založno pravo, Zagreb, 1992.

Gloginić A. - Ninaca, Pravo zaloge, Specijalni prilog Savremene prakse, br. 1/04.

Gloginić A., Glavna sredstva pojačanja ugovora, Beograd, 2004.

Gloginić A., Pravo zaloge, Zbirka propisa sa komentarima i sudskom praksom, Beograd, 2005.

Janevski A., Obezbeđenje potraživanja prenosom svojine na stvari i prenosom prava po Zakonu o obezbeđenju potraživanja, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse," Mostar, 2008.

Janevski A., Uloga notara u zasnivanju i realizaciji ugovornog zaloge po Zakonu o ugovornom zalogu, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse," Mostar, 2007.

Jasika N., Založno pravo na pokretnim stvarima upisanim u registar, u Zborniku radova sa savetovanja "Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa", Novi Sad, 2005.

Jelčić O., Upis u Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima – sredstvo zaštite vjerovnikove tražbine, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse," Mostar, 2007.

Jelčić O., Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretninama i pravima, u Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb, 2006.

Jessel-Holst C., Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Europe, Bremen, 2003.

Klepić D., Povodom Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima, Pravni informator, br. 2/04.

Konstantinović M., Hipoteka na stoci, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3-4/82.

Medić D., Bezdržavinska zalogu u uporednom pravu, Srpska pravna misao, br. 1-4/00.

Medić D., Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja (doktorska disertacija), Novi Sad, 2004.

Mićović M., Savremena sredstva realnog obezbjeđenja bankarskih kredita, Srbija i evropsko pravo, Knjiga IV, Kragujevac, 1999-2000.

Milović, Novi propisi o založnom pravu na pokretnim stvarima, u Budvanski pravnički dani, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2004.

Mutapčić Dž., Registrirane zaloge na pokretnim stvarima i članskim udjelima, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2003.

Novaković M., Zaloga kao sredstvo obezbjeđenja potraživanja prema novom Zakonu o zalozi, u Stvarnopravna sredstva obezbjeđenja novčanih potraživanja, Zbornik radova i zaključaka sa savjetovanja održanog u Podgorici 13. juna 2003. godine, Podgorica, novembar, 2003.

Offinger K., Das Fahrnispfand, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, zweite und neu gearbeitete Auflage, Zürich, 1952.

Povlakić M., Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu, doktorska disertacija, Sarajevo, decembar 2001.

Povlakić M., Registrirana zaloga u BiH, u Zborniku radova sa međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse," Mostar, 2008.

Povlakić M., Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003.

Rašović Z., Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, Podgorica, 1997.

Rašović Z., Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Crne Gore, Podgorica, 1999.

Rašović Z., Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, II knjiga, Podgorica, 2009.

Rašović Z., Stvarno pravo, Beograd, 2005.

Rašović Z., Založno pravo na pokretnim stvarima, Podgorica, 1992.

Schrameyer K., Mazedonien: Gesetz über Eigentum und sonstige dingliche Rechte, WiRO br. 11/01.

Simonetti P., Mobilijarna hipoteka, Privreda i pravo, br. 1-2/93.

Stanković G., Procesne odredbe u Zakonu o založnom pravu u pokretnim stvarima upisanim u registar, Pravni život, br. 12/03.

Stojanović D., Bezdržavinska zaloga (pokretna hipoteka), Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu u 1971. godini.

Stojanović D., Stvarno pravo, Beograd, 1977.

Tajti T., Comparative Secured Transactions Law, Budapest, 2002.

Tešić N., O predmetu založnog prava, Pravni život, br. 10/03.

Tešić N., Registrovana zaloga, Beograd, 2007.

Živković M., O reformi realnih obezbeđenja u jugoslovenskom pravu, u Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003.

**UDK: 339.187.6:34(497.6)
347.7(497.6)**

Dr. Miloš Trifković

**NOVA ENTITETSKA REGULATIVA LEASING/LIZING
DJELATNOSTI KAO FAKTOR JEDINSTVENOSTI
EKONOMSKOG I PRAVNOG PROSTORA BOSNE I
HERCEGOVINE**

**NEW ENTITIES' LEGISLATION ON LEASING ACTIVITY AS
THE FACTOR PROVIDING SINGLE ECONOMIC AND
LEGAL SPACE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Rezime

Zakoni o lizingu Republike Srpske iz 2007. i Federacije BiH iz 2008.godine određuju lizing kao osnovnu i isključivu finansijsku djelatnost društava kapitala pod jakom regulatornom ingerencijom nadležne entitetske agencije za bankarstvo. Da bi se utvrdio uticaj dva zakona za istu privrednu djelatnost na: jedinstveni ekonomski prostor Bosne i Hercegovine, harmoniziranost pravnog poretka i na položaj bosanskohercegovačkih primalaca lizinga u međunarodnim transakcijama, ispitane su sličnosti i razlike koje među tim zakonima postoje. Slijede najvažniji zaključci iz provedene analize. Usvajajući isti model lizinga, entitetski zakoni nastavljaju trend postepenog sistemskog uspostavljanja jedinstvenog tržišta. Najveću prepreku njegovom ostvarivanju čine obavezno djelovanje lizing društava na području drugog entiteta posredstvom poslovnica, te shodno tome, dvostruki nadzor nad radom lizing društava. Bez vidljivog opravdanja, nepodudarnosti u nomotehnicici, te

materijalnim i proceduralnim normama su veće od onih na nivou pravnog sistema. Članak sadrži prijedloge za ublažavanje štetnih posljedica ovih nepodudarnosti. U tom kontekstu je sugerisano i noveliranje Zakona o sukobu zakona kojim bi se lizing poslovi sa elementom inostranosti privukli pod domaće pravo Bosne i Hercegovine.

Summary

The Laws on Leasing, passed in the Republic of Srpska in 2007 and in Federation of B&H in 2008, define leasing as the basic and sole financial activity of a corporation under strong regulatory regime of entities' banking agencies. The examination of similarities and differences between the two Laws regulating the same business activity led to findings of their impact on: single economic space in B&H, harmonized legal system and on B&H lessees in international transactions. The most important conclusions are following. Adopting the same leasing model, the entities' Laws continue the trend of gradual establishment of the single market in B&H. The biggest obstacles to its completion is the duty of a corporation to establish subsidiary if it wants to pursue leasing business in another entity and, consequently, double regulatory supervision. Without any visible reason, differences in drafting techniques and substantive and procedural norms are greater than on systemic level. The paper contains proposals for mitigation of damaging consequences those discrepancies produce. In this context, there is a suggestion to novel the law on IPL as to subtract international leasing contracts to BH domestic law.

Ključni pojmovi: leasing/lizing; leasing/lizing društvo; poslovna jedinica/podružnica; Bosna i Hercegovina; entiteti; jedinstveno tržište; harmonizovan pravni poredak; nomotehničke razlike; sličnosti u legislativi; razlike u legislativi.

Key words: leasing; leasing company; branch office; Bosnia and Herzegovina; entities; single market; harmonized legal system; drafting differences; legislative similarities; legislative differences.

I POJAM I RAZVOJ LEASINGA/LIZINGA

1. „Leasing“(li:sing) je engleska riječ, koja označava davanje ili držanje po osnovu zakupa ili najma.²⁴⁶ Izvedena je od glagola „to lease“ (li:s) čije je smisao: dati odnosno uzeti u zakup ili najam. Pored kolokvijalnih značenja „zakup“ i „najam“, imenica „lease“ u common law označava ugovor o zakupu, odnosno najmu. Od sredine pedesetih godina prošlog vijeka²⁴⁷ pojam „leasing“ najprije u SAD-u a potom i u drugim pravima mijenja svoje

²⁴⁶ Merriam – Webster's Collegiate Dictionary, 11th Edition, Merriam Webster Incorporated, 2004, str. 708

²⁴⁷ Ova vremenska odrednica izražava dominantan stav teorije. O tome vidjeti Miloš Trifković, Milić Simić, Veljko Trivun, Vedad Silajdžić, Fadima Mahmutčehajić: „Međunarodno poslovno pravo“, redaktor: Miloš Trifković, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2009., str. 312. Ovo djelo dalje će se citirati kao Trifković et al., isto djelo, str.), str.312 i Backović dr. Enver: „Finansiranje spoljnotrgovinskih transakcija“, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2007, str. 203

klasično značenje. On postaje tehnički termin „kojim se označava složena organizaciona, tehnička, tehnološka, ekonomski, komercijalna i pravna operacija namijenjena zadovoljavanju raznovrsnih potreba privrednih i drugih subjekata vezanih za teretno sticanje upotrebnih vrijednosti stvari pribavljanjem vremenski ograničenog prava korištenja na njoj“.²⁴⁸

Najprije u našoj poslovnoj praksi, a zatim i u zakonodavstvu aktivnost profesionalnog iznajmljivanja pored standardnog izvornog oblika „leasing“ dobija i specifičan, fonetski prilagođen istoznačni oblik „lizing“. Zato, usprkos zahtjevima korektne stručne terminologije,²⁴⁹ slobodno koristimo oba oblika.

2. Razvoj lizinga je bio eksplozivan. Ova teza se ekonomski može dokazati i na slučaju Bosne i Hercegovine. Danas u našoj državi postoji devet društava kojima je lizing osnovna djelatnost. Samo jedno društvo ima sjedište u Republici Srpskoj.²⁵⁰ Prvo lizing društvo je osnovano 2001., a dva posljednja u 2007. godini. Ni jedan od tih subjekata nije u isključivo domaćem vlasništvu.²⁵¹ Za šest od devet društava se već iz firme vidi da su uključena u sisteme velikih stranih banaka, tako da utvrđivanje stvarne kontrole podizanjem „korporativnog vela“²⁵², odnosno utvrđivanjem statusa povezanih društava, u slučaju potrebe ne bi predstavlja problem. Vodeća kuća je „Hypo Leasing“ sa 32% tržišnog učešća.²⁵³ Analiza web stranica lizing društava i telefonska anketa pokazuju da je 2008. godini postojalo ukupno 28 poslovnica. U proteklih 18 mjeseci lizing društva sa sjedištem u FBiH zatvorila su značajan broj svojih poslovnica, tako da danas samo tri imaju podružnice u RS.²⁵⁴ Društva su 2005. osnovala Udruženje društava za leasing u Bosni i Hercegovini²⁵⁵.

Vrijednost zaključenih ugovora je do 2008. godine rapidno rasla.²⁵⁶ Zbog recesije i nepovoljnog šireg zakonskog okvira u 2008. godini dolazi do pada obima i vrijednosti ugovorenih poslova za oko 10%.²⁵⁷ Stanje prikazujemo Tabelom br. 1²⁵⁸

Tabela 1: Ukupna vrijednost zaključenih ugovora o lizingu

R. br.	Vrsta lizinga	Godina /Vrijednost u milionima eura			
		2005.	2006.	2007.	2008.
1	2	3	4	5	6
1	Automobili	81,645	87,923	134,020	137,100
2	Oprema	78,214	58,258	89,466	78,500
3	Nekretnine	32,080	90,790	157,063	135,200
4	Ostalo	2,080	2,004	6,556	0,850
5	Ukupno	185,025	238,975	387,105	351,650

²⁴⁸ Miloš Trifković,et al., isto djelo, str. 311

²⁴⁹ Vidjeti članove 34 – 38, „ Terminologija“, Jedinstvenih pravila za izradu pravnih propisa u institucijama Bosne i Hercegovine, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, 16.01.2005. godine (dalje će se citirati i kao : Jedinstvena pravila).

²⁵⁰ „Nova lizing“ d.o.o., Banja Luka

²⁵¹ Vidjeti web-stranice leasing društava navedene na www.leasing.org.ba

²⁵² O „podizanju korporativnog vela“ vidjeti Paul Davies: „Introduction to Company Law“, Oxford University Press, Oxford , 2002, str. 37 – 38.

²⁵³ „Kriza zaustavila rast lizinga“ (www.capital.ba)

²⁵⁴ Informacija je dobijena telefonom iz Udruženja društava za leasing BiH u septembru 2009. godine.

²⁵⁵ Podaci se nalaze na www.leasing.org.ba

²⁵⁶ „Leasing u BiH u stalnom porastu“, ONASA 08.07.2008 (www.leasing.org.ba)

²⁵⁷ „Kriza zaustavila rast lizinga“ (www.capital.ba)

²⁵⁸ Tabela je uradena prema www.leasing.org.ba, link Novosti/Godišnji izvještaji

3. Na pravnom planu razvoj lizinga se može pratiti kroz transformaciju zakonodavnog i regulatornog tretmana lizing operacija: zakup sa svojstvima građanskopravnog ugovora privrednog subjekta – davanje stvari u zakup kao posao koji spada u sporedne djelatnosti privrednih subjekata – lizing sa obilježjima osnovne privredne djelatnosti – lizing kao posebna finansijska osnovna djelatnost. Bosna i Hercegovina je 2007. stupila u posljednju navedenu fazu razvitka lizing djelatnosti. Sredinom te godine Republika Srpska je donijela Zakon o lizingu.²⁵⁹ Federacija Bosne i Hercegovine je svoj Zakon o leasingu proglašila krajem 2008.godine.²⁶⁰

Izloženo makro - ekonomsko, poslovno i pravno stanje otvara brojna pitanja sistemske i tehničke naravi. Ova tri aspekta su suštinski neodvojiva. Ipak, budući da smo već izvršili prvo dogmatičko i normativno ispitivanje domaćeg i međunarodnog pozitivnog prava,²⁶¹ u ovoj analizi ćemo težište staviti na istraživanje pravносистемskih aspekata novog entitetskog zakonodavstva o leasingu/lizingu.

II METODOLOŠKE ODREDNICE

1. Problemi koji postoje u ispitivanju pravносистемskih aspekata novih zakona o lizingu entiteta su brojni. Oni se mogu svesti na tri najvažnija:

- a) Da li dva entitetska zakona o leasingu/lizingu jačaju ili slabe jedinstven ekonomski prostor Bosne i Hercegovine?
- b) U kojoj mjeri dva entitetska zakona o leasingu/lizingu odgovaraju potrebama harmonizacije pravnog poretku u Bosni i Hercegovini?
- c) Kakav uticaj imaju dva entitetska zakona o leasingu/lizingu na položaj domaćih subjekata u lizing transakcijama sa elementom inostranosti?

2. Osnovni ciljevi istraživanja su sljedeći

- a) Utvrditi sličnosti i razlike zakonskih regulativa lizing djelatnosti;
- b) Ukazati na rješenja u domaćem zakonodavstvu kojima se mogu zaštiti interesi domaćih subjekata u lizing transakcijama sa elementom inostranosti;
- c) Dati juridičku ocjenu odnosa entitetskih zakona o leasingu/lizingu sa stanovišta jedinstvenosti ekonomskog i pravnog prostora u Bosni i Hercegovini

3. Generalne hipoteze se mogu formulisati na sljedeći način:

- a) U postojećoj ustavnoj i pravnoj situaciji, novo entitetsko zakonodavstvo se pridržava minimalnih zahtjeva Člana I.4. Aneksa IV Dejtonskog sporazuma koji uspostavlja zahtjev za postojanjem jedinstvenog ekonomskog prostora;
- b) Regulativa dva entitetska zakona o leasingu/lizingu se u materijalno-pravnom i nomotehničkom pogledu znatno razlikuju, ali postoje metode interpretacije zakona i ujednačavanja podzakonske regulative kojima se razlike mogu značajno umanjiti.
- c) Različit nivo usklađenosti entitetskih zakona o leasingu/lizingu sa UNIDROIT Konvencijom o finansijskom lizingu (Ottawa 1988.) može imati direktni i indirektni uticaj na položaj domaćih subjekata, naročito onda kada se kao davalac lizinga pojavljuje lice sa sjedištem na području države članice Konvencije.

4. Predmet rada je već implicitno određen. Najkraće rečeno u njega ulaze:

- a) Regulativa domaćih izvori prava, posebno dva etnitetska zakona o leasingu/lizingu;
- b) Režim UNIDROIT Konvencije o finansijskom leasingu/lizingu

²⁵⁹ Sl. gl. RS 70/07. Dalje ćemo ovaj zakon citirati kao ZL RS

²⁶⁰ Sl.n. FBiH 85/08. Dalje ćemo ovaj zakon citirati kao ZL FBiH

²⁶¹ Vidjeti Trifković et al., str. 311 - 350

Definisanje predmeta uslovljava i izbor juridičkih metoda. Pored dogmatičnog i normativnog, neophodna je i primjena pravno-političkog metoda. Činjenice da su zakoni doneseni unutar zadnje dvije godine, zahtijeva da u pristup *de lege lata*, dominira nad posmatranjem predmeta iz ugla budućeg zakonodavstva (*de lege ferenda*).

III ANALIZA IZVORA PRAVA

1. Isključiva nadležnost za donošenje propisa o finansijama i finansijskim institucijama, uključujući i leasing/lizing nalazi se u entitetima.²⁶² Pri vršenju ove nadležnosti entiteti se moraju pridržavati načela i odredbi Aneksa IV Dejtonskog sporazuma²⁶³, koji u pravno-tehničkom smislu predstavlja Ustav države Bosne i Hercegovine.²⁶⁴

Teleološka interpretacija Ustava vrši se najprije u skladu sa odredbama preambule. Za leasing/lizing je najznačajniji četvrti stav uvodnog dijela Ustava²⁶⁵. U njemu su postavljeni sljedeći ciljevi: postizanje opšte dobrobiti i ostvarivanje ekonomskog razvoja kroz zaštitu privatnog vlasništva i promociju tržišne ekonomije. Ovi ciljevi su operacionalizirani u Članu I. 4: „Postojaće sloboda kretanja širom Bosne i Hercegovine i Entiteti neće ometati punu slobodu kretanja lica, robe, usluga i kapitala kroz Bosnu i Hercegovinu.“ Time su postavljene ustavne pretpostavke jedinstvenog ekonomskog prostora kao zajedničkog tržišta u Bosni i Hercegovini. Njihov domaćaj je određen članovima III, VI i VII Ustava BiH, te kasnijom legislativom. Za djelatnost lizinga posebno je važno da ove slobode budu u pravu definisane što šire, a u praksi ostvarene simultano. Takav ishod se postiže zakonodavstvom, pa ćemo se ovim pitanjima baviti pri ispitivanju zakona kao izvora prava.

2. Bosna i Hercegovina nije ni potpisala ni ratificovala UNIDROIT Konvenciju o međunarodnom finansijskom leasingu, Ottawa 20 maj 1988.²⁶⁶ Shodno tome, ova Konvencija nije formalnopravni izvor prava u Bosni i Hercegovini. Njena primjena i na lizing poslove sa elementom inostranosti u Bosni i Hercegovini je moguća na osnovu pravila međunarodnog privatnog prava. Ona su sadržana u Zakonu o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima²⁶⁷ i u samoj Konvenciji.

Zakon o regulisanju sukoba zakona (ZRSZ) u članu 19 polazi od principa autonomije volje stranaka u izboru mjerodavnog prava (*lex autonimiae*). Ukoliko stranke nisu iskoristile ovu mogućnost, koliziona norma čl. 20, stav 1, tačka 7 predviđa da se na ugovore o zakupu pokretnih stvari primjenjuje „pravo mjesta gdje se u vrijeme prijema ponude nalazilo prebivalište, odnosno sjedište zakupodavca“. Pošto lizing poslovi po svojoj pravnoj prirodi spadaju prvenstveno u zakup, navedena norma upućuje na pravo zemlje davaoca lizinga.

²⁶² Član III.1 Aneksa IV Opštem okvirnom sporazumu za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski sporazum) koji predstavlja Ustav BiH. Član III.1 Ustava FBiH prema Amandmanu VII. Čl. 68 Ustava RS prema Amandmanu XXXII.

²⁶³ Član III.3 Ustava BiH.

²⁶⁴ Pravna priroda Aneksa IV Dejtonskog sporazuma kao ustava je specifična. Za istorijski pristup ovome aktu vidjeti Gro Nystuen : „The Constitution of Bosnia and Herzegovina: *State versus entities*“, Law & European affairs, 1977/4 . Zanimljiva pravno politička analiza se nalazi kod Sienho Yee: „The new Cosntitution of Bosnia and Herzegovina“, 7 EJIL (1966), str. 176 – 192. Najvažnije pravno-tehničke specifičnosti Ustava BiH obrađene su kod Kuzmanović dr. Rajko: „Ustavnost Bosne i Hercegovine u svjetlu novog svjetskog poretku i tranzicije“, Arhiv za pravne i društvene nauke, 3/2002, str. 331 - 346

²⁶⁵ Kuzmanović dr. Rajko, isto djelo, str.343 – 244, smatra da preambula formalno nije sastavni dio Ustava BiH.

²⁶⁶ www.unidroit.org. Trifković Miloš et al., isto djelo, str. 316 – 317. Rješenja ove Konvencije su izložena u poglavju „Ugovor o leasingu/lizingu“, isto djelo, str. 311 – 337, pa ih nećemo ponavljati.

²⁶⁷ Zakon je objavljen u Sl. SFRJ 43/82, a primjenjuje se kao BH propis na osnovu Uredbe sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakoni (Sl.l. RBiH 2/92). Ovaj Zakon ćemo citirati kao: ZRSZ

Konvencija o finansijskom lizingu u članu 3. sadrži sopstvena koliziona pravila. Primarni uslov za primjenu Konvencije je da davalac i primalac lizinga imaju svoja stalna mjesta poslovanja u različitim državama, tj. da se radi o međunarodnom lizingu. Sekundarni uslov je postavljen alternativno. Traži se, najprije, da države mjesta poslovanja davaoca i primaoca lizinga, kao i dobavljača/isporučioca predmeta lizinga budu članice Konvencije. Ukoliko to nije slučaj, Konvencija će se ipak primijeniti, ako su i ugovor o isporuci predmeta lizinga i ugovor o lizingu podvrgnuti pravu države članice. Primalac lizinga, dakle, ne mora imati stalno mjesto poslovanja u državi članici Konvencije da bi ona, zavisno od sjedišta drugih učesnika, važila i za primaoca lizinga. Obzirom da veliki broj isporučilaca predmeta lizinga i davalac lizinga dolazi iz razvijenih država koje su članice Konvencije,²⁶⁸ druga varijanta znatno proširuje domen važenja Konvencije.

U suštini, i domaće i konvencijsko međunarodno privatno pravo upućuju na poredak zemlje davaoca lizinga. Takvo rješenje je potencijalno nepovoljno po interese domaćih primalaca/korisnika lizinga. Prava mjera njihove zaštite mogla bi da bude stvaranje posebne kolizione norme kojom bi se lizing poslovi privukli pod nacionalni poredak primaoca. Zbog toga što je spoljnotrgovinska politika u isključivoj nadležnosti države²⁶⁹, predloženo rješenje može naći svoje mjesto u Zakonu o regulisanju sukoba zakona, a ne u entitetskim zakonima o leasingu/lizingu. Dok to ne bude učinjeno, ugovaranje BH prava, a to znači i zakona o leasingu/lizingu, ostaje jedini instrument zaštite domaćih primaoca lizinga.

3. Treće mjesto zakona na hijerarhijskoj ljestvici izvora prava ne odražava njihov stvarni značaj za regulisanje pravnih odnosa uopšte, pa ni u lizing djelatnosti. Zakoni relevantni za lizing moraju se podijeliti u tri osnovne grupe: one koji određuju stepen jedinstvenosti tržišta, opšte zakonske propise koji se direktno primjenjuju na status i funkcioniranje subjekata lizing konstrukcije i zakone o lizingu entiteta. Pri analizi svake grupe zakona zadržaćemo se isključivo na normativnom nivou.

a) Da bi zajedničko tržište imalo obilježja jedinstvenog tržišta, nužno je da na njemu, pored četiri slobode kretanja, postoje: potreban broj državnih institucija nadležnih za privredu, ujednačeni najvažniji ekonomski sistemi i politike, te harmoniziran pravni poredak.²⁷⁰ Početno ispitivanje stanja jedinstvenog tržišta BiH upoređivanjem sa jedinstvenim tržištem Evropske unije do kraja 2002. godine već smo obavili.²⁷¹ Zaključak je bio da napredak u izgradnji jedinstvenog tržišta postoji, ali da je nedopustivo spor.

Naknadno istraživanje izvršili je za period 2003. - 2008. godina. U tom razdoblju doneseno je 14 specijalnih zakona o osnivanju institucija na nivou države Bosne i Hercegovine čija se nadležnost direktno odnosi i na uspostavljanje jedinstvenog tržišta.²⁷² Ukoliko se uzmu u obzir i institucije predviđene zakonima o pojedinim sistemima, broj novoformiranih državnih tijela posvećen jedinstvenom ekonomskom prostoru je daleko veći (Agencija za statistiku, Konkurencijsko vijeće, Agencija za osiguranje depozita u bankama

²⁶⁸ Francuska, Mađarska, Italija, Rusija, Sjedinjene Države Amerike

²⁶⁹ Član III.1,b) Ustava BiH

²⁷⁰ Vidjeti Trifković dr. Miloš: „Jedinstveno jugoslovensko tržište i njegova zaštita“ u „Ekomska stabilizacija i pravni sistem SFRJ – Ostvarivanje dugoročnog programa ekomske stabilizacije dogradnjom pravnog sistema“, Savremena praksa, prilog broju 10, 1984, str. 75-76 naročito.

²⁷¹ Miloš Trifković: „Rule of Law as a Challenge for Market Economy in the 21st Century – the Case of Bosnia and Herzegovina“, Economic Sciences before the Challenges of the XXI Century , Jubilant Collection of Papers of the Economic Faculty of Sarajevo, October 2002, str.448 – 450 za jedinstveno tržište i str. 445 – 447 za pravni sistem.

²⁷² Samo u 2004. godine je doneseno devet ovakvih državnih zakona. Njima su formirane: Uprava za indirektno oporezivanje, Nezavisni operator sistema, Kompanija za prenos električne energije, instituti za: intelektualno vlasništvo, mjeriteljstvo i standardizaciju, Agencija za unapređenje direktnih stranih ulaganja , Agencija za osiguranje i Izvozno kreditna agencija.

itd.). Sistemi koji su uspostavljeni posebnim državnim zakonima mogu se različito definisati i klasificirati. Najvažnijim smatramo one koji se tiču: poreza, nadzora nad kvalitetom i tržistem, transporta i komunikacija, konkurencije, zaštite potrošača, registracije privrednih subjekata, registracije zaloge i elektronske trgovine. Za svakodnevno lizing poslovanje posebno su značajna dva posljednja sistema. Od akata koji su i po naslovu posvećeni politikama ističu se Dokument o politici dodjele koncesija u BiH²⁷³ i Zakon o carinskoj politici²⁷⁴. Formiranje jedinstvenih politika, međutim, znatno je zatupljenije u zakonodavstvu. Kao dobar primjer može se navesti oblast poljoprivrede.²⁷⁵ Iz svega se može zaključiti da je tendencija transformiranja zajedničkog u jedinstveno tržište Bosne i Hercegovine na normativnom planu nastavljena.

b) Iz člana 1. oba entitetska zakona o leasingu/lizingu jasno se vidi da je lizing uspostavljen kao posebna osnovna djelatnost finansijskog karaktera. Na toj osnovi, svaki od entitetskih zakona ima svojstvo *lex specialis*. Ova karakteristika je i izričito istaknuta.²⁷⁶

Zakoni opšteg karaktera koji uređuju pojedina pitanja i iz lizing djelatnosti primjenjuju se najprije na osnovu poziva samih zakona o leasingu/lizingu.²⁷⁷ U tom pogledu najkarakterističniji je stav prema Zakonu o obligacionim odnosima. Članom 52. ZL FBiH izričito su predviđeni supsidijarna primjena pravila Zakona o obligacionim odnosima i određen redoslijed primjene: odredbe kojima je uređen zakup, pa opšta pravila o pravima i obavezama stranaka. ZL RS je također specifičan. U njegovom članu 8. se predviđa da se na ugovor o operativnom lizingu primjenjuju ona pravila „zakona kojima se uređuju obligacioni odnosi u zavisnosti od prirode konkretnog ugovora (zakup, prodaja sa mjesecnim otplatama cijene i slično)“. Razumije se da ovakva izričita odredba ne derogira supsidijarnu primjenu ostalih opštih pravila zakona o obligacionim odnosima.

Drugi osnov primjene ostalih zakona generalnog karaktera proističe iz opštosti njihovih pravila i principa na kojima je pravni poredak ustrojen. Sudeći prema našim zakonima o lizingu primijenjivaće se naročito: zakoni entiteta o privrednim društvima, reviziji, agencijama za bankarstvo, računovodstvu i reviziji, registraciji zaloge na pokretnim stvarima i prekršajima

c) *Sedes materiae* nalazi se u dva entitetska zakona o leasingu/lizingu. Njihova materijalno-pravna rješenja razmotrićemo naknadno. Zato je ovdje dovoljno utvrditi nomotehničke razlike između dva akta. Za potrebe ovog rada to se može učiniti i tabelarnim prikazom. U napomenama ćemo odrediti i odnos pojedinih zakona prema postojećim pravilima nomotehnike u BiH.²⁷⁸

Tabela 2: Nomotehničke razlike između entitetskih zakona

R.br.	Nomotehnička osobina	ZL FBiH	ZL RS	Napomene
1	2	3	4	5

²⁷³ Sl. gl. BiH 82/06

²⁷⁴ Sl. gl. BiH 57/04

²⁷⁵ Vidjeti: Zakon o poljoprivredi, prehrani i ruralnom razvoju (Sl. gl. BiH 50/08), Zakon o zaštiti novih sorti biljaka (Sl. gl. 46/04), Zakon o mineralnim đubrивима (Sl. gl. BiH 45/04), Zakon o hrani (Sl. gl. BiH 50/04) i Zakon o vinu, rakiji i proizvodima od grožđa (Sl. gl. BiH 25/08)

²⁷⁶ Član 1(2) ZL FBiH i čl. 3 ZL RS

²⁷⁷ Čl. 1(2) ZL FBiH; čl. 3 ZL RS

²⁷⁸ Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine je 26.01.2005 usvojila Jedinstvena pravila za izradu pravnih propisa u institucijama Bosne i Hercegovine. Republički sekretarijat za zakonodavstvo Vlade RS je 19.01.2006. usvojio Pravila normativnopravne tehnike za zakona i drugih propisa Republike Srpske. Federacija BiH nema sopstvenih pravila, nego primjenjuje Jedinstvena pravila BiH.

1.	Broj članova	97	73	Nije pravno relevantno
2.	Označavanje dijelova	Dijelovi, poglavlja, označavanje članova naslovima	Oznaka pojedinih dijelova rimskom brojevima, podnaslovi označeni arapskim brojevima	ZL FBiH slijedi Jedinstvena pravila. ZL RS nije ujednačen ni sa zahtjevima čl. 4 i 5 Pravila normativno-pravne tehnike RS
3.	Terminologija	Leasing, dobavljač predmeta leasinga, korisnik leasinga itd.	Lizing, isporučilac predmeta lizinga, primalac lizinga itd	Uvođenje dvostrukih termina nije potrebno. Izraz „leasing“ ne zadovoljava ni jedan zahtjev članova 34 – 38 Jedinstvenih pravila
4.	Definicije	Ukupno 7. Obuhvaćaju i kategorije koje se ne odnose neposredno na posao i ugovor o lizingu	Ukupno 6. Obuhvaćaju isključio kategorije koje se odnose na posao i ugovor o lizingu	Zadovoljeni zahtjevi člana 9 Jedinstvenih pravila
5.	Obređivanje položaja dobavljača/ isporučioca predmeta lizinga	Posredno – kroz obaveze i prava primaoca i davaoca lizinga	Neposredno uz označavanje posebnim podnaslovom	Vidjeti članove 46 – 49 ZL RS
6.	Težište regulative	Na djelatnosti (22 člana od 97 ukupno posvećeno ugovoru)	Na ugovoru o lizingu (27 od 77 članova posvećeno ugovoru)	
7.	Stupanje zakona na snagu	Zakon stupa na snagu osmog dana od objavljivanja, odredbe o nadzoru se moraju početi primjenjivati najkasnije u roku od 12 mjeseci	<i>Vacatio legis</i> za primjenu svih odredbi zakona je 3 mjeseca od objavljivanja.	Uvaženi čl. 16 – 21 Jedinstvenih pravila i čl. 17 – 25 Pravila normativno-pravne tehnike RS
8.	Usklađivanje poslovanja	12 mjeseci od stupanja na snagu za usklađivanje poslovanja i dobijanje dozvole od Agencije	Rok za usklađivanje poslovanja je šest mjeseci	Uvaženi čl. 16 – 21 Jedinstvenih pravila i čl. 17 – 25 Pravila

				normativno-pravne tehnike RS
9.	Rok Agenciji za donošenje podzakonskih akata	Šest mjeseci	Tri mjeseca	Uvaženi čl. 16 – 21 Jedinstvenih pravila i čl. 17 – 25 Pravila normativno-pravne tehnike RS

Zaključci iz Tabele 2 se nameću sami po sebi. Najprije, pri izradi zakona nisu potpuno poštovana sva jedinstvena nomotehnička pravila, pa čak ni zahtjevi koji su sadržani u aktima pojedinog entiteta. Drugo, ne postoje praktični razlozi za brojne razlike u pristupu i formulacijama između dva entitetska zakona koji regulišu istu materiju. Da li ovako napisani zakoni mogu da utiću na stepen jedinstvenosti tržišta u BiH i na usklađenost pravnog sistema zavisi od analize materijalno-pravnih rješenja dva akta.

4. Lizing spada u administrativno regulirane djelatnosti. Otuda obaveze agencija za bankarstvo entiteta da donešu niz provedbenih propisa.

Zakon o leasingu FBiH zahtijeva donošenje pet podzakonskih akta. Tri se odnose na, način i metod utvrđivanja značajnih ekonomskih parametara u poslovanju lizing društava,²⁷⁹ jedan na postupak za davanje saglasnosti na osnivanje podružnice²⁸⁰ i jedan na „posredni nadzor“, tj. na činjenice i okolnosti o kojima lizing društvo mora obavještavati Agenciju i o rokovima u kojima je to dužno učiniti.²⁸¹ Na toj osnovi Agencija za bankarstvo Federacije je donijela ukupno osam odluka.²⁸² Među njima su i Odluka o standardima i aktivnostima leasing društava u sprečavanju pranja novca i Odluka o naknadama koje su leasing društva dužna plaćati Agenciji.

Djelujući po zahtjevima Zakonu o lizingu RS, Agencija za bankarstvo ovog entiteta je već donijela šest provedbenih akata sa statusom odluka.²⁸³ Prva grupa od četiri odluke se u suštini odnosi na nadzor koji vrši Agencija.²⁸⁴ U drugoj skupni se nalaze odluke o utvrđivanju ekonomskih parametara kojima se koriste lizing društva u svom poslovanju.²⁸⁵ Prema čl. 23 ZL RS, agencija je ovlaštena, ne i obavezna, da doneše odluku o načinu upravljanja rizicima i izvještavanju o njima.

Vrste podzakonskih akata u dva entiteta upućuju na interesantne zaključke. Najprije, podzakonski akti agencija za bankarstvo nisu istovrsni. Drugo, postoje izvjesne razlike u regulativi istovrsnih akta. Napokon, akti su praćeni formularima koji olakšavaju nadzornu funkciju agencija za bankarstvo.

²⁷⁹ To su akti: o načinu i metodu obračuna efektivne kamatne stope (čl. 37 ZL), o načinu i metodu iznosa ukupne naknade (čl. 38 ZL), o upravljanju, načinu određivanja rezervi i izvještavanju o rizicima (čl. 61 ZL).

²⁸⁰ Čl. 19 ZL FBiH

²⁸¹ Čl. 68 ZL FBiH

²⁸² Sl. n. FBiH 46/09

²⁸³ Objavljene su u Sl. gl. RS 100/07

²⁸⁴ Tu spadaju odluke : o izdavanju dozvola i davaju saglasnosti za bavljenje lizing djelatnosti, o kontroli i nazoru davalaca lizinga , o uslovima i postupku oduzimanja dozvole za obavljanje lizing djelatnosti i o obliku i sadržaju izvještaja koje davalac i lizinga moraju dostavljati Agenciji.

²⁸⁵ To su odluke o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne naknade po ugovoru o finansijskom lizingu i o jedinstvenom načinu obračuna i iskazivanja efektivne naknade po ugovoru o operativnom lizingu

IV ISTA ILI SLIČNA RJEŠENJA ENTITETSKIH ZAKONA O LEASINGU/ LIZINGU

1. Utvrđivanje istih ili sličnih rješenja je entitetskih zakona o leasingu/lizingu je prvi korak u određivanju njihovog odnosa prema jedinstvenom tržištu, harmoniziranom pravnom poretku i položaju naših subjekata u ugovorima sa elementom inostranosti. Obzirom na sistemski karakter ove analize, sličnim rješenjima smatramo ona koja, usprkos različitim formulacijama i pravnim tehnikama dva akta, u konačnici daju isto pravilo za odnos u pitanju.

2. Pregled podudarnosti regulative dva zakona dajemo u sumarnom obliku i bez ekstenzivnog navođenja članova. Najvažnija zajednička rješenja su sljedeća.

a) Predmeti oba zakona su određeni na gotovo identičan način.²⁸⁶ Iz njih se jasno vidi da je *ratio legis* svakog od Zakona uređivanje lizing djelatnosti, a ne samo posla i ugovora o leasingu/lizingu.

b) Lizing djelatnost se tretira kao finansijska djelatnost i stavljen je pod kontrolu entitetskih agencija za bankarstvo. Jedan od razloga za ovakvo rješenje ima i fiskalni karakter²⁸⁷ Lizing kao posebno uređena finansijska djelatnost uklopljen je u opšti pravni režim i režim poslovanja finansijskih organizacija u mjeri u kojoj to dozvoljavaju specifičnosti lizing transakcija.

c) Određivanje subjekata koji se mogu baviti lizing djelatnošću je izvršeno na jedinstven način. To su, najprije, društva kapitala čiji kapital u novcu mora biti najmanje 250.000 KM , s tim da cjelokupna suma mora biti uplaćena prije upisa ili povećanja kapitala. Lizingom se mogu baviti i podružnice lizing društava iz drugog entiteta ili Distrikta Brčko koje namaju svojstvo pravnog lica, te banke ili djelovi banaka iz drugog entiteta ili Distrikta Brčko – ako ispunjavaju zahtjeve predviđene propisima koji uređuju poslovanje banaka. Kada banka ili njena podružnica obavlja poslove lizinga, na njih se primjenjuju pravila o registraciji lizinga, ugovoru o finansijskom lizingu²⁸⁸ i pravima i obavezama stranaka. Osim u slučaju banaka i njihovih podružnica, lizing mora biti jedina osnovna djelatnost leasing/lizing društava.

d) Usvojen je koncesioni sistem osnivanja lizing organizacija i njihovih podružnica bez svojstva pravnog lica. Prilikom osnivanja podružnica zakoni oba entiteta zahtijevaju dvostruko odobrenje: ono koje izdaje agencija za bankarstvo entiteta na čijem je području lizing društvo i odobrenje agencije na čijem području se osniva podružnica. Dozvola nadležne Agencije za obavljanje poslova lizinga je uslov za upis društva ili podružnice u registar i za samo korištenje izraza „lizing“ u prometu.²⁸⁹

e) Obavljanje poslova lizinga organizacijama sa područja drugog entiteta i Distrikta Brčko moguće je samo osnivanjem podružnice na prostoru odgovarajućeg entiteta. Ovim se poslovanje lizing organizacija na jedinstvenom privrednom prostoru BiH dvostruko kontroliše. Zakon o lizingu RS ide i korak dalje. Prema njegovom čl. 11,(2) Agencija može za poslovne jedinice lizing društava iz FBiH ili Distrikta Brčko „bliže propisati način primjene“ opštег režima rada lizing organizacija. Podzakonski akti u RS pokazuju da Agencija za bankarstvo ovog entiteta nije iskoristila mogućnost stvaranja dvojnog režima za podružnice društava sa sjedištem u FBiH.

f) Pitanja koja nisu uređena zakonima o lizingu će se rješavati prema opštim pravilima za financijske organizacije i prema opštim pravilima drugih grana prava. Zbog njihovog broja i

²⁸⁶ Vidjeti član 1. svakog akta.

²⁸⁷ Član 11 (3) ZL RS

²⁸⁸ Čl.. 6 (3) ZL FBiH ne spominje izričito finansijski lizing, ali se iz regulative bankarskog poslovanja jasno može zaključiti da se banke ne mogu obavljati poslove operativnog lizinga.

²⁸⁹ Čl. 12 ZL RS. Sličan rezultat se dobija tumačenjem *a contrario* člana 15 ZL FBiH

obima svaki od Zakona sadži odredbe o supsidijarnim izvorima prava za svako od pitanja čije se *sedes materiae* nalazi u drugoj grani prava (ZOO, ZPD, Zakon o stečaju, Zakon o prekršajima itd).²⁹⁰

g) U osnovi cijele djelatnosti leži triangularni posao lizinga. Usprkos brojnim pravno-tehničkim razlika, poslovni i pravni model transakcije je isti u oba Zakona. Ugovor o leasingu/lizingu mora po zakonu biti sastavljen u pisanoj formi.

h) Pokretne i nepokretne stvari koje su predmet ugovora o lizingu podliježu obaveznoj registraciji u odgovarajućim knjigama. Manje pravno-tehničke razlike koje postoje u dva zakona ne umanjuju sličnost njihovog pristupa ovome institutu.²⁹¹

i) Sistem nadzora nad poslovanjem lizing subjekata je postavljen na isti način. Izvjesne razlike u regulativi i procedurama ne zadiru u sam koncept kontrole.²⁹² U oba akta konstatovani propusti mogu da vode do uzimanju dozvole za rad lizing društva, odnosno poslovnice.²⁹³

j) U domenu izvještavanja i revizije oba zakona imaju gotovo identične odredbe. Značajno je da u oba entiteta Agencija daje saglasnost lizing društvu na imenovanje nezavisnog revizora.²⁹⁴

k) Nijedan zakon nije suprotan UNIDROIT - Konvenciji o finansijskom lizingu. Ipak, puno usaglašavanje zakona sa odredbama Konvencije nije izvršeno ni u onim pitanjima kod kojih je to bilo moguće uraditi..

l) Zakoni, zavisno od materije, kombiniraju prinudni dispozitivni pravni režim. Razumljivo je da dispozitivni pravni režim dominira u oblasti posla lizinga i ugovora koji ga sačinjavaju.

m) Postupanje suprotno prinudnim propisima koji uređuju najvažnija pitanja djelatnosti se kvalifikuju kao prekršaji. Iz odgovarajućih odredaba oba akta vidljivo je da politika kažnjavanja za prekršaje nije ujednačena.²⁹⁵

V RAZLIČITA RJEŠENJA ENTITETSKIH ZAKONA O LEASINGU/LIZINGU

1. Drugi korak u ispitivanju odnosa dva entitetska zakona o lizingu prema jedinstvenom ekonomskom i pravnom prostoru u Bosni i Hercegovini je utvrđivanje razlika koje između njih postoje. Dosadašnja izlaganja pokazuju da nepodudarnost pravnih rješenja može imati različit karakter i nejednak uticaj na jedinstvenost tržišta i pravnog poretku u BiH. Ovdje ćemo se zadržati na materijalno-pravnim i proceduralnim razlikama, bez obzira u koju granu prava one spadaju: upravno, statusno, obligaciono, krivično itd.. Pri tome ćemo nastojati da izbjegnemo ponavljanja.

2. Broj i vrste razlika su tolike da je njihovo sumarno izražavanje neophodno. Najvažnije razlike iznosimo tabelom broj 3.

Tabela 3: Materijalno pravne i proceduralne razlike između entitetskih zakona

²⁹⁰ Čl. 1(2) ZL FBiH; čl. 3 ZL RS

²⁹¹ Vidjeti čl. 58 - 59 ZL FBiH i čl. 52 – 57 ZL RS

²⁹² Primjer prvi: Agencija za bankarstvo RS provjerava i to da li se davalac lizing pridržava dobrih poslovnih običaja. (čl. 60, st. 3). Primjer drugi: ZL FBiH posvećuje nadzoru i mjerama Agencije 17 članova (čl. 66 – 83), ZL RS 9 članova (čl. 60 – 68)

²⁹³ Vidjeti čl. 15 ZL FBiH i čl. 66 – 68 ZL RS

²⁹⁴ Čl. 64 ZL FBiH, čl. 58 ZL RS

²⁹⁵ Čl. Čl. 91 ZL FBiH predviđa novčane kazne u rasponima: 1000 – 15.000 KM, 700 -5000 KM i 500 do 1.500 KM. Čl. 69 ZL RS ima sljedeće raspone: 1.500 – 15.000 i 500 – 1500.

R. br.	Institut	Zakon o leasingu FBiH		Zakon o lizingu RS		Komentar	
		Čl.	Regulativa	Čl.	Regulativa		
1	2	3	4	5	6	7	
1.	Pojam operativnog lizinga (L)	5	Isključivo lizing bez opcije kupovine (kriterij: opcija sticanja vlasništva).	7	Ugovor o lizingu u kome su davalac L i isporučilac predmeta L isto lice (kriterij: razdvojenost funkcija kod subjekata posla).	Oba entitetska zakona su u skladu sa Ottawa Konvencijom iz 1988., s tim što ne koriste isti kriterij za određivanje operativnog lizinga.	
2.	Recipro-citet sa drugim entitetom kao uslov za osnivanje poslovne jedinice	6	Nema u Zakonu	10, (2)	Zahtijeva reciprocitet od FBiH kao jedan od dva kumulativna uslova za obavljanje djelatnosti lizinga na području RS	Reciprocitet je kategorija međunarodnog javnog prava, neprimjerena odnosima entiteta iste države. Objašnjenje vjerovatno leži u tome što je ZL RS donesen prije ZL FBiH	
3.	Pravni režim djelovanja subjekata iz dugog entiteta i Distrikta Brčko	18	Posebno je uređeno, ali Agencija nije ovlaštena da propiše poseban režim rada za ova predstavništva. Uslovi su isti kao i za podružnice FBiH lizing društava.	11, (2) 17	Stvoren zakonski osnov za primjenu prava RS i propisivanje posebnog režima rada tih jedinica Dokumentacija koju davalac lizinga iz FBiH ili DB mora priložiti uz zahtjev za dobijanje odobrenja je detaljno propisana i zadire u poslovnu politiku. Agencija može tražiti i obezbjeđenje za obaveze poslovnice prema primaocima lizinga	Odredbe ZL RS pokazuju da je uspostavljana pojačana kontrola nad poslovnicama lizing organizacija sa sjedištem u FBiH i DB. Ovlaštenje da se zahtijeva i obezbjeđenje za obaveze nastale prema partnerima u RS može biti zloupotrebljeno i voditi ograničavaju jedinstva tržišta. Zbog navedenog, sporna je ustavnost članova 11 i 17 ZL RS. Protiv Agencije i RS može biti pokrenut postupak pred Konkurencijskim vijećem (čl. 2 i 27 Zakona o konkurenциji	
			Odredba	18.	Agencija će dati		

			analogna čl. 18 ZL RS ne postoji u ZL FBiH		dozvolu procijeni postoji finansijski, upravljački, organizacioni i kadrovski i tehnički uslovi za obavljanje djelatnosti	ako da – Sl. gl. BiH 48/05).
4.	Značajan vlasnički interes	9 – 11	Detaljno uređen položaj velikih i dominantnih dioničara/ udioničara u lizing društvima		Nema odredbi o značajnom vlasničkom interesu.	Cilj regulative u FBiH je spričavanje ili otežavanje sukoba interesa u lizing društvima.
5.	Nadzorni odbor	23- 28	Specifična regulativa za lizing društva		Nema odgovarajućih odredaba	U FBiH je izražena intervencija javne vlasti u korporativno upravljanje
6.	Uprava	29- 31	Specifična regulativa za lizing društva		Nema posebnih odredaba	U FBiH je izražena intervencija javne vlasti u korporativno upravljanje. Članovi 20, 22 i 23 ZL FBiH su nepotrebni.
7.	Opšti uslovi poslovanja (OUP)	33, 39	OUP moraju biti dostupni korisnicima u poslovnim prostorijama , ali i na druge načine i to prije zaključenja ugovora		Nema odgovarajućih odredaba	Čl. 142 (2) Zakona o obligacionim odnosima zahtijeva objavljivanje opštih uslova „na uobičajeni način“. Pregled web stranica svih lizing društava pokazuje da se putem njih ne može doći do opštih uslova ugovora.
8.	Pranje novca	34	Obaveza lizing društva da djeluje protiv pranja novca i terorizma		Nema odgovarajućih odredaba	ZL RS implicitno zahtijeva i mjere iznesene u čl. 34 ZL FBiH.. U FBiH je donesena i posebna Odluka Agencije. Primjenjuje se i Zakon o spričavanju pranja novca.
9.	Određiva-	35,	Korisnik	6	Korisnik/primalac	Davalac lizinga u RS

	nje dobavljača predmeta lizinga	40	lizinga određuje i predmet i dobavljača predmeta lizinga		lizinga specifikacijom određuje predmet lizinga i odobrava druge uslove ugovora. Posredno, dakle, primalac lizinga može odrediti i dobavljača 24 Davalac je obavezan da pribavi predmet od isporučioca „kojeg je odredio primalac lizinga“	ima više slobode u određivanju načina izvršenja svojih obaveza, nego u FBiH Odredbe članova 6 i 24 ZL RS je moguće pomiriti sistemskim tumačenjem. Rješenja ZL RS su bliža Kon- venciji, nego ona u ZL FBiH
10	Dejstva ugovora o lizingu	48, (2)	Ugovor o lizingu proizvodi pravno dejstvo od dana u kome korisnik primi predmet lizinga bez nedostataka, što mora i posebno pismeno potvrditi	34	Nema odredbi koje odgovaraju ZL FBiH. Modaliteti prijema predmeta lizinga se određuju ugovorom	Član 48(2) ZL FBiH ne pretvara ugovor u leasingu u realan pravni posao. Pregled stvari, predaja stvari i pismena potvrda su uslovi za početak dejstva pismeno zaključenog ugovora.
11.	Lizing naknada kao bitan element za pojedine vrste lizinga	37 38	Posebne odredbe za ugovor o finansijskom lizingu: iznos učešća u ukupnoj vrijednosti predmeta i efektivna kamatna stopa za obračun lizing naknade. Posebne odredbe za ugovor o	9, (1), đ) 9 9, (1), E	Predviđa samo efektivnu kamatnu stopu, ne i iznos učešća. Zahtjev za iskazivanjem efektivne kamatne stope Uslovi, način plaćanja lizing naknade i efektivnu kamatnu stopu	ZL FBiH je više pažnje posvetio tehničici obračuna i plaćanja lizing naknade, nego ZL RS. Odredbe ZL FBiH štite primaoca lizinga kao slabiju stranu u lizing poslu.

			operativnom lizingu: iznos akontacijske naknade i iznos ukupne naknade			
		36, (1), g)	Iznos, broj i dospjelost pojedine lizing naknade	9, (1), e)	Implicitno sadržano u ZL RS	
		41	Ako je ugovorena promjenjiva lizing naknada, prije promjene davalac mora pismeno obavijestiti primaoca o promjeni visine lizing naknade		Nema posebne imperativne odredbe o obavještavanju primaoca o promjeni visine lizing naknade	
12.	Rok kao bitan element lizinga	36.	Rok ne može biti kraće od 6 mjeseci	9, (1), d 69.	Rok trajanja lizinga ne može biti kraći od dvije godine. Zaključenje ugovora sa rokom kraćim od 2 godine je prekršaj kažnjjiv između 1.500 i 15.000 KM	Ugovori o lizingu zaključeni u RS sa rokom kraćim od 2 god. ostaju na snazi, dok se postupak zaključivanja takvog ugovora tretira kao prekršaj. Razlika dva zakona u pogledu minimalnog trjanja zakona je nepotrebna!
13.	Predočavanje uslova ugovora	39.	Posebna je zakonska predugovorna obaveza davaoca da primaocu u pisanom obliku predoči, odnosno učini dostupnim sve bitne uslove		Ne postoji u ZL RS	Odredba ZL FBiH se mora sistemski tumačiti povezano sa čl. 33. o OUP. Smatramo da se članom 39 ZL FBiH traži davanje pisanog nacrtta ugovora na uvid.

			ugovora iz kojih se jasno vide prava i obaveze stranka			
14.	Dužnost primaoca da osigura predmet lizinga		Ne postoji kao zakonska obaveza primaoca lizinga. Može se ugovoriti na osnovu čl. 36(2)	44	Osiguranje je zakonska obaveza koja se mora izvršiti u skladu sa ugovorom o lizingu	Zaštita interesa davaoca lizinga je veća u RS, nego u FBiH
15.	Prijevremena naplata lizing rata kao posljedica neplaćanja dvije uzastopne lizing rate	54	Uslov za jednostrani raskid ugovora, ako ugovorom nije drukčije određeno. Nije predviđeno pravo davaoca da ostane pri ugovoru i zahtijeva od primaoca naplatu ostatka zajedno sa kamatom	39.	Uslov za jednostrani raskid ugovora, ako ugovorom nije drukčije određeno. Predviđeno je i alternativno pravo davaoca da ostane pri ugovoru i zahtijeva od primaoca naplatu ostatka zajedno sa kamatom	Alternativno pravo naplate budućih rata može se u FBiH pravu ugovoriti Rješenje ZL RS je bliže formulaciji i duhu Konvencije.
16	Ograničenje ili isključenje odgovornosti davaoca za pravne nedostatke	42	Odgovornost dobavljača i davaoca za pravne nedostatke ravna se prema opštim pravilima za te vrste odgovornosti. Dakle, može se ugovorom modificirati shodno opštim pravilima	29	„Ništava je odredba ugovora kojom se ograničava ili isključuje odgovornost davaoca lizinga za pravne nedostatke nad predmetom lizinga“ Dakle, isključenje ili ograničenje NISU mogući	Za opšta pravila u FBiH vijdeti čl. 576 i 513 ZOO U ovom domenu ZL RS u odnosu na ZL FBiH jače štiti primaoca lizinga.
17	Prava primaoca lizinga u	42	Nema posebnih odredaba nego	30 - 31	Posebno regulisana prava primaoca prema	Za opšta pravila u FBiH vidjeti čl. 580 ZOO

	slučaju evikcije	42	samo upućivanje na primjenu opštih pravila. Bitno: primaocu ne odgovara davalac, nego dobavljač predmeta lizinga Prava primaoca su zasnovana na zakonskoj cesiji kojom davalac lizinga primaocu lizinga ustupa prava prema dobavljaču. Drukčije se može ugovoriti.	davaocu lizinga kada predmet ima pravnih nedostataka	Položaj primaoca lizinga prema čl. 30 -31 ZLRS je analogan položaju kupca u slučaju evikcije. Utoliko su dva zakona slična. U vođenjem neposredne odgovornosti davaoca primaocu lizinga, ZLRS u odnosu na ZLFBiH jače štiti primaoca lizinga.	
18	Odgovornost za materijalne nedostatke	42	Odgovornost za materijalne nedostatke riješena upućivanjem na opšta pravila, kao i kod zaštite od evikcije. I ova rješenja su dispozitivna	26	U finansijskom lizingu samo davalac odgovara za materijalne nedostatke, ako drukčije nije ugovoren. Ovo je prepostavljena zakonska odgovornost.	Izgleda da je rješenje ZLFBiH bliže Konvenciji i to na osnovu primjenjene pravne tehnike. Položaj primaoca lizinga jači je u RS, nego u FBiH.
19.	Solidarna odgovornost davaoca i dobavljača prema primaocu lizinga	47	Ako je davalac lizinga izbarao dobavljača, davalac solidarno sa dobavljačem odgovara primaocu lizinga. Odgovornost	26	U finansijskom lizingu samo je davalac odgovaran primaocu za materijalne nedostatke (ne i druge povrede ugovora!) osim ako drukčije nije ugovoren. Nema zakonske cesije i	Odredba o solidarnoj odgovornosti ne postoji u Konvenciji. Zbog toga je ZLRS bliži rješenjima Konvencije od svog federalnog pandana.

			se odnosi na propuštanje predaje stvari, docnju i materijalne nedostatke.		intercesije, pa ni solidarne odgovornosti.	
20	Prava primaoca lizinga u slučaju materijalnih nedostataka	42	Prava se određuju posredno – upućivanjem na opšta pravila	35	Prava primaoca lizinga su nabrojana: tražiti isporuku novog predmeta ili odbiti prijem i raskinuti ugovor o finansijskom lizingu, ako je materijalni nedostatak bitan	Bitnost materijalnog nedostatka u čl. 35 ZL RS određena po ugledu na <i>common law</i> .
21	Raskid ugovora zbog materijalnih nedostataka	42	Pravo primaoca na raskid se utvrđuje u skladu sa opštim pravilima	35	Pravo primaoca na raskid je uslovljeno bitnim nedostatkom i specifično regulisano za ovaj ugovor.	Nabranje materijalnih nedostataka u čl. 35(2) ZL RS zbog kojih se ugovor o lizingu ne može raskinuti, jer se ne smatraju bitnim, doprinosi pravnoj sigurnosti.
22.	Odgovornost za docnju sa predajom predmeta lizinga		Nema specifičnih odredbi. U skladu sa čl. 52 ZL primjeniče će se opšta pravila obligacionog prava	35	Primalac može: prihvatiti predmet ili tražiti predaju novog predmeta od isporučioca uz pravo na naknadu štete od isporučioca, ali bez daljih prava prema isporučiocu, ili odbiti prijem i raskinuti ugovor	U suštini, pravni režimi odgovornosti za docnju su izjednačeni u oba zakona.
23	Način sticanja svojine ili produženja ugovora	56	Nema posebnih odredbi o uslovima pod kojim korisnik finansijskog lizinga stiče svojinu ili produžava ugovor o lizingu. Po čl.	51, (3)	Primalac lizinga mora davaoca pismo obavijestiti najkasnije mjesec dana prije isteka ugovora o svojoj namjeri da predmet lizinga otkupi, odnosno da produži ugovor	U RS je pojačana poslovna sigurnost davaoca lizinga.

			5(4) ta se opcija i način njenog izvršenja mogu ugovoriti.		
24.	Stečaj i likvidacija	84 85 - 87	Predviđa se shodna primjena Zakona o stečajnom postupku. Regulisane specifičnosti likvidacionog postupka	25	Izričito se konstituiše izlučno pravo davaoca lizinga . Primalac lizinga mora bez odlaganja obavijesti davaoca o otvaranju stečajno ili likvidacionog postupka

VI ZAKLJUČCI

1. Analiza izvora prava, zakona posebno, ukazuje na postepen napredak u ubličavanju jedinstvenog tržišta u Bosni i Hercegovini. Entitetski zakoni o lizingu izražavaju istu tendenciju. Pregled sličnih i identičnih rješenja dva razmatrana akta pokazuje da su se entitetski zakonodavci pridržavali značajnog broja zahtjeva za očuvanjem jedinstvenog ekonomskog i pravnog prostora u BiH. Nivo harmonizacije je veći na sistemskom, nego na pravno-tehničkom području. Zbog toga je potreban dalji legislativni rad u ovoj oblasti.
2. Sa stanovišta ostvarivanja zajedničkog tržišta najkritičnije tačke u ukupnoj regulativi lizing djelatnosti predstavljaju:
 - a) zahtjev da subjekti iz drugog entiteta ili Distrikta Brčko mogu obavljati poslove lizinga samo osnivanjem poslovne jedinice,
 - b) diskreciono pravo Agencije za bankarstvo RS da stvori poseban pravi režim za poslovne jedinice lizing društava iz FBiH ili Distrikta Brčko,
 - c) postojanje dvostrukog nadzora nad djelovanjem poslovnica,
 - d) unošenje u Zakon o lizingu RS zahtjeva za pravnim reciprocitetom sa FBiH.
3. Brojne pravno-tehničke razlike postoje u svim oblastima, a naročito u domenu obligacionog prava. Obzirom na zajedničku pravnu tradiciju i značajnu podudarnost Zakona o obligacionim odnosima entiteta, ovakvo stanje ne doprinosi harmonizaciji etnitetskih pravnih poredaka i unapređenju jedinstvenog pravnog poretku u BiH.
4. Postojeće sistemske i tehničke razlike otežavaju ekonomski, poslovni i pravni položaj domaćih subjekata u svakom od triangularnih odnosa lizinga, bilo da posluju u zemlji, bilo da djeluju u vanjskoj trgovini. Posebnu pažnju treba posvetiti ugovorima koji su podvrgnuti UNIDROIT - Konvenciji o finansijskom lizingu iz 1988. Budući da su davaoci lizinga iz zemalja članica Konvencije po pravilu u povoljnijoj ekonomskoj i poslovnoj situaciji, čini se korisnim ispitati dopunu čl.19 ZRSZ kojom bi se lizing poslovi privukli pod domaće pravo Bosne i Hercegovine.
5. Postoji više metoda za ujednačavanje pravne i poslovne prakse u lizing djelatnosti. Navodimo najvažnije:
 - a) ujednačavanje sudskog tumačenja zakona o lizingu u oba entiteta,
 - b) ujednačeno djelovanje entitetskih agencija za bankarstvo u lizing oblasti,
 - c) harmonizacija osnovnih pravnih stavova između lizing organizacija kroz njihove opšte uslove poslovanja,
 - d) harmonizacija opštih uslova poslovanja i prakse između lizing društava, pri čemu udruženja društava za leasing u BiH mogu biti značajan faktor .

Popis korištene literature/References

1. Backović dr. Enver: „Finansiranje spoljnotrgovinskih transakcija“, Ekonomski fakultet
u Sarajevu, Sarajevo 2007
2. Davies, Paul: „Introduction to Company Law“, Oxford University Press, Oxford , 2002.
3. Kuzmanović dr. Rajko: „Ustavnost Bosne i Hercegovine u svjetlu novog svjetskog poretki i tranzicije“, Arhiv za pravne i društvene nauke, 3/2002
4. „Kriza zaustavila rast lizinga“ (www.capital.ba)
5. „Leasing u BiH u stalnom porastu“, ONASA 08.07.2008 (www.leasing.org.ba)
6. Sienho Yee: „The new Cosntitution of Bosnia and Herzegovina“, 7 EJIL (1996)
7. Nystuen, Gro: „The Costitution of Bosnia and Herzegovina: *State versus entities*“, Law & European Affairs, 1977/4 .
8. Trifković, Miloš; Simić, Milić; Trivun, Veljko; Silajdžić, Vedad; Mahmutčehajić, Fatima: „Međunarodno poslovno pravo“, redaktor:Miloš Trifković , Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2009.
9. Trifković dr. Miloš: „Jedinstveno jugoslovensko tržište i njegova zaštita“ u „Ekonomска stabilizacija i pravni sistem SFRJ – Ostvarivanje dugoročnog programa ekonomskih stabilizacija dogradnjom pravnog sistema“, Savremena praksa, prilog broju 10, 1984,
10. Trifković, Milos: „Rule of Law as a Challenge for Market Economy in the 21st Century the Case of Bosnia and Herzegovina”, Economic Sciences before the Challenges of the XXI Century , Jubilant Collection of Papers of the Economic Faculty of Sarajevo, October 2002

Lista tabela

1. Tabela 1: Ukupna vrijednost zaključenih ugovora o lizingu
2. Tabela 2: Nomotehničke razlike između entitetskih zakona
3. Tabela 3: Materijalno pravne i proceduralne razlike između entitetskih zakona

List o tables

1. Table 1: Total value of leasing contracts
2. Table 2: Drafting differences between entities' Laws
3. Table 3: Substantive and procedural differences between entities' Laws

Dr. sc. Stjepo PRANJIĆ

**Neka divergiranja prava tržišne konkurencije (ni)su
podnošljiva na putu integriranja
PRIMJER UREĐENJA KONCENTRACIJA U ZAKONU O
KONKURENCIJI**

**Some divergences of competition law are (not) tolerable on the
path to integration**

**EXAMPLE OF REGULATING THE CONCENTRATION IN
THE ACT ON COMPETITION**

REZIME

Pravo tržišne konkurencije uređeno je na razini države Bosne i Hercegovine najprije Zakonom o konkurenciji iz 2001. godine. No, taj zakon nije primijenjen već je bio instrumentom državnih vlasti o deklatornom izvršenju obveze na putu integriranja u Europsku uniju. Time je zakon postao plitička deklaracija. Konkurencijsko vijeće BiH koje je isključivo ovlašteno primijeniti zakon na konkretnе slučajeve konkurencijskih subjekata konstituirano je tek 2004. godine. Također, konkurencijski subjekti nisu izravno provodili zakon jer nije postojala (ex officio) konkurencijska politika i uopće konkurencijska kultura. Osim toga zakon je iz nomotehničkog rakursa bio; nejasan, nekoherentan, sadržajno i strukturalno nepotpun, te proturječan. Iz tih razloga je 2005. godine donesen novi Zakon o konkurenciji čime je potonji prestao važiti.

Zakon o konkurenciji izmijenjen je 2007. godine determinantom kurencijske prakse. Izmijenjenom odredbom skraćen je konkurencijski postupak sa šest na tri mjeseca čime je uklonjena pravna barijera koja je ograničavala poslovne aktivnosti konkurencijskih subjekata.

Odabrana rješenja ZoK-a koja su dana u odredbama instituta prijava koncentracija proizvela su mnoštvo irelevantnih prijava za ocjenu kocentracija. Osim toga, ona su način i oblik inkorporiranja osnove transponiranja (Uredba Vijeća /EC/ br. 139/04), u pravni poredak BiH. No, iako nisu protivna osnovi transponiranja ona divergiraju (sadržajno i nomotehnički) od rješenja u odredbama komparativnog prava tržišne konkurencije. To i ne bi bio problem da nije očigledne irelevantne konkurencijske prakse nastale u postupku primjene ZoK-a. Zbog te prakse, divergiranja regulative prijava koncentracija nisu podnošljiva na putu integriranja BiH. Odnosno, nije dovoljno donijeti i institucionalizirati ZoK, već (neophodno) ga primijeniti na razini standarda konkurencijske prakse zemalja članica EU.

RESUME

In Bosnia and Herzegovina, the market competition law was regulated by the Law on Competition in 2001. However, the law was not applied but it only served as an instrument of the state power for declarative execution of the obligations required for EU integration. Thus, that law became a political declaration. The Council of Competition of B&H, which is exclusively authorized to apply the law for specific cases of competitive entities, was constituted only in 2004. The competitive entities did not implement the law directly, because the competitive politics and competitive culture did not exist (*ex officio*) at all. In addition, from the aspect of legislative drafting, the law was unclear, incoherent, and incomplete as to its content structure, as well as contradictory. For these reasons, a new Act on competition was enacted in 2005, and the former ceased to be valid.

The Act on competition was amended in 2007 by the determinant of competitive practices. The amended provision shortens the duration of the competition procedure from six months to three months, which has eliminated the legal barrier that used to restrict business activities of competitive entities.

The selected solutions of the Act on competition, defined under the provisions of the institution of notification of concentration, have resulted in many of irrelevant notifications for assessment of concentration. Besides, they are the method and form of incorporation of the basis of transposing (Council Regulation /EC/No. 139/04) in the legal system of B&H. But although they are not contrary to the basis of transposing, they diverge (as to the content and legislative drafting) from the solutions contained in the provisions of the comparative competition law. That would not be a problem if there was no obvious irrelevant competitive practice arising in the process of implementing the Act on Competition. Due to such a practice, the divergence of the regulations on concentration notification is not tolerable on the path to integration of B&H. In other words, it is not enough to adopt and institutionalize the Act on competition, but, it is (necessary) to apply it at the level of the standard of the competitive practice of the EU member countries.

KEY WORDS: divergence; European competition law; European integration; irrelevant competitive practice; the council of competition; concentration; competition; legislative drafting; competition law; the act on competition

Uvod

Pravo tržišne konkurenčije je grana prava koju čine propisi čiji je cilj zaštita slobode tržišne konkurenčije. Ustav Bosne i Hercegovine jamči punu slobodu kretanja osoba, roba, usluga i kapitala na cijelom prostoru.²⁹⁶ Time država Bosna i Hercegovina proglašava osigurati četiri velike slobode na kojima počiva slobodno i svima dostupno jedinstveno tržište. Pravilima prava tržišne konkurenčije nastoji se spriječiti djelovanje poduzetnika na tržištu koje je protivno zajamčenim ustavnim slobodama.

Pravo tržišne konkurenčije je utemeljeno, uređeno i zaštićeno na razini države BiH Zakonom o konkurenčiji (ZOK) 2001. godine.²⁹⁷

Slična pravna situacija bila je na razini entiteta. Međutim, iako su ustanovljeni formalni temeljni principi uređenja prava tržišne konkurenčije u Zakonu o trgovini entiteta (FBiH/RS), rješenja u istim su bila u mnogo čemu nedostatna, a time i

²⁹⁶ Čl.I 4. Ustav BiH.

²⁹⁷ Ustavni osnov za donošenje zakona je čl.III 1. b) Ustava BiH.

nefunkcionalna. Odnosno, načelna rješenja su neprimjenjiva zbog odsustva konkurencijske prakse i bilo kakvih oblika konkurencijske empirije, a u krajnjem slučaju, i konkurencijske kulture.

Zakan o konkurenciji, iako je prvi put donesen u povijesti BiH²⁹⁸ praktično nije primijenjen, i to prvenstveno iz razloga što institucije za njegovu primjenu nisu bile konstituirane do 2004. godine. Konkurencijsko vijeće BiH (KV) koje je izričito nadležno primijeniti zakon, konstituirano je, tek 1. svibnja 2004. godine. Pri tomu, pravni okvir i njegov sadržaj su nedostatani za primjenu. To se očitovalo u nedovoljnoj razradbi sadržaja zakona i lošoj nomotehničkoj izradbi (nejasan, nekoherentan, strukturalno nepotpun i proturječan), kao i inkopatibilnosti s drugim propisima. Zbog toga KV BiH, iako je konstituirano na temelju zakona, nije donijelo nijedan akt.

Novi ZoK donesen je 2005. godine²⁹⁹ čime je prestao važiti ZoK-a iz 2001. godine. Ovim zakonom uređuju se pravila, mjere i postupci zaštite tržišne konkurencije, nadležnosti i način rada KV-a na zaštiti i promociji tržišne konkurencije u BiH. Eksplicitna svrha zakona, dakle, jest zaštita tržišne konkurencije (čl.1). No, to implicira na zaštitu konkurenata ili potrošača, pod uvjetom da proces tržišne konkurencije funkcioniра učinkovito.

Ograničena je materijalna primjena ZoK-a, među ostalim, i činjenicom da zabrana na državne potpore, nije tretirana zakonom. Razlog za tretiranje potpora zakonom je, i u tomu, što su na tržištu najčešći oblici državnih potpora oni koji narušavaju tržišnu konkurenciju. Zbog toga državna vlast neopravdano odgovlači instrumentaliziranjem pitanja na kojoj razini tu materiju urediti (državna/entitetska). Državne potpore, dakle, treba odmah tretirati zakonom.

Zakon o konkurenciji do sada je samo jednom izmijenjen i to u 2007. godini. Izmjena je inicirana devijantnom konkurencijskom praksom. Ta praksa se ogledala u odgovlačenju postupka s posljedicom ograničavanja, pa i sprječavanja poslovne aktivnosti konkurencijskih subjekata. Konkretno, izmjena se odnosi na promjenu jedne odredbe (čl.41.st.1) kojom se utvrđuje trajanje postupka. Konkurencijsko vijeće je nakon donošenja zaključka o pokretanju postupka obvezno donijeti konačno rješenje u roku koji je skraćen sa šest na tri mjeseca, ukoliko zakonom za pojedine slučajeve nije rok određen drugčije. No, iako je zakonodavac pravovremeno prepoznao, te prihvatio inicijativu prakse za izmjenu roka, on je nju samo dijelimice realizirao, tj. nepotpuno normirao.

Zakonodavac nije uredio odnos u kojem KV nakon donošenja zaključka o pokretanju postupka, nije donijelo „druga rješenja“ (čl.42.st.1.g – npr.čl.5.st.4.) u roku od tri mjeseca i za to vrijeme, ne djeluje (ne obavijesti stranke, ne doneše „drugo rješenje“).³⁰⁰ Rješenje otvorenog pitanja, istina više nomotehnički već praktično je u dopuni postojeće promijenjene odredbe.³⁰¹

Praksa vezana za ovu dopunu vremenom bi jačala i njen praktično značenje, tim prije jer bi se spriječila hipertrofija broja predmeta koja ograničava provedbu načela efikasnosti, a u krajnjem slučaju, narušava i princip pravne sigurnosti, osobito u postupku ciljne interpretacije. Načelo pravne sigurnosti osigurava primjenu ZoK-a na utvrđene

²⁹⁸ Zakon o konkurenciji. „Sl. glasnik BiH,“ br.30/01.

²⁹⁹ Zakon o konkurenciji. "Sl. glasnik BiH," br. 48/05 i 76/07.

³⁰⁰ Pri tomu, pojam „drugo rješenje“ ne odnosi se na pojedine slučajeve za koje je zakonodavac upotpuniti riješio otvoreno pitanje (čl.5.st.3 ili

³⁰¹ Ako KV ne donese rješenje u roku iz čl.41 zakona smatra se da ne postoji zabranjeno konkurencijsko djelovanje.

situacije koje su normirane (common-law predvidive). Time se ostvaruje načelo pravne sigurnosti kao princip pravnih sustava europskog prava tržišne konkurenčije.

U dalnjem razmatranju, ograničit će se na regulativu koncentracija. Razlog je mnoštvo irrelevantnih prijava koncentracija. No, prije toga potrebno je razmotriti primjenu ZoK-a, kao neophodan i dovoljan uvjet objašnjenja regulative koncentracija.

1. Primjena Zakona o konkurenciji

Zakon o konkurenciji primjenjuje se na sve osobe (pravne/fizičke)³⁰² koje (ne)izravno sudjeluju u prometu³⁰³ i koje svojim djelovanjem sprječavaju, ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenčiju na značajnijem dijelu tržišta ili cijeloj teritoriji BiH (gospodarski subjekti). Iz ovoga rješenja članka 2 stavak 1, proizlazi izričita primjena zakona na osobe koje sudjeluju u „prometu“ roba i usluga. No, otvara se pitanje, što je s proizvodnjom, trgovinom i distribucijom proizvoda i usluga, ako po principu supsidijarnosti pojам „promet“ ne sadržava proizvodnju, trgovinu i distribuciju proizvoda i usluga.

Primijeniti zakon na sve osobe znači ispuniti i drugi uvjet, a to je nastanak sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje prava tržišne konkurenčije na cijeloj teritoriji BiH ili značajnijem dijelu tržišta. To implicira da se zakon ne primjenjuje na gospodarske subjekte koji svojim djelovanjem ne ograničavaju konkurenčiju.

Zakon se također ne primjenjuje na subjekte koncentracija s obzirom da „djelovati“ znači vršiti funkciju (ponašanje gospodarskih subjekata na tržištu). Koncentracija je strukturalna promjena nastala vanjskim rastom. Ali, i ona također može rezultirati antitržišnim učincima koji nisu rezultat njihovog „djelovanja.“ Navedeno ima za posljedicu to što se zakon primjenjuje samo na veoma ograničen broj gospodarskih subjekata i to onih koji svojim djelovanjem proizvode antitržišne učinke. Poduzeća, dakle, koja se spajaju ili ona koja kupuju dionice ili udjele u drugim ne potпадaju u domenu primjene zakona.³⁰⁴

U stavku 2 istog članka dvosmisleno je određena primjena zakona na gospodarske subjekte koji imaju kontrolu nad drugim subjektima. Ova rečenica ima smisla ako je zakonodavac želio odrediti kako se na kontrolirani gospodarski subjekat neovisno primjenjuje zakon, ali takav zaključak je upravo protivan rješenjima komparativnog prava. Kontrolirani gospodarski subjekti (supsidijarna poduzeća pod jedinstvenom ili zajedničkom kontrolom) smatraju se sastavnicom matičnih poduzeća. U protivnom, sporazum između matičnog poduzeća i njegovog supsidijarnog poduzeća za distribuciju koji se odnosi na prodajne cijene je kršenje zakona. Članak 81. Ugovora o osnivanju

302 Zakon o konkurenčiji po službenom mišljenju Direkcije za europske integracije BiH je u potpunosti uskladen s primarnim izvorom prava EU - Mišljenje o usuglašenosti Nacrtu ZoK s *acquis communautaire*, br. 03B-02 AA-1664-1/04.

303 Ukupan godišnji prihod obuhvata poslovne, finansijske i izvanredne prihode nakon odbijenog PDV i drugih poreza koji se izravno odnose na promet i rabat – čl.8.h) Odluka o načinu podnošenja prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija gospodarskih subjekata. "Sl. glasnik BiH," br.95/06. Međutim, generalno postoji dvojba termina "prihod" (engl. income) i "promet" (engl. turnover). Prema oficijelnim rječnicima termini "prihod" i "promet" su različiti ekonomski termini i zbog toga su u medunarodnom i europskom pravu tržišne konkurenčije koristi termin "turnover," na službenom jeziku BiH "promet". Sukladno tomu, u zakonu treba koristiti termin "promet," a u slučaju banaka i finansijskih institucija "prihod."

304 Zbog toga treba promjeniti ustanovljeno rješenje. Npr., brisati dio odredbe „i koja svojim djelovanjem sprečavaju, ograničavaju ili narušavaju tržišnu konkurenčiju,“ ili dodati riječ „mogu“ a izbrisati „svojim djelovanjem,“ ili izbrisati na „značajnijem dijelu tržišta,, a dodati „ili njenom dijelu kao mjerodavnom tržištu.“

Europske zajednice ne primjenjuje se na gospodarske subjekte unutar kojih supsidijarno poduzeće nema stvarnu slobodu samostalno djelovati na tržištu.³⁰⁵

U stavku 3 istog članka propisano je da se zakon primjenjuje na gospodarske subjekte sa sjedištem i prebivalištem u inozemstvu, ako njihovo djelovanje proizvodi značajan učinak na značajnijem dijelu ili na tržištu BiH. Odredba ovog stavka upućuje samo na strana poduzeća čije tržišne aktivnosti imaju suštinske učinke na tržište BiH. Strukturalne promjene nisu djelovanja na tržištu. Stoga je neophodna decidnija elaboracija.³⁰⁶

2. Koncentracija u Zakonu o konkurenciji

U ZoK-u je pojam koncentracija određen pozitivnom i negativnom enumeracijom (čl.12). Pozitivnom enumeracijom definiran je pojam koncentracije na način da su nabrojane situacije sadržaja pojma.

Koncentracijom u smislu zakona smatra se: a) spajanje ili pripajanje neovisnih gospodarskih subjekata ili dijelova tih subjekata; b) stjecanje kontrole ili prevladavajućeg utjecaja jednog, odnosno, više gospodarskih subjekata nad drugim, odnosno, nad više drugih ili dijelom drugog, odnosno, dijelovima drugih gospodarskih subjekta, i to: 1) stjecanjem kupovinom većine dionica ili udjela osnovnog kapitala; 2) ili stjecanjem većine prava glasa; 3) ili na drugi način, u skladu s odredbama zakona koje reguliraju osnivanje gospodarskih subjekata i njihovo upravljanje; zajedničko ulaganje na dugoročnoj osnovi, dva ili više gospodarskih subjekata, koji djeluju neovisno.³⁰⁷

Negativnom je enumeracijom pojam koncentracije, određen tako što su nabrojane situacije koje ne pripadaju istom. Ne smatra se koncentracijom: a) kada bankarske i druge finansijske institucije ili osiguravajuća društva, u svom redovitom poslovanju, privremeno steknu dionice ili udjele s namjerom njihove daljnje prodaje i stave ih na prodaju najkasnije u roku do 12 mjeseci, i ako u navedenom roku vlasništvo nad tim udjelima nije upotrijebljeno na način utjecaja na konkurentno ponašanje tog gospodarskog subjekta, odnosno, on ne smije poduzimati mjere kojima se narušava, ograničava ili sprečava tržišna konkurenca; b) kad dođe do stjecanja kontrole nad gospodarskim subjektom od osobe koja obavlja funkciju stečajnog ili likvidacijskog upravnika u smislu zakona o stečaju i likvidaciji; c) kad zajedničko ulaganje za cilj ima koordinaciju tržišnih aktivnosti među dva ili više gospodarskih subjekata koji ostaju neovisni, pri čemu će ovakvo zajedničko ulaganje biti ocjenjivano u skladu sa člankom 4 zakona.

Definicija koncentracije ima neke nomotehničke nedostatke među kojima je na prvom mjestu, nepotpunost definicije. Zato definiciju de lege ferenda treba upotpuniti definiranjem pojma "neovisni gospodarski subjekt." Pod tim se pojmom, u smislu kontrole spajanja, misli na gospodarske subjekte koji u postupku donošenja odluka nisu kontrolirani od strane drugog ili grupe gospodarskih subjekata."

305 Usporedi: EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control. Situation as at 14 July 2009 COMPETITION HANDBOOKS Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009 ISSN – 1831-497X ISBN – 978-92-79-12998-8 © European Communities, 2009. Flowchart summarizing the procedure under the EC Merger Regulation of 14.7.2009 Provisions of the EC Treaty of 14.7.2009 Core provisions Article 81&82 of the EC Treaty

306 Ne postoji antitržišno djelovanje u BiH koje ograničava konkurenčiju. Iz tog razloga st.3. treba biti detaljnije elaboriran.

307 Stjecanje kontrole ostvaruje se putem prava, sklanjanja ugovora ili drugim sredstavima kojima jedan ili više gospodarskih subjekata, bilo posebno, bilo zajednički, uzimajući u obzir pravnu i činjeničnu podlogu, stječe mogućnost ostvarivanja vladajućeg utjecaja nad jednim ili više njih.

Također, definiciju "kontroliranog gospodarskog subjekta" iz članka 2 stavak 2 zakona treba premjestiti u članak 12. Time bi se u tekst zakona vratila odsutna sistematičnost.

Nužno je odredbu stavka 1.c, koja se odnosi na zajedničko ulaganje na dugoročnoj osnovi, uskladiti s odredbom članka 3 stavak 4 Uredbe Vijeća (EC) br. 139/04. Ova neophodna i jedino mjerodavna predmetna osnova usklađivanja, definira joint venture. Pri tomu u taj pojam inkorporira i niži pojam "ispunjenošć svih funkcija"³⁰⁸ neovisnog gospodarskog subjekta.³⁰⁹ Odnosno, mišljenje (izjava) kojom nadležna europska institucija izražava stav o predmetnom pitanju.³¹⁰

Na kraju, zatvoriću upražnjeni logički i sadržajni slijed definiranja pojma koncentracija leksičkom opaskom, da se kontrola ne stječe od strane osoba koje obavljaju funkciju stečajnog ili likvidacijskog upravnika (st.3.b), već se kontrola njima povjerava.³¹¹

2.1. Prijava koncentracija

U pravnoj se teoriji pod (prijavom) notifikacijom (lat. notificatio; engl. notice, notification; njem. Notifizierung) misli na informaciju o činjenicama ili okolnostima učinjenu s namjerom uputa osobi kojoj je notifikacija namijenjena s pokretanjem ili vođenjem postupka za koji osoba ima interes, ili s činjenicama za koje je zainteresirana.

Notifikacija se u pravilu upućuje u pisanom obliku, osim ako pravo ne dopušta neformalnu notifikaciju. Propust obveze notifikacije ima za posljedicu odgovornost za osobu koja je propustila notifikaciju.³¹²

Prijava namjere koncentracije je uređena u članku 16 Zakona.³¹³ Čitajući članak, prvo što pada u oči je to što naslov članka nije koherentan njegovom sadržaju. Osim toga i članak 30 ima isti naslov, a koji također ne proizlazi iz njegovog sadržaja. Odnosno, u sadržaju članka 16. stavak 1 uređena je obveza prijave koncentracija, a ne prijava namjere koncentracija (predprijava). Ako, dakle, postoji namjera koncentracije, koja se prijavljuje onda još nije stupila na snagu pravne osnove koncentracije. Zbog toga je besmisleno, u sadržaju članka odrediti rok ograničen na osam kalendarskih dana za prijavu, koji se računa od pravomoćnosti pravne osnove koncentracija.

Naslov predmetnog članka, dakle, treba proizlaziti iz njegovog sadržaja. Stoga predmetni članak treba naslovitи kao „prijava koncentracija“, a prijavu namjere koncentracija urediti prije stupanja na snagu pravne osnove koncentracija. Time bi se subjektima transakcije omogućilo neformalno prezentiranje i konzultiranje s KV o

308 Ovaj pojam dodati i u definiciju točke c) st.1 koja onda glasi: zajedničko ulaganje na dugoročnoj osnovi, dva ili više neovisnih gospodarskih subjekata, koji djeluju ispunjavajući sve funkcije kao neovisan gospodarski subjekt. Odnosno, točka c) st.3 glasi: c) kad zajedničko ulaganje za cilj ima koordinaciju tržišnih aktivnosti dva ili više gospodarskih subjekata koji pri ispunjenošću svih funkcija zadržavaju svoju neovisnost, pri čemu će to ulaganje biti ocijenjeno u skladu s čl.4 zakona.

309 Article 3, paragraph 4. of the Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004. OJ L 133, 30.04.2004, p.1

310 IV. Joint Ventures – the concept of full-functionality (93) D. NOTICES AND GUIDELINES. Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 95, 16 April 2008, p.1

311 Ovu odredbu neophodno je deregulirati, tako da točka b) st.3. glasi: kad se kontrola nad gospodarskim subjektom povjeri osobi koja obavlja funkciju stečajnog ili likvidacijskog upravnika u smislu zakona o stečaju i likvidaciji.

312 Zakon o konkurenčiji obvezuju na notifikaciju, a u nekim slučajevima i ZOO.

313 Članak 16 stavak 1 glasi: Gospodarski subjekti, sudionici koncentracije obvezni su podnijeti prijavu namjere koncentracije u smislu čl.12. i 14. zakona, u roku od osam dana od sklapanja ugovora, objavljanja javne ponude dionica ili stjecanja kontrole, ovisno od toga što nastupi ranije.

(ne)dopuštenosti nacrta pravne osnove koncentracija na temelju konkurenčijskog prava BiH. To je praksa zemalja EU (npr. Njemačka...).³¹⁴ Osim toga, subjekti transakcije imali bi prigodu prijaviti namjeru koncentracija prije stupanja na snagu pravne osnove koncentracija, a ne samo i jedino poslije, a posebno ne odrediti rok na dane za prijavu namjere koncentracija.

2.1.1. Rok za prijavu koncentracija

Rok za prijavu koncentracija tranzicijskih članica EU i zemalja regiona uglavnom je utvrđen mjerodavnim propisom. On je određen na dane (engl. deadline) - izvjestan rok.³¹⁵ Jednako rješenje je u ZoK-u. Međutim, ako je bilo smisleno odrediti rok ograničen (fiksan) brojem dana poduzećima u početnoj fazi primjene ZoK-a (postupak bio novina), to više nije. No, i u tom slučaju rok određen na dane morao bi biti nekoliko puta duži. Naime, potrebno je prikupiti mnoštvo informacija, podataka i dokumenata u propisanom obliku radi podnošenja kompletne, uredne prijave (čl.30). To u kompleksnim koncentracijama (više subjekata), tim više različitih jurisdikcija, zahtijeva značajno vrijeme. Zbog toga se subjektima transakcija mora ostaviti više vremena čiju će dužinu oni odrediti; i to, isticanje roka odrediti na prvu, neophodnu radnju provedbe transakcija spajanja. Na ovaj način određen rok je funkcionalan pa ga nije praktično, tj. dvojbeno ga je odrediti kalendarskim jedinicama (dani/mjeseci/godine). Rok određen na osam dana u ZoK-u treba ukinuti.

Prema Europskom pravu konkurenčije stvar je poduzeća kada će provesti namjeravanu koncentraciju za koju uopće nemaju obvezu prijeve (poduzetnička sloboda - ugovaranja).³¹⁶ Već postoji obveza prijave koncentracija na tržištu prije (ispunjena) provedbe pravne osnove koncentracija (sklapanja ugovora; objave javne ponude; stjecanja kontrole ili poslije očitovanja iskrene namjere da se to uradi). Praktično, to znači da je rok za prijavu određen kao prva radnja u transakciji spajanja. Prvu radnju, odnosno početak transakcije spajanja, odredit će subjekti koncentracija na temelju poduzetničke slobode ugovaranja i djelovanja.

Nacionalne jurisdikcije ne bi trebale heteronomnim propisom odrediti rok u kalendarskim jedinicama (not deadline). Odnosno, nije potrebno rok odrediti na dane. Subjekti transakcije imaju osobni interes podnijeti prijavu što prije, upravo iz razloga da dobiju odluku o dopuštenosti koncentracija, kako bi transakcija proizvela erga omnes pravni učinak. Budući, dakle, da transakcija sama po sebi ne proizvodi pravni učinak ako nema odobrenja nadležnog tijela, to ona ne može imati zabranjeno konkurenčijsko djelovanje na tržištu.

Na koncu, odrediti rok ograničen brojem dana besmisleno je i zbog tog što je i po europskom pravu konkurenčije određen rok, ali ne (deadline - krajnji rok) ograničen brojem dana, već rok vezan za funkciju - "prije provedbe koncentracija." Istovjetno rješenje je u Njemačkoj - „Act against Restraints of Competition.”³¹⁷

314 Slučaj 46/08 (2009) BUNDES KARTELLAMT

315 Zemlje u kojima je ZoK-om rok određen na dane, a koji se računa od pravomoćnosti pravne osnove za prijavu koncentracija su: Portugal 7 dana - čl.9(2); Slovenija prije provedbe a ne više od 30 dana - čl.43(1); Bugarska 30 dana – čl.9.st.1; 30 dana i može se prolongirati za 15 u što je uključeno i razdoblje od 7 dana, u kojem strane obavještavaju u pismenom obliku KV o radnji koju treba prijaviti – točke 125 i 126 Uredbe o koncentracijama Rumunjske; Slovačka 30 dana; Mađarska 30 dana- čl. 28(2); Irska 30 dana - čl.18; Republika Hrvatska 8 dana – čl.22.(2); 7 dana - 13(1) Odluka o kontroli spajanja Kipra; Republika Srbija 7 dana; i dr.

316 Prior notification of concentrations and pre-notification referral at the notifying parties - Article 4, of the Council Regulation (EC) No 139/2004 of

317 http://www.bundeskartellamt.de/wEnglish/Fusionskontrolle_e/fusi...

Rok za prijavu je određen kao vremensko razdoblje (engl. term) od pravomoćnosti pravne osnove koncentracija do prijave koncentracija: neizvjestan rok. Prijava koncentracija je prva neophodna radnja u slijedu korelativnih radnji kojim počinje proces provedbe transakcije spajanja. Zbog toga se takav rok može odrediti na radnju podnošenja prijave kojom počinje transakcija spajanja. Rok određen na radnju podnošenja prijave ne ostavlja mogućnost priječiti vršenje poslovnih aktivnosti (radnji) poduzeća na spajanju, ili ne obvezuje na prijavu a transakcija spajanja je neizvjesna.³¹⁸

U slučaju da je trajanje roka ograničenog brojem dana nametnuto iz vana on postaje subjektivan. Zato postoji mogućnost da rok neće biti objektivno određen. Pretvorba neizvjesnog (term) u izvjesni rok (deadline) mora biti učinjena prvom radnjom, podnošenjem prijave koncentracije. Ova prva radnja je neophodna za funkcionalni slijed radnji čijim izvršenjem bi se okončao postupak spajanja. To znači da se potonje radnje nikad ne mogu poduzeti, a da se prethodno ili istovremeno nije podnijela prijava koncentracija. Zbog toga, ako rok za prijavu transakcije spajanja nije vezan funkcionalno, on je protivan naravi slobode ugovaranja spajanja.³¹⁹

2.1.2. Uvjeti za prijavu koncentracija

Koncentracije gospodarskih subjekata, iz članka 12 stavak 1 zakona, sudionici koncentracija su obvezni prijaviti kada su ispunjeni uvjeti iz članka 14: a) da ukupni godišnji prihod sudionika koncentracije ostvaren prodajom roba i/ili usluga na svjetskom tržištu iznosi 100.000.000 KM po završnom računu u godini koja je prethodila koncentraciji. Pri čemu je najmanje jedan gospodarski subjekt sudionik koncentracije registriran na teritoriji BiH; ili b) da ukupni godišnji prihod svakog od najmanje dva gospodarska subjekta koncentracija ostvaren prodajom roba i/ili usluga na tržištu BiH iznosi najmanje 5 000.000 KM po završnom računu, u godini koja je prethodila koncentraciji, ili ako je njihovo zajedničko sudjelovanje na mjerodavnom tržištu veće od 40%.

Nomotehničko uređenje stavka 1 ovog članka ima iste ili slične nedostatke kao i potonji. Radi njihovog otklanjanja, primjerice, bilo bi dobro riječ tržište u BiH zamjeniti riječu tržišta u BiH, ili zadnji dio rečenice ovog stavka prebaciti u novu točku c) s obzirom da je riječ o posebnom uvjetu (tržišni udjeli 40%) ili izbrisati riječ "namjeravanu" ili u točki a) stavka 1 dodati riječ "svih" prije riječi "sudionika" s obzirom da je riječ o množini...

No, ono što je bitnije, nužno je zamjeniti rastavni veznik "ili" veznikom "i," jer je riječ o kumulativnom, a ne rastavno-pogodbenom uvjetu.³²⁰ Veznik "ili" je umjesto

318 Konkurenčijsko vijeće BiH, u čl.10.st.1. Inicijativa za izmjene i dopune ZoK-a, br: 01-01-50-993-I/08. Sarajevo, 11.12.2008. godine, prihvati je rok vezan za provedbu koncentracija. Vijeće ministara BiH, kao ovlašteni predlagač, 29.04.2009. godine Parlamentarnoj skupštini BiH dostavilo je prijedlog Zakona o izmenama i dopunama ZoK u kojem nije prihvati rješenje iz inicijative KV BiH. Već je, de lege lata, rok određen na osam dana, produžilo na petnaest dana – Povjerenstvo za vanjsku i trgovinsku politiku carine, promet i veze. Izvještaj o Prijedlogu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o konkurenčiji, br: 02/2-50-1-23-28/09.

319 Proizlazi da se riječ "namjere" briše iz čl.16.st.1, kao i da se skup riječi "u roku od osam dana od nastupanja pravne osnove koncentracija" zamjeni riječima "prije provedbe pravne osnove koncentracija." Također, u st.2 istog članka, a u kojem je neodređeno propisano da "u svim drugim slučajevima gospodarski subjekti podnose zajedničku prijavu," potrebno je precizirati, analitički razraditi tu odredbu, s obzirom da bi to moglo značiti mnoštvo poduzeća koja su povezana kao grupe poduzeća, unakrsnih udjela ili kroz druge načine kontrole.

320 Istovjetno rješenje je za koncentraciju na razini Zajednice – Procedure for controlling merger operations between enterprises. Legal base: Council Regulation (EC) No 139/04

jednog uvjeta za prijavu namjere koncentracija reproducirao dva posebna.³²¹ Praktična posljedica je sljedeća. Ako subjekti transakcije nisu obvezni prijaviti ju po jednom pogodbenom uvjetu, onda jesu po drugom.

Kriterij za prijavu koncentracija postavljen je veoma nisko što je protivno i europskom i komparativnom pravu. Time su, pa skoro, svi subjekti bilo kakve transakcije, u položaju podnositelja prijave.

Kombinacija niskih pragova (5.000.000.KM) s okolnostima drugih nomotehničkih nedostataka, jest osnovni uzročnik mnoštva irelevantnih prijava transakcija - kocentracija. Ova vrsta predmeta u konkurencijskoj praksi u BiH zauzima dominantan dio i kao takva umanjuje njeno esencijalno značenje - prve bitne konkurencijske prakse.

Konkurencijsko je vijeće u mandatu 2004-2010. godina³²² primilo 169 predmeta. Od toga je riješeno 158 predmeta od kojih se 128 ili 81% odnosi na prijeve koncentracija. Pri tom je zabranjena samo jedna kocentracija. Odnosno, s obzirom na činjenicu da su postupci ocjene koncentracija vođeni u pravilu na inicijativu prijava sudionika koncentracija (zanemariv je broj konkurencijskih postupaka koji je pokrenut ex officio), to je navedena tvrdnja većeg pondera.

Identična situacija je i s predmetima koji su primljeni u istom mandatnom razdoblju, a odnose se na zahtjev za davanje mišljenja subjektima transakcija. U navedenom mandatu ukupno su zaprimljena 53 zahtjeva za davanje mišljenja. Mišljenja su data na 47 zahtjeva. Od 47 mišljenja 36 ili 80% se odnosi na prijavu namjere koncentracija.

Zaključak

Odabrana rješenja ZoK-a, dakle, u institutu prijava koncentracija su proizvela mnoštvo irelevantnih prijava koncentracija. Tim prije ona su i način inkorporiranja osnove transponiranja (Uredba Vijeća /EC/, br. 139/04) u pravni poredak BiH. Iako nisu protivna osnovi transponiranja, promatrano kroz prizmu konkurencijske prakse nastale u postupku primjene ZoK, ona divergiraju (sadržajno i nomotehnički) od svrhe koja se treba postići rješenjima osnove transponiranja.

Svrha rješenja osnove transponiranja je zabraniti koncentracije kojima se značajno narušava učinkovita tržišna konkurenca, na značajnijem dijelu ili mjerodavnim tržištima (BiH), a posebno kojima se stvara novi ili jača postojeći vladajući položaj. Ova svrha nije postignuta, jer je KV zabranilo samo jednu kocentraciju, a 2/3 predmeta relevantne konkurencijske prakse odnosi se na ocjenu prijava koncentracija.

Iz navedenog proizlazi zaključak kojim je potrebno divergirana rješanja konvergirati s komparativnim rješenjima zemalja EU, odnosno, s rješenjima osnove usklađivanja - Uredba Vijeća /EC/, br. 139/04.

B I B L I O G R A F I J A

1. Knjige i članci

1.1. Bijela knjiga. Pripreme pridruženih zemalja centralne i istočne Europe za integraciju u unutarnje tržište unije. Sarajevo, 2000.

321 Kako se zakonska rješenja ne mogu mijenjati već samo razradivati podzakonskim aktima to je isto rješenje preuzeto Odlukom o načinu podnošenja prijave i kriterijima za ocjenu kocentracija gospodarskih subjekata.

322 Izvješća o radu Konkurencijskog vijeća BiH <http://www.bihkonk.gov.ba>

- 1.2. Gačić Milica. Englesko hrvatski Rječnik Prava. Zagreb, 2004.
- 1.3. Misita, Nevenko. Osnovi prava Europske unije. Sarajevo, 2002.
- 1.4. Nasakanda, Pero. Ogled o državi tržišne privrede. Zbornik Pravnoga fakulteta u Zagrebu 40, 1990.
- 1.5. Pranjić, dr. Stjepo i dr., Zbirka propisa Konkurencijskog vijeća BiH. Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine. Sarajevo, 2007.
- 1.6. Trifković, Miloš., Simić dr. Milić, Trivun dr. Veljko. Poslovno pravo: ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurenkcije. Ekonomski fakultet. Sarajevo, 2004.
- 1.7. Vedran Šoljan. Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice. Zagreb, 2004.
2. EU competition law
- 2.1. EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control. Situation as at 14 July 2009 COMPETITION HANDBOOKS Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009
ISSN – 1831-497X
ISBN – 978-92-79-12998-8 © European Communities, 2009.
3. BiH propisi
- 3.1. Izvještaj o Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZoK, br. 02/2-50-1-23-28/09.
- 3.2. Inicijativa za izmjene i dopune ZoK, br. 01-01-50-993-I/08.
- 3.3. Ustav BiH. Office the High Representative.
- 3.4. Zakona o konkurennciji. „Sl. glasnik BiH,“ br. 30/01.
- 3.5. Zakona o konkurennciji. „Sl. glasnik BiH,“ br. 48/05 i 76/07.
- 3.6. Zakon o upravnom postupku. „Sl. glasnik BiH,“ br. 29/02.
- 3.7. Zakona o gospodarskom društvima. „Sl. novine F BiH,“ br. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02 i 29/03.
- 3.8. Zakon o Standardnoj klasifikaciji djelatnosti u F BiH. „Sl. novine,“ br. 6/1995.
- 3.9. Zakon o trgovini FBiH. „Sl. novine,“ br. 64/04 i 12/05.
- 3.10. Zakon o trgovini RS. „Sl. list RS,“ br. 6/07.
- 3.11. Odluke o procedurama u postupku usklađivanja zakonodavstva BiH s *acquis communautaire*. „Sl. glasnik BiH,“ br. 44/03.
- 3.12. Mišljenje o usaglašenosti Nacrta ZoK s *acquis communautaire*, br. 03B-02 AA-1664-1/04.
4. Slučaj BUNDES KARTELLAMT. Case summary Merger between Nordzucker AG, Braunschweig, and Danisco Sugar A/S, Copenhagen, Denmark. Sector Sugar production and distribution Ref. B 2 – 46/08. Date of Decision 17 February 2009
5. Korištene www. stranice
<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>
http://www.bundeskartellamt.de/wEnglish/Fusionskontrolle_e/fusi...
<http://www.bihkonk.gov.ba>

UDK: 347.672

Ajdin Huseinspahić, dipl.iur.

OSTAVIĆEVO RASPOLAGANJE IMOVINOM
(testamentalno nasljeđivanje)
THE TESTATOR'S DISPOSAL OF PROPERTY
(TESTATE SUCCESSION)

SAŽETAK

Članak koji je pred vama obrađuje oporučno raspolažanje imovinom i prevashodno ima za cilj ukazati na najreferentnije tačke ovog segmenta nasljedno-pravnih odnosa. Situacije koje se javljaju kao posljedica fraudoloznog ponašanja ostavioца pri ustupanju i raspodjeli imovine mogu izazvati velike probleme u oblasti porodičnih, a time i sveukupnih društvenih odnosa. Naime, nisu rijetke situacije u kojima ostavilac postupajući zlonamjerno, odnosno nesavjesno i nepošteno raspolaže svojom imovinom, čime direktno krši osnovne principe, ne samo pravnih, nego i moralnih normi. Stoga, ostavilac treba znati koje mu nasljedno-pravne institute zakonodavac stavlja na raspolažanje kako bi se na najadekvatniji način izvršila raspodjela imovine, odnosno njeno zavještanje.

Zavještalac ima na raspolažanju testament ili oporuku, kao akt izjave njegove posljednje volje, i njme se treba koristiti onako kako je regulisano pozitivno-pravnim normama. Znači, zavještalac, zavisno od situacije u kojoj se nalazi, može koristiti sljedeće oblike testamenta ili oporuke:

- redovne i vanredne
- javne i privatne i
- usmene i pismene

Uz prethodno navedene vrste testamenata radom će obuhvatiti i sve one pojedinosti vezane za njegovo sastavljanje, čuvanje i tumačenje.

SUMMARY

The following paper analyzes the testate disposal of property and is intended for pointing out the most referential points of this segment of the testate succession-legal

relations. The situations occurring as the consequence of the fraudulent behaviour of the testator in cession and distribution of the property may cause great problems in the field of the family and overall social relations. Namely, it is not rare that the testator, acting maliciously, i.e. unconsciously and fraudulently, disposes of his/her property, thus directly violating the fundamental principles of not only legal but also moral norms. Therefore, the testator must know which succession-legal institutes he/she is provided with by the legislator in order to achieve the most adequate distribution, i.e. bequest of property. The testator disposes of the testament as the act of stating his/her last will and it should be used in the manner defined by the positive legislation. Thus, in dependence of the situation which the testator is involved in, he/she can use the following forms of the testament or last will:

- Regular and special
- Public and private, and
- Oral and written

Besides the above stated forms of the testament, this paper shall, also, deal with all those details associated with its drafting, safekeeping and interpretation.

U V O D

Oblast nasljednog prava je u svim društveno-ekonomskim formacijama kroz vijekove bila, a i ostala jedna od najinteresantnijih pravnih grana. Bez obzira da li govorimo o nasljednom pravu u robovlasničkom, feudalnom ili pak socijalističkom društvu sigurno je kako u svakom slučaju nasljeđivanje ima referentnu ulogu, bez obzira da li je riječ o nasljeđivanju nekih imovinskih dobara ili nasljeđivanju vladajućeg trona u nekoj zajednici. Interesovanje za oblast nasljednog prava je tim veća kada imamo u vidu da su odnosi unutar mnogih porodica narušeni upravo iz razloga što se na različite načine zloupotrebljavaju institucije nasljednoga prava i tako izigravaju zakonske odredbe te se laički i nestručno tumače pojedine zakonske norme kod raspolaganja imovinom bilo da se to čini nasljedno-pravnim ugovorima ili oporukom, odnosno, testamentom. Imajući u vidu navedeno jasno je da osnovni cilj ovoga rada referira na poboljšanje i „oživotvorenje“ harmoničnih porodičnih odnosa, jer je „zdrava“ porodica, kao nukleus društva, nužan preduvjet za razvoj moralnog, poštenog i samosvjenog čovjeka. Ta revitalizacija porodične ljubavi koju naše društvo počinje da gubi može biti učinjena na nekoliko načina. Jedan od tih načina je i prosvjećivanje ljudi i njihova neprekidna edukacija na svim poljima pa tako i na polju raspolaganja imovinom kako za života tako i za slučaj smrti.

Ljudski život je vremenski ograničen te sam čovjek kao subjekt prava nije trajna kategorija i postoji sve dok je ljudsko biće živi. Za života čovjek je nosilac određenih prava i dužnosti, odnosno, određenih imovinsko-pravnih ovlašćenja. Nakon smrti čovjeka iza njega ostaju određena materijalna i nematerijalna dobra. Imovinska prava i obaveze jednog lica ne prestaju da egzistiraju u momentu smrti toga lica. Imovina kao pravna kategorija predstavlja skup subjektivnih imovinskih prava predstavljenih jednim nositeljem.³²³ Momentom smrti nestaje pravni subjekt, ali subjektivna prava jednog umrlog lica prelaze na drugo lice koje ima pravo da se pozove na naslijede.

Shodno navedenom, možemo kazati kako je nasljeđivanje prijenos materijalnih i nematerijalnih vrijednosti sa jednog na drugo lice. Slikovito prikazano nasljeđivanje predstavlja lanac, odnosno neprekinuti niz svih generacija odnosno njihovu međuvisnost i povezanost kroz dugi vremenki period. Posmatrano na navedeni način nasljeđivanje označava kontinuitet u postojanju i opstojnosti svakog društva i njegovih članova. Gotovo je nemoguće zamisliti šta bi se desilo da smrću jednog lica sva njegova imovina propadne, odnosno, ne prijede na potomke, ili pak ne dobije svoga titulara, pa makar to bila i država u najširem smislu te riječi.

U svojoj dugoj historiji nasljeđno pravo je razvilo i posebnu terminologiju, te su mnogi izrazi koji su nastali u ovoj pravnoj grani poslužili i drugim naukama te umjetnosti, književnosti i politici. Umrlo lice čija je imovina predmet nasljeđivanja naziva se ostavilac (*de cuius*). Ukoliko je *de cuius* ostavio testament onda se on naziva zavještalac. Trenutak smrti ostavioca označava se pojmom *delacie*. Imovina ostavioca koja je podobna za nasljeđivanja označava se kao *zaostavština*. Odredba u testamentu kojom se određenom licu ostavlja određeno pravo naziva se *isporuka* ili *legat*, a lice u čiju je korist takva oporuka sačinjena označava se kao *legatar* ili *isporukoprimalac*.

Za stjecanje nasljeđnog prava u našem pravnom sistemu traži se postojanje valjanog pravnog osnova. Postoje dva pravna osnova za nasljeđivanje: testament i zakon. Na osnovu testamenta ili oporuke nasljeđnike određuje sam ostavilac izjavom svoje posljednje volje koja je sadržana u oporuci. Na osnovu zakona nasljeđnike određuje sam zakonodavac pomoću određenih činjenica koje se moraju naći kod jednog lice da bi ono postalo nasljeđnik. U konkurenciji dva osnova pozivanja na naslijede, to jeste testimenta i zakona jaču pravnu snagu ima volja ostavioca, odnosno, oporuka u odnosu na odredbe zakonskog nasljeđivanja koje predviđa zakonodavac. Značajno mjesto u oblasti nasljeđnog prava imaju svakako i nasljeđno-pravni ugovori koji nisu osnov nasljeđivanja, ali su izuzetno efikasno sredstvo za stjecanje određene imovine u pravnom smislu te riječi.

Pored pozitivno-pravne metode koja u obradi zadate teme ima nezamjenjivu ulogu, značajnu poziciju imaju svakako i dijalektička, monografska i komparativna metoda. U nastavku ćemo detaljnije izložiti testamentalni ili oporučni način nasljeđivanja, a o tome šta su nasljeđno-pravni ugovori, koje vrste takvih ugovora postoje i kako se njima koristiti biće riječi nekom drugom prilikom.

³²³ Iz navedenog pojmovnog shvatanja imovine kao pravne kategorije jasno je kako u tom pojmu ne nalazimo ni stvari niti činidbe, ali možemo uočiti da čovjek posjeduje određena materijalna dobra, odnosno, određena subjektivna imovinska prava. Zapravo, preciznije kazano čovjek ima određeni obim prava koja proizilaze iz imovinske mase. (Prof.dr. Martin Vedriš i Prof. dr. Petar Klarić „Građansko pravo“ (opći dio, stvarno, obvezno i nasljeđno pravo) Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 1996. godine, strana 78.)

IZVORI I NAČELA NASLJEDNOG PRAVA

Ako bismo željeli dati jednu sveobuhvatnu definiciju izvora nasljednog prava, pa i prava uopće, mogli bismo kazati kako se pod izvorima prava podrazumijevaju različiti oblici u kojima se mogu javiti pravna pravila. Pravni teoretičari poznaju podjelu na državne i društvene izvore prava. Za prve izvore se može kazati da je njihov tvorac ustavom određeni zakonodavni organ gdje tvorac određene norme nije istovremeno i njen adresat. Može se, dakle, zaključiti da je norma heteronomna. Za druge izvore prava, to jest društvene pravne izvore se može kazati da su to izvori prava kod kojih se kao tvorci pravnih normi javljaju lica na koja se ta norma i odnosi pošto se za njih vezuje samonormiranje međusobnih odnosa i akcija članova određenih asocijacija. Za naše razmatranje nasljednog prava od posebne važnosti je akcentiranje sljedećih pravnih izvora:

1. **Propisi** predstavljaju napisano pravno pravilo. Među propisima postoji rang, te ih možemo po hijerarhijskome kriteriju podijeliti na: ustav, zakon i međunarodne ugovore kao najreprezentativnije propise koji regulišu materiju nasljednoga prava
2. **Pravni običaji** se shvataju kao nepisana pravna pravila koja su uspostavljena unutar jedne društvene zajednice neprekidnim ponavljanjem određenih radnji koje su dovoljno guste, stalne i jednolične kroz određen vremenski period te se, kao takve, smatraju obavezujućim za sve subjekte unutar određenog društva. Pravni običaji su supsidijarni izvor prava, subordinirani zakonskim propisima.
3. **Sudska praksa** predstavlja donošenje više saglasnih presuda istog suda u istoj pravnoj stvari na temelju kojih se formira općeobavezna pravna norma. Inače sudska praksa kod nas u okviru eurokontinentalnog pravnog sistema nije direktni izvor prava, nego ovaj pravni izvor djeluje snagom uvjerljivosti višeg suda na niži sud. S druge strane u anglosaksonskom pravnom sistemu sudska praksa je direktni izvor prava. Uloga sudske prakse dolazi do izražaja i zbog toga što sud ne može odbiti da rješava spor pod izgovorom da ne postoji opšta norma ili da je ista suviše apstraktna i neodređena. Osim toga, hijerarhijski oblik organizacije sudova u zemljama evropskog kontinentalnog prava, a posebno nadležnost i odnos između sudova, dovode do toga da su viši sudovi uvijek u poziciji da ukidaju odluke nižih sudova, što ima za posljedicu da stavove zauzete u odlukama viših sudova prihvataju niži sudovi, iako oni formalno ne obavezuju niže sudove, kao što smo prethodno naglasili. Na koncu zaključujemo da značaj sudske prakse nije isti u svim granama prava, a uloga sudova posebno je značajna kod popunjavanja tzv. pravnih praznina.
4. **Pravna znanost** nije direktni izvor prava, već znanstvena djela u kojima se teoretski obrađuju pravni problemi imaju veliki uticaj na razvoj pravne znanosti, te utiču na formiranje stručnog i profesionalnog pravničkog kadra.

Govoreći o izvorima nasljednog prava u našoj državi, važno je napomenuti kako je amandmanima na Ustav SFRJ iz 1963. godine, koji su donijeti 1971. godine nadležnost regulisanja nasljedno-pravnih odnosa prenijeta sa Federacije na republike i pokrajine. Inače do donošenja navedenih amandmana 1971. godine važio je tekst Saveznog Zakona

o nasljeđivanju iz 1955. godine („Službeni list SFRJ“ broj 20/55). Savezni Zakon o nasljeđivanju dao je osnovni pečat ne samo bosanskohercegovačkom, nego i nasljedno-pravnom sistemu svih „ex jugoslavenskih“ država. Tako je u našoj državi važio Zakon o nasljeđivanju („Službeni list SRBiH“ broj 22/73, 22/75, 36/75, 38/78 i prečišćeni tekst tog Zakona „Službeni list SRBiH“ broj 7/80). Nakon raspada SFRJ i formiranja nezavisnih država na području bivše Jugoslavije Republika Bosna i Hercegovina je preuzeila navedeni Zakon o nasljeđivanju i time nastavila kontinuitet pravnih propisa i u ovoj grani prava.

Uzimajući u obzir današnje ustrojstvo naše države smatram da je bitno napomenuti kako je u Federaciji BiH na snazi Zakon o nasljeđivanju iz 1955. godine, odnosno, uzevši u obzir amandmane na Ustav SFRJ iz 1963. godine prečišćeni tekst Zakona o nasljeđivanju iz 1980. godine, koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije BiH. Preciznije kazano prečišćeni tekst Zakona o nasljeđivanju BiH iz 1980. godine važio je na cijelom teritoriju naše države sve do donošenja Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske čime je navedeni Zakon iz 1980. godine ostao da važi na preostalom dijelu teritorije Bosne i Hercegovine. U Republici Srpskoj, prije nego je 15. decembar 2008. godine donesen novi Zakon o nasljeđivanju („Službeni glasnik RS“ broj 01/09) kojim se van snage stavljuju odredbe Zakona o nasljeđivanju („Službeni list SRBiH“, broj 7/80 i 15/80), važile su odredbe već pomenutog zakona donesenog na nivou SRBiH, a u skladu sa odredbama Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske iz 1992. godine, koji nalaže da će se do donošenja odgovarajućih zakona i drugih propisa Republike primjenjivati zakoni i drugi propisi SFRJ i SRBiH. Na koncu, kada je riječ o Brčko Distriktu bitno je napomenuti kako u okvirima ove administrativno-teritorijalne jedinice u pogledu materije nasljednog prava također važi Zakon o nasljeđivanju („Službeni list SRBiH“, broj 7/80 i 15/80), kao i u Federaciji BiH. U pogledu međunarodnih ugovora kao izvora nasljednog prava, a koji su na snazi i u našoj državi posebno se ističu dvije konvencije i to:

- Haška konvencija o sukobu zakona u pogledu forme testamenatalih raspolaganja iz 1961. godine (Pregled međunarodnih multilateralnih ugovora, „Službeni list RBiH“ broj 2/93-621), i
- Vašingtonska konvencija o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta iz 1973. godine („Službeni list SFRJ“ broj 3/77)

Navedene konvencije su u pravni sistem Bosne i Hercegovine preuzete Uredbom sa zakonskom snagom RBiH („Službeni list RBiH“ broj 2/92 i 13/94) te i danas predstavljaju jedan od najvažnijih međunarodno-pravnih izvora nasljednog prava u našoj zemlji.

Ustanove nasljednog prava su relativno fundamentalnog i nepromjenjivog karaktera, dok se samo neke odrednice nasljedno-pravnih odnosa trebaju uskladiti sa dinamikom razvoja društveno-političkih odnosa, koje takvo nešto nesumnjivo zahtijevaju. Primjera radi, uvođenje institucije notara u pravni sistem nekog društva zahtijeva od tog sistema da na adekvatan način odredi mjesto i ulogu te društveno-pravne institucije. Tako je Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske s kraja 2008. godine uveo odredbe notarske obrade isprava, odnosno mogućnost sastavljanja testamenta i nasljedno-pravnih ugovora pred notarom.³²⁴ S druge strane, svaki zakon koji reguliše nasljeđivanje se mora dotaći temeljnih institucija nasljednog prava koje su ujednačene u gotovo svim

³²⁴ član 72 i 129 Zakona o nasljeđivanju (Službeni glasnik RS br. 01/09)

pravnim sistemima, pošto opći pravni akt koji reguliše nasljedno-pravnu oblast prevashodno ima zadatak da normira temeljna pitanja nasljeđivanja kruga zakonskih nasljednika, nasljeđivanja po osnovu testamenta, pitanja nasljedno-pravnih ugovora, trenutak prelaska zaostavštine na nasljednike i druga pitanja koja se tiču prava nasljeđivanja.

Načela se općenito mogu shvatati kao temeljni postulati koji moraju biti poštovani ukoliko se želi uistinu ostvariti sam duh zakona, odnosno sama suština pravne norme. U nastavku ćemo akcentirati samo najvažnije karakteristike svakog od načela nasljednog prava.

- a. **Načelo univerzalnosti nasljeđivanja** znači da su pravila zakonskog nasljeđivanja ista to jest opća, jedinstvena i univerzalna bez obzira na lične osobine i kvalitete ostavioca ili pak nasljednika kao što su njihov spol, uzrast, imovinsko stanje, nacionalnost, vjeroispovjest, zanimanje i slično. Suprotno ovome načelu nalazi se načelo specijalnosti koje znači da su pravila zakonskog nasljeđivanja posebna u zavisnosti od činjenica koje se odnose na lične kvalitete ostavioca i nasljednika. Naš pravni sistem je prihvatio načelo univerzalnosti kod nasljeđivanja još 1955. godine.
- b. **Načelo ravnopravnosti** polazi od toga da svaki građanin pod istim uvjetima ima jednak nasljednopravni položaj. Dakle, ovdje važi ravnopravnost spolova, te ravnopravnost bračne i vanbračne djece kao i ravnopravnost stranih i domaćih državljana pod uslovom reciprociteta.³²⁵
- c. **Načelo ograničenog osnova pozivanja na nasljeđe** Naše pravo dopušta dva osnova pozivanja na naslijede i to zakon i oporuku, dok ugovor o nasljeđivanju u našem zakonu nije dozvoljen te ne može biti osnov niti za univerzalnu niti za singularnu sukcesiju.³²⁶ Stoga je važno napomenuti kako svaki pravni akt koji uređuje oblast nasljednog prava treba navesti koji su to pravni osnovi pozivanja na naslijede.
- d. Načelo paralelnog odnosa osnova pozivanja na naslijede, za razliku od načela isključivosti pozivanja na naslijede koje je važilo u Starom Rimu i značilo da nasljednik po osnovu testamenta nije mogao biti i nasljednik po osnovu zakona i obrnuto, predstavlja načelo kod koga je moguće da se zaostavština iza ostavioca naslijedi i po osnovu zakona, ali i oporuke. Ovo načelo važi u savremenome pravu, te se naziva i načelom kumulacije pravnih osnova pozivanja na naslijede.

³²⁵ Reciprocitet ili uzajamnost u najširem smislu predstavlja jednak ponasanje između dviju suverenih država. Može biti riječi o ponasanju u pogledu tretmana stranaca, priznavanju sudskih i drugih odluka, te o pružanju međunarodne pravne pomoći. Tako se postojanje reciprociteta pretpostavlja dok se suprotno ne dokaže, a u slučaju sumnje u postojanje reciprociteta objašnjenje daje organ uprave nadležan za poslove pravosuda tj. ministarstvo pravde BiH. (Član 92 Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima(„Službeni list SFRJ“ broj 43/82 i „Službeni list RBiH“ broj 2/92), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije Bosne i Hecegovine)

³²⁶ Član 106 Zakona o nasljeđivanju BiH (prečišćen tekst), („Službeni list SRBiH“ broj 7 od 24. marta 1980.

godine, Ispravka 15/80), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije Bosne i Hecegovine i član 125 i 126 Zakona o nasljeđivanju RS od 15. decembra 2008. godine (Službeni glasnik RS br. 01/09)

PRETPOSTAVKE ZA NASLJEĐIVANJE

Bez obzira da li govorimo o zakonskom ili testamentalnom obliku nasljeđivanja neophodno je da se ostvare određene pretpostavke. O nasljeđivanju se može govoriti tek kada dođe do prestanka pravnog subjektiviteta određenog fizičkog lica, odnosno, ostavioca. Nakon ispunjenja te činjenice na snagu mogu stupiti objektivne norme nasljednog prava. Ali, nije samo smrt ostavioca jedini uslov za nasljeđivanje, nego se pored toga moraju ispuniti i sljedeći uslovi:

- a. **Postojanje zaostavštine** - Zaostavština se, kao pravni pojam, ne može vezati za fizičko lice koje je živo jer tek nakon smrti, odnosno, prestanka pravnog subjektiviteta fizičkog lica možemo govoriti o postojanju zaostavštine
- b. **Postojanje nasljednika** - Nasljednik može biti samo ono lice koje je u trenutku otvaranja nasljeđa u životu. Od uslova da nasljednik mora biti živ u trenutku smrti ostavioca postoje određeni izuzeci. Tako se dijete već začeto u trenutku otvaranja nasljeđa smatra kao da je rođeno, pod uvjetom da se rodi živo. Ovo pravilo se primjenjuje i kod zakonskog i kod testamentalnog nasljeđivanja. Pored navedenoga izuzetka postoji još jedan. Zadužbina koja nije postojala u trenutku smrti ostavioca ili testatora će postati njegov nasljednik, ako kasnije dobije odobrenje za osnivanje. Znači primjenjujući princip analogije tumačenja pravila o zametku isto bi se moglo primjeniti i na ostala pravna lica.
- c. **Prijem i odricanje od nasljeđa** - Nakon smrti jednog lica pravo na njegovu zaostavštinu polaze jedno ili više pravnih subjekata. U pravnim sistemima širom svijeta postoje tri sistema stjecanja nasljednog prava. Prvi sistem je onaj po kojem se nasljedno pravo stječe po sili zakona. Drugi sistem nasljeđivanja je onaj po kojem se nasljedno pravo nad određenom zaostavštinom stječe voljom nasljednika. Ovaj sistem je primjenjivan u rimskom pravu i sastojao se od dvije faze i to: smrti ostavioca i izričite izjave volje kojom nasljednik prihvata zaostavštinu. Treći sistem je onaj koji je prihvaćen i kod nas, a sastoji se od kombinacije prethodna dva sistema nasljeđivanja. Kod ovog načina stjecanja nasljedstva nasljedno pravo se stječe u trenutku smrti ostavioca, što znači da lice po sili zakona postaje nasljednik i da se tog položaja može odreći izričitom izjavom volje. Odricanje od nasljeđa je izjava volje nasljednika koju on daje nakon smrti ostavioca s ciljem da ne naslijedi dio ili cijelu zaostavštinu tog ostavioca. Tako ovom izjavom nasljednik pobija zakonsku pretpostavku po kojoj je on u času smrti svog ostavioca po sili zakona postao nasljednik.
- d. **Pravni osnov nasljeđivanja** je posljednji uslov i pod njega se u okviru našeg zakona mogu podvesti oporuka i zakon. U konkurenциji ova dva pravna osnova za nasljeđivanje jaču pravnu snagu ima oporuka.

Ostavilac kao pravni subjekt može cjelokupnom svojom imovinom, odnosno svim pokretnim i nepokretnim dobrima i pravima raspolagati na više načina kao što su testament ili oporuka i nasljedno-pravni ugovori. Napomenimo kako se nikada ne smije izgubiti iz vida da bilo koji nasljedno-pravni ugovor ne može biti osnov za pozivanje na naslijede, odnosno, da se nijedan valjan nasljedno-pravni ugovor ne može i ne smije porebiti sa testamentom pošto nemaju jednak pravni učinak. Naime, testament je pravni

osnov za nasljeđivanje dok nasljedno-pravni ugovori to nisu. Mnogi su primjeri u životu koji nam zorno pokazuju kako su i koliko ljudi inventivni kada je riječ o različitim načinima vršenja zloupotrebe ustanova nasljednoga prava, odnosno, nasljedno-pravnih ugovora i oporučnog raspolaganja imovinom. Shodno tome da u međusobnoj konkurenciji zakonskog i oporučnog nasljeđivanja jaču pravnu snagu ima testament ili oporuka, ovom instrumentu nasljednog prava će dati prioritet u odnosu na ostale koje naš zakonski tekst poznaje.

U savremenom pravu sloboda testamentalnog raspolaganja predstavlja jedno od osnovnih načela nasljednog prava, a čemu smo u uvodu rada iznijeli nešto više činjenica. Sloboda testamentalnog raspolaganja je izraz slobode čovjeka da može slobodno raspolažati svojom imovinom za slučaj smrti. Jedino što ograničava slobodu testamentalnog raspolaganja je ustanova nužnog nasljednog dijela, koja predstavlja dio imovine koja mora pripasti svakom subjektu koji može biti pozvan na nasljeđe bez obzira na testatorovo raspolaganje imovinom. Kako bi testament bio punovažan treba ispuniti sljedeće uslove:

- sposobnost za pravljenje testamenta koja mora postojati u momentu njegovog sastavljanja
- da izjava posljednje volje zavještaoca predstavlja njegovu stvarnu volju izraženu slobodno i svjesno, a ne pod zabludom, prijetnjom ili prinudom i
- testament mora biti sačinjen u zakonom predviđenoj formi.

Zavještalac može testamentom raspolažati svojom imovinom na način i u granicama određenim zakonom.³²⁷

Testament je jednostrana izjava volje zavještaoca i proizvodi pravno dejstvo bez prihvatanja date izjave, jer testament nije kontrakt koji nastaje datom ponudom i njenim prihvatanjem. Testament je strogo lični pravni posao kojeg može sačiniti samo ostavilac. Pri pravljenju testamenta isključena je mogućnost zastupanja. U ime ostavioca izjavu volje ne mogu dati njegovi zakonski zastupnici, ni roditelji, ni staratelji. Ali, zakon je predviđio mogućnost da testament mogu sačiniti sudija i drugi javni organ (notar) po kazivanju ostavioca. Testament se može sačiniti i u prisustvu tumača. Prisustvo i pomoć ovih lica kod pravljenja testamenta mora se shvatiti samo u smislu pružanja pomoći i usluga, ali nikako kao davanje izjave umjesto ostavioca. Testament ili oporuka je izričita i opoziva izjava volje ostavioca, jer iz same definicije testamenta proizilazi njegova opozivost. Tako ostavilac može sačiniti nekoliko oporuka, ali će biti valjana samo ona koja je posljednja sačinjena. Svaka klauzula o odricanju prava na opozivanje testamenta je nevažeća i neće prozvoditi nikakva pravna dejstva, ni nasljedno-pravna, niti obligaciono-pravna. Testament je strogo formalna posljednja izjava volje ostavioca.

USLOVI ZA PUNOVAŽNOST TESTAMENTA

Uslovi za punovažnost testamenta su:

- **Sposobnost za pravljenje testamenta** „Testament može sačiniti svako lice sposobno za rasuđivanje koje je navršilo 16 godina života“.³²⁸ Zaključujemo da je

³²⁷ Član 7 Zakona o nasljeđivanju BiH (prečišćen tekst), („Službeni list SRBiH“ broj 7 od 24.marta 1980.godine, Ispravka 15/80), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5.Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, i član 6 Zakona o nasljeđivanju RS od 15. decembra. 2008.god. („Službeni glasnik RS“ broj 01/09)

sposobnost za pravljenje testamenta posebna i nezavisna od opće građansko-pravne sposobnosti. Ali, pošto živimo u Bosni i Hercegovini gdje se pravni sistem jednog entiteta od drugog sve više udaljava neće nas iznenaditi sljedeća zakonska odredba. „Testament može sačiniti svako lice sposobno za rasuđivanje koje je navršilo 15 godina života.“³²⁹ Da, dobro ste pročitali. Ovo je važeća odredba Zakona o nasljeđivanju u Republici Srpskoj koja dobnu granicu za sačinjavanje testamenta spušta na 15 godina u odnosu na važeće odredbe Zakona o nasljeđivanju u Federaciji BiH i Distriktu Brčko. Ovaj pravni antagonizam nam dovoljno govori o (ne)koordinaciji nadležnih tijela vlasti na svim nivoima u našoj Bosni i Hercegovini. Neujednačenost zakonskih odredbi nasljednog prava u našoj državi je alarmantan znak kako bi se u ovoj, ali i u drugim granama prava ujednačila zakonska politika i stvorio pravni sistem bez velikih suprotnosti. Kada govorimo o punoljetnim licima kojima je oduzeta poslovna sposobnost važno je napomenuti da se od momenta pravosnažnosti sudske odluke kojom se ovim licima oduzima poslovna sposobnost ona smatraju nesposobnim za rasuđivanje pa prema tome nemaju ni testamentalnu sposobnost. Ukoliko je testament sastavljen u „svjetlim trenucima“ (lucida interavala) teret dokazivanja pada na lice koje se poziva na taj testament, i koje mora obarati zakonsku pretpostavku o nesposobnosti za rasuđivanje lica kojem je oduzeta poslovna sposobnost.

Delimično oduzimanje poslovne sposobnosti zbog rasipništva (ograničeno starateljstvo) ne oduzima sposobnost zaveštanja.³³⁰ Gubitak testamentalne sposobnosti nakon što je testament sačinjen nema utjecaja na njegovu punovažnost. Ništav je testament sastavljen od lica koje je lišeno poslovne sposobnosti zbog nesposobnosti rasuđivanja.³³¹ Testamentalna sposobnost zaveštaoca, procenjuje se prema lex nationalis zaveštaoca, bez obzira gde je testament sačinjen, na koju se imovinu odnosi i gde se ona nalazi.³³²

- **Način izjavljivanja volje** Testament mora biti sačinjen slobodnim izjavljivanjem volje bez prijetnje, prinude ili zablude pri njegovom sačinjavanju.
- **Forma testamenta** Kako bi bio punovažan testament mora biti sačinjen u zakonom predviđenoj formi, prvenstveno iz razloga pravne sigurnosti, smanjenja mogućih zloupotreba i radi sprečavanja zavještaoca da nepromišljenjo raspolaže svojom imovinom.

U savremenom pravu utvrđen je veći ili manji broj oblika testamenta. Pravilo je da testator bira oblik koji mu najviše odgovara, ali i ova mogućnost ima svoja ograničenja,

³²⁸ Član 62 Zakona o nasljeđivanju BiH (prečišćen tekst), („Službeni list SRBiH“ broj 7 od 24.marta 1980.godine, Ispravka 15/80), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5.Ustava Federacije Bosne i Hercegovine

³²⁹ Član 64 stav 1 Zakona o nasljeđivanju RS od 15. decembra. 2008.god.

³³⁰ Okružni sud u Mariboru, broj: Gž-418/69 od 15. 07. 1969. godine u vezi sa presudom Opštinskog suda u

Mariboru broj: I P-100/69-N. Stojanović, strana 82, M. Kurđulija, op. cit., strana 137, odluka broj 134

³³¹ Vrhovni sud Vojvodine, broj: Gž-963/58-R. Čosić, strana 128, odluka broj 1032

³³² Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-4683/96 od 05. 04. 2001. godine-Sudska praksa iz oblasti imovinskih odnosa...strana 45-46; Bilten Okružnog suda u Beogradu, broj 63

pa se tako u određenim situacijama mogu koristiti samo neki oblici testamenta. Osnovna podjela testamenata je na:

- redovne i vanredne
- javne i privatne te
- usmene i pismene.

Redovni testament je onaj testament kojim se ostavilac u pravilu može služiti u redovnim okolnostima u svim prilikama koje ispunjavaju sve formalnosti koje zakon traži.

Kako bi se mogle uzeti u obzir sve prilike koje život sobom nosi zakonodavac je dozvolio postojanje vanrednog testamenta. Stoga je za njegovo postojanje predviđena blaža forma i ograničeno vremensko trajanje.

Javni testamenti su oni koji nastaju uz sudjelovanje organa javne vlasti (sudije, diplomatsko-konzularnog predstavništva, zapovjednika broda, vojnog starješine, notara...), a privatni bez njihova prisustva.

Usmeni testament je onaj koji se sačinjava usmeno (viva vox), a pismeni onaj koji je sačinjen pismenim putem (scriptura).

TESTAMENT SA MEĐUNARODNIM OBILJEŽIJIMA

Kada govorimo o međunarodnim privatno-pravnim odnosima važno je dati nekoliko napomena oko sačinjavanja testamenta sa međunarodnim obilježjima, odnosno testamenta koji sačinjava jedno lice na teritoriji druge države. Imajući u vidu da je smisao metoda vezivanja³³³ u tome da se dođe do mjerodavnog privatnog prava za određeni privatno-pravni odnos u situacijama kada taj odnos ima internacionalna obilježja testamentalno nasljeđivanje ukida potrebu traženja odgovarajućih težišnih kontakata. Nasljeđivanje, odnosno, pravna pitanja u tom okviru najčešće su povezana s ostaviočevom posljednjom voljom koja je materijalizirana testamentalnim odrebama, i koja, kao takva u matrijalnom smislu ne pripada nijednom individualnom pravnom poretku. Ipak, pravo mjerodavno za zakonsko nasljeđivanje nije sasvim bez utjecaja u slučaju testamentalnog nasljeđivanja jer imperativna pravila tog prava koja se primjera radi odnose na krug nužnih naslijednika, postojanje i veličinu nužnog naslijednog dijela, isključenje nužnih naslijednika, nedostojnost za nasljeđivanje i slično, primjenjuju se paralelno sa testamentalnim odrebama. Osim toga, prije nego li se nasljeđivanje podvrgne odredbama testamenta najčešće se mora rješiti jedno drugo pitanje-pitanje formalne valjanosti samog testamenta te se shodno tome međunarodno privatno pravo u oblasti testamentalnog nasljeđivanja koncentrira na centralno pitanje: koje je pravo mjerodavno za ocjenu formalne valjanosti testamenta?³³⁴ Razvojem međunarodnog naslijednog prava na osnovu testamenta došlo je do favorizovanja ideje kako je centralno mjesto u okviru forme testamenta zauzeo princip in favorem testamenti, za što je svakako najjači argument činjenica da je smisao propisa o formi testamenta u tome da osigura

³³³ Metodi vezivanja se zasnivaju na tome što u situaciji kada je jedan slučaj povezan sa više država, te veze u pravilu nisu ni iste vrste ni istog značaja, pa je najčešće moguće izdvojiti onu koja će se smatrati odlučujućom za izbor prava koje će se primjeniti (Prof.dr. Edin Muminović, „Međunarodno privatno pravo“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006. godine, strana 57)

³³⁴ Prof.dr. Edin Muminović, „Međunarodno privatno pravo“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006. godine, strana 190

autentičnost ostaviočeve volje, a ne da testatoru otežava pitanje ostvarivanja njegove posljednje izjave volje. Zato se ne smije insistirati na stvarnoj mjerodavnosti samo jednog prava vezanog za formu testamenta, ukoliko je ostavilac zadovoljio pravila o formi nekog drugog prava sa kojim je slučaj tako povezan da se njegova primjena može razumno uzeti kao valjana i opće prihvatljiva. I Haška konvencija o sukobu zakona u pogledu forme testamenatalih raspolaganja iz 1961. godine, koja je na snazi i u našoj državi,³³⁵ slijedeći načelo *in favorem testamenti* utvrđuje u članu 1 alternativno vezivanje, te je kao prva opcija zadržana osnovna tačka vezivanja u pogledu forme pravnih poslova, a to je, kao što se zna, mjesto sastavljanja testamenta, pa je dakle mjerodavna *lex loci actus* u skladu s maksimumom *locus regit actum*, koja ima najšru primjenu u uporednom pravu kada je riječ o formi pravnih akata. Konvencija usvaja i niz drugih opcija, pri čemu su alternativno mjerodavna sljedeća pravila: *lex nationalis* ostavioca, njegova *lex domicilii*, te zakon njegovog redovnog boravišta. Pošto se radi o varijabilnim tačkama vezivanja relevantan momenat za njihovu upotrebu može biti vrijeme sastavljanja testamenta ili vrijeme smrti ostavioca, ovisno o tome šta je favorabilnije (korisnije) za testament.

Problematiku forme testamenta na internacionalnom planu rješava i Vašingtonska konvencija o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta iz 1973. godine, koja reguliše da testament treba biti sačinjen u pisrenom obliku na bilo kojem jeziku, rukom ili na neki drugi način, ostavilac ga ne mora tada čak ni svojeručno potpisati. Nakon toga on u prisustvu dva svjedoka i ovlaštene osobe izjavljuje da je dotično pisneno njegov testament, te ga tad potpisuje ili priznaje potpis za svoj. Poslije toga ovlaštena osoba izdaje potvrdu, a čiji je obrazac propisan Konvencijom, o tome da se kod sastavljanja testamenta postupalo u skladu sa jednoobraznim pravilima, te time testament stiče svojstvo „međunarodnog“ i priznaje se u svim zemljama članicama Konvencije, koja je nastala u okviru Instituta za unifikaciju privatnog prava, ali do danas nema veliki broj ratifikacija. Inače, ova Konvencija je na snazi i u našoj državi.

Naš Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima („Službeni list SFRJ“ broj 43/82 i „Službeni list RBiH“ broj 2/92), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine preuzeo je alternativnu kolizionu normu iz Haške konvencije pa je formalnu valjanost testamenta pred našim organima moguće cijeniti prema bilo kojem od alternativnih prava: pravu zemlje u kojoj je on sastavljen, nacionalnom ili domicilnom pravu ostavioca u vrijeme smrti ili u vrijeme testiranja, pravu ostaviočevog boravišta u vrijeme smrti ili u vrijeme testiranja, ili prema našem pravu (*lex fori*). Ukoliko se testamentom raspoređuju nekretnine u obzir dolazi još jedna opcija *lex rei sitae* (primjena prava po mjestu nalaženja nepokretnosti). Pored navedenih vezanosti u modernom međunarodnom privatnom pravu određenu ulogu ima i psihološki model vezivanja, a u Haškoj konvenciji o zakonu koji se primjenjuje na nasljeđivanje iz 1989. godine koja ima samo jednu ratifikaciju pored šireg zastupanja legis autonomiae voluntatis to jeste voljnog izbora mjerodavnog prava važno mjesto ima direktna primjene načela najtješnje povezanosti kao okvirnog koncepta vezivanja koji podrazumjeva uravnoteženje veznih okolnosti in concreto.³³⁶

³³⁵ Pregled međunarodnih multilateralnih ugovora, „Službeni list RBiH“ broj 2/93-621

³³⁶ Prof.dr. Edin Muminović, „Međunarodno privatno pravo“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006. godine, strana 194

OBLICI REDOVNOG TESTAMENTA U NAŠEM PRAVU

Naše pravo predviđa više oblika redovnog testamenta i to:

- dva oblika privatnog testamenta (svojeručni i testament pred svjedocima) i
- tri oblika javnog testamenta (sudski, diplomatsko-konzularni i međunarodni testament)³³⁷

Svojeručni-olografski testament je redovni, privatni i pismeni oblik testamenta, i za njegovu punovažnost potrebno je da ga zavještalac napiše svojom rukom i potpiše. *Svojeručni testament napisan pisaćom mašinom ne može se osnažiti ni pohranjivanjem kod suda, jer u tom slučaju sud utvrđuje samo identitet zavještaoca, a ne i autentičnost testamentu.*³³⁸

Osnovni uvjeti koji su potrebni kako bi ovaj testament bio punovažan su:

- Testament mora biti svojeručno napisan te ga mogu koristiti sva lica pa čak i ona slijepa i ona sa deformitetima ruku i prsta, ukoliko se služe pomagalima kao što proteze, vještački prsti i druge vrste pomagala. Bitno je samo da se ovaj testament ne može sastaviti korištenjem pisaće maštine ili kompjutera. *Za punovažnost svojeručnog testamenta potrebno je da ga je zavještalac napisao svojom rukom (oblikovao slova) i da ga je lično potpisao.*³³⁹
- Testament mora biti svojeručno napisan i potписан od strane ostavica i to punim imenom i prezimenom, a što je u skladu sa posebnim zakonskim odredbama.³⁴⁰ Ali, većina pravnih teoretičara smatra kako isti testament može biti potписан i pseudonimom, nadimkom ili pak nazivom kojim se označava odnos zavještaoca prema nasljednicima kao što je otac, majka i slično. *Potpis testatora ne može biti zamijenjen otiskom kažiprsta ili drugim rukoznakom.*³⁴¹
- Za punovažnost testamenta nije nužno da je označen datum njegovog sastavljanja, iako zakonske odredbe navode kako je korisno da datum bude naznačen na samom pismenu.

Za punovažnost pismenog testamenta pred svjedocima – alografskog testamenta potrebno je ispunjenje uslova predviđenih u navedenim odredbama Zakona o nasljeđivanju, a to su:

- Ovaj testament je onaj koji po kazivanju i zahtjevu zavještaoca sastavlja drugo lice, a to može biti srodnik zavještaoca, lice koje nije s njim u srodstvu, lice koje se u testamentu javlja kao nasljednik, pa i lice koje se u testamentu javlja kao svjedok. U slučaju alografskog testamenta nije isključena mogućnost da lice koje

³³⁷ Članovi 66, 67, 68, 73, 74, 75, 76 i 201 Zakona o nasljeđivanju BiH (prečišćen tekst), („Službeni list SRBiH“ broj 7 od 24.marta 1980.godine, Ispravka 15/80), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5.Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, i članovi 68, 69, 70, 72, 76, 77, 78, 79 i 83 Zakona o nasljeđivanju RS od 15. decembra. 2008.god.

³³⁸ Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, broj: Rev-362/90 od 23. 05. 1991. godine-Bilten VS BiH, broj 1991/2, odluka broj 27

³³⁹ Vrhovni sud Republike Crne Gore, broj: Rev-566/95-Bilten VS RCG, januar-decembar 1996. godine, strana 42

³⁴⁰ Pogledati Zakon o ličnom imenu ("Službeni list R BiH", br. 35/71, 38/86, 37/88 i 33/90), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem član IX.5.Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, i Zakon o ličnom imenu („Službeni glasnik RS“, broj 27/93 i 15/00)

³⁴¹ Vrhovni sud Vojvodine, broj: Rev-276/82-I. Babić, op.cit., str.118, bilj. 27, N. Stojanović, op.cit.,str. 89

- piše testament bude i sam zavještalac, naravno, samo da testament ne piše rukom, nego, na pisaćoj mašini ili pak računaru, ili drugom mehaničkom sredstvu.
- Testament koji je sastavilo drugo lice mora svojeručno potpisati zavještaoc i to punim imenom i prezimenom, ali sudska praksa ne isključuje ni mogućnost potpisivanja nadimkom pod kojim je zavještalac poznat, te ga upravo zbog toga mogu sastaviti samo lica koja znaju čitati i pisati.
 - Uz potpis zavještaoca, uslov za punovažnost testamenta predstavlja i njegova izjava da je to njegov testament, data u prisustvu dva svjedoka. Svjedoci ne moraju prisustvovati sastavljanju testamenta, niti im mora biti poznata njegova sadržina. Naravno, to ne isključuje i mogućnost njihovog prisustva kod sastavljanja testamenta.
 - Na samom testamentu svjedoci se moraju potpisati, što znači da je za punovažnost testamenta potrebno da ga svjedoci potpišu na pismenu, koje je zavještalac označio kao svoj testament. *Ukoliko sačinjavanju pismenog testamenta pred svjedocima nijesu prisustvovala oba svjedoka, testament je ništa*.³⁴²

Sudski testament je onaj testament koji zavještaocu, po njegovom kazivanju, može sačiniti sudija nadležnog suda koji će prethodno utvrditi identitet zavještaoca. Pošto zavještalac ovakav testament pročita i potpiše, sudija će na samom testamentu utvrditi da ga je zavještalac u njegovom prisustvu pročitao i potpisao. Ovo je redovni i javni oblik testamenta. Ovaj oblik izražavanja posljednje volje zavještaoca nije općeprihvaćen i primjenjiv kao prethodna dva oblika testamenta. Zakon o nasljeđivanju u Republici Srbkoj regulisao je i testament sastavljen pred notarom i naveo kako testament može zavještaocu sačiniti i notar, te kako će on testament sačiniti u skladu sa odredbama ovog zakona, koji se odnosi na sudski testament, ako zakonom o notarima nije drugačije regulisano. Karakteristike ovoga testamenta su:

- Ovaj testament mogu sačiniti, kako lica koja znaju čitati i pisati, tako i lica koja pred sudom (notarom) mogu izraziti svoju volju za pravljenje testamenta. Svoju volju kod ovog testamenta zavještalac može izraziti, kako usmeno, tako i pismeno ili znacima kojim se služe nijema lica, ali uz prisustvo tumača.
- Za sastavljanje sudskog testamenta nadležan je svaki općinski, odnosno, osnovni sud uz prisustvo sudske pojedinca. Pored toga isti testament može biti sastavljen i pred notarom kako sam prethodno naveo, pa onda govorimo o testamentu sačinjenim pred notarom.
- Prva radnja prilikom sastavljanja testamenta je utvrđivanje identiteta zavještaoca što predstavlja uslov za njegovu punovažnost.

Identitet zavještaoca sudija ili notar utvrđuju na sljedeći način:

1. ako sudija ili notar zavještaoca lično poznaje, i to po imenu i prezimenu
2. ako sudija ili notar zavještaoca lično ne poznaje, onda identitet utvrđuje na osnovu ličnih isprava (lična karta, pasoš, razne druge legitimacije i izjave jednog punoljetnog lica, to jest svjedoka čiji identitet sudija ili notar utvrđuje tako što ga lično poznaje ili na osnovu kakve javne isprave koja potvrđuje njegov identitet.) Apostrofirajmo kako odredbu o utvrđivanju identiteta treba ekstenzivnije tumačiti

³⁴² Vrhovni sud Republike Crne Gore, broj: Rev-522/04-Bilten VS RCG, januar-decembar 2007. godine, strana 107

- i dozvoliti njegovo utvrđivanje i pored toga što u članu 185 Zakona o nasljeđivanju FBiH stoji da se identitet zavještaca utvrđuje ličnom kartom.
3. ako zavještalac nije sudiji ili notaru lično poznat i ako nema lične isprave identitet zavještaoca se utvrđuje izjavom dva punoljetna svjedoka
 - Ako se pred sudijom ili notarom pojavi lice koje nema testamentalnu sposobnost, sudija ili notar neće utvrđivati njegov identitet.
 - Ovaj testament sudija ili notar sastavlja nakon usmenog kazivanja zavještaoca, a izuzetno se to može učiniti pismeno ili specijalnim znacima, ako se radi o nijemim licima. Jedinstveno je mišljenje da testator ne može prethodno sačinjeno pismeno dostaviti sudiji ili notaru kako bi ga ovaj ovjerio, jer sudija ili notar ima pravo posumnjati kako je isti sastavljen pod prisilom, odnosno, bez slobodno izjavljenje volje testatora.

Kada sasluša zavještaoca sudija ili notar njegovu izjavu mora da unese u zapisnik i uobiči kao testament, pa shodno tome mora otkloniti sve nejasnoće i razjasniti pojedine odredbe i izraze zavještaoca. Kao stručno lice, on ima pravo da ukaže zavještaocu na zakonske odredbe, a posebno na one koje se odnose na nužni dio nasljedstva te na zakonske mogućnosti isključenja i lišenja iz nužnog dijela. Znači, sudija samo formulise i zapisuje volju testatora, nastojeći da je što vjernije zabilježi, po mogućnosti koristeći se riječima izvornika i formulacijama koje je upotrijebio zavještalac.

Diplomatsko-konzularni testament može sačiniti državljanin BiH u inostranstvu, po odredbama koje važe za sačinjavanje sudskega testamenta, konzularni predstavnik ili diplomatski predstavnik naše države koji vrši konzularne poslove. Ovaj testament predstavlja redovni, javni i pismeni oblik testamenta. Testament je punovažan ako ispunjava uslove za punovažnost sudskega testamenta. Jedina razlika u odnosu na sudske testament je u tome što ovaj testament mogu sačiniti samo državljanini BiH bez obzira da li su trajno ili privremeno nastanjeni u inostranstvu, unutar diplomatsko-konzularnih institucija naše države, dok sudske testament može sačiniti svako fizičko lice pa čak i izvan sudske zgrade.

Međunarodni testament je redovni, oblik javnog testamenta. U naše pravo je uveden Zakonom o ratifikaciji konvencije o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta sa Prilogom.³⁴³ Međunarodni testament je punovažan u pogledu oblika bez obzira na mjesto gdje je napravljen, gdje se nalaze dobra, državljanstvo, prebivalište i boravište zavještaoca, ako je napravljen u obliku testamenta, a saglasno odredbama zakona. Osnovni uslovi za punovažnost ovog testamenta su:

- Testament može biti sačinjen pismeno na bilo kojem jeziku, rukom ili na neki drugi način.
- Izjava zavještaoca u prisustvu dva svjedoka i lica ovlaštenog za testament da je pismeno njegov testament i da je upoznat sa njegovom sadržinom, pri čemu treba napomenuti da zavještalac može, ali ne mora sa sadržinom testamenta upoznati niti svjedoka niti ovlašćeno lice.
- Svjedoci i ovlašteno lice u prisustvu zavještaoca trebaju staviti svoje potpise na testament.

³⁴³ „Službeni list SFRJ“ broj 3/77

Osim navedenih odredaba zakoni o nasljeđivanju propisuju i druge elemente za punovažnost međunarodnog testamenta koji nisu toliko bitni. Ako nema obavezognog propisa o čuvanju testamenta, ovlašćeno lice će upitati zavještaoca da li želi dati izjavu u pogledu čuvanja testamenta. Ovlašćeno lice prilaže testamentu potvrdu čija je sadržina propisana Konvencijom iz 1973. godine. Lice ovlašćeno za sastavljanje testamenta je sudija osnovnog ili općinskog suda, konzularni ili diplomatski predstavnik i zapovjednik broda. Zavještalac može tražiti od osnovnog suda da se njegov testament stavi u poseban omot i zapečati, te tako odloži i čuva. Kod sačinjanja ovog testamenta svjedoci mogu biti punoljetna lica koja nisu lišena poslovne sposobnosti i koja razumiju jezik na kome je zavještalac izjavio da je pismeno njegov testament i da je upoznat sa njegovom sadržinom. Ali, svjedoci kod ovog testamenta ne mogu biti potomci zavještaoca, njegovi usvojenici, njegovi srodnici u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, bračni partneri svih ovih lica niti bračni partner zavještaoca.

OBLICI VANREDNOG TESTAMENTA U NAŠEM PRAVU

Od vanrednih oblika testamenta spomenjuću: testament na brodu, vojnički i usmeni testament. Testament na brodu je vanredni oblik testamenta koji sastavlja zapovjednik broda na bosanskohercegovačkom brodu po odredbama koje važe za sačinjanje sudskega testamenta. Ovaj testament prestaje važiti po isteku 30 dana nakon povratka zavještaoca u BiH. Ovaj javni i pismeni testament je različit od sudskega testamenta utoliko što se može sačiniti samo na brodu, što ga sastavlja zapovjednik broda i što mu je trajanje ograničeno. Inače, ovim oblikom testamenta mogu se koristiti sva lica koja se nalaze na brodu, a ne samo državljanini BiH.

Vojnički testament je testament koji za vrijeme mobilizacije ili rata, po odredbama koje važe za sačinjanje sudskega testamenta, licu na vojnoj dužnosti može sačiniti komandir čete ili drugi starješina njegovog ili višeg ranga ili drugo lice u prisustvu kojeg od ovih starješina, kao i svaki starješina odvojenog odreda. Ovako sačinjen testament prestaje da važi po isteku 60 dana od završetku rata, a ako je zavještalac ranije ili kasnije demobilisan, po isteku 30 dana od demobilisanja, što treba posebno imati na umu. Ovo je vanredni oblik testamenta jer je njegovo sačinjanje vezano samo za vrijeme mobilizacije ili rata pa je stoga ograničeno i samo trajanje takvog testamenta.

Zavještalac može izjaviti svoju posljednju volju usmeno pred tri svjedoka samo ako uslijed izuzetnih prilika nije u mogućnosti da sačini pisani testament. Ovako sačinjen testament predstavlja usmeni oblik testamenta. Kada govorimo o vremenu važenja ovog oblika testamenta naglašavam kako usmeni testament prestaje da važi po isteku 30 dana od prestanka izuzetnih prilika. Šta se smatra izuzetnim prilikama odrediće sud uzevši u obzir sve okolnosti slučaja, a to mogu biti razlozi, kako objektivne prirode (požar, zemljotres, epidemija...), tako i razlozi subjektivnog karaktera (teška bolest s lošim prognozama, doživljeni udes, teške tjelesne ozljede...). Kod sačinjanja usmenog testamenta svjedoci mogu biti samo lica koja mogu svjedočiti i pri sačinjanju sudskega testamenta, ali ne moraju znati čitati i pisati. Svjedoci pred kojima je zavještalac usmeno izjavio svoju posljednju volju dužni su da bez odgadjanja napišu izjavu zavještaoca i da je što prije predaju sudu ili da je usmeno ponove pred sudom iznoseći kada, gdje i u kojim prilikama je zavještalac izjavio svoju posljednju volju. Inače, izvršenje ove dužnosti nije

uslov za punovažnost usmenog testamenta. Ništave su odredbe usmenog testamenta kojima se ostavlja nešto svjedocima pri njegovom sačinjanju, njihovim supružnicima, njihovim precima, njihovim potomcima, njihovim srodnicima u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva zaključno te njihovim supružnicima.

Deo pisma koji ispunjava uslove za posljednju naredbu volje ima snagu usmenog testamenta. Oproštajno pismo sa izjavom posljednje volje da se imanje ostavioca pisma pred određenom licu označenom u tom pismu, ima snagu testamenta ako ispunjava i sve ostale zakonske uslove za pismeni testament.³⁴⁴

Obrazlažući svaki od navedenih oblika testamenta mogli smo uočiti kako je učešće svjedoka nepobitan uslov za njihovu punovažnost. Kako bi se osigurala puna sloboda izražavanja volje zavještaoca nije irelevantno kojim se licima može priznati svojstvo testamentalnih svjedoka. Zbog toga naše pravo postavlja uvjete od kojih zavisi da li će jedno lice biti podobno da bude svjedok testamenta, pa se utvrđuju dvije grupe uslova i to:

- prva grupa uslova koja jedno lice čini apsolutno nesposobnim za svjedoka testamenta i
- druga grupa uslova koja jedno lice čini nepodobnim za svjedoka samo u konkretnim slučajevima.

Tako kod sačinjanja pismenog testamenta pred svjedocima i sudskog testamenta svjedoci mogu biti punoljetna lica koja nisu lišena poslovne sposobnosti i koja znaju čitati i pisati, a kod sudskog testamenta i lica koja razumiju jezik na kojem je testament sačinjen. Uz opće uslove koji su određeni, kao što su punoljetstvo i opća poslovna sposobnost i koji se traže za svakog svjedoka, postoje i posebni uslovi. Za pismeni testament pred svjedocima takoo je posebni uslov da svjedoci moraju znati čitati i pisati, a kod sudskog testamemnta da razumiju i jezik na kojem se testament sastavlja.

Da bi se obezbijedila potpuna sloboda testiranja, izvjesna lica zbog posebnih veza sa zavještaocem ne mogu biti testamentalni svjedoci. Tako potomci zavještaoca, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegovi preci i usvojioci, njegovi srodnici u pobočnoj liniji do četvrtog stepena te bračni partneri svih ovih lica i bračni partner zavještaoca ne mogu biti svjedoci pismenog testamenta pred svjedocima ni sudskog testamenta niti mogu, u svojstvu sudije, sačiniti testament po kazivanju zavještaoca.

SADRŽINA, OPOZIVANJE I ČUVANJE TESTAMENTA (OPORUKE)

Testament se najčešće može sastojti od sljedećih elemenata:

- Određivanje nasljednika i naslijednih dijelova je glavni i najčešći element testamenta. Za nasljednika može biti određeno svako fizičko ili pravno lice, osim lica koja su nedostojna za nasljeđivanje, dakle, sva ona lica koja posjeduju pasivnu testamentalnu sposobnost. Razlika je u tome što fizičko lice može biti nasljednik na osnovu zakona i testamenta, dok pravno lice može nešto naslijediti samo na osnovu

³⁴⁴ Vrhovni sud Jugoslavije , broj: Rev-730/64 od 02. 09. 1964. godine- I. Babić, Nasledno pravo, Beograd,

2005. godina, strana 118, bilj. 28; R.Čosić, Aktuelna sudska praksa iz građanskog-materijalnog prava, Beograd, 1996. godina, strana 124, odluka broj 988

testamenta. Inače nasljednici mogu biti određeni imenom i prezimenom, ali i apstraktno kao lice koje nađe određenu stvar, ili lice koje otkrije lijek protiv neke bolesti i slično.

- Određivanje nasljednika uz izvjesna ograničenja može biti sadržina testamenta, s tim da se kao ograničenja mogu javiti: određivanje supstitucije, određivanje uslova, roka ili naloga, te određivanje legata. Pod određivanjem supstitucije podrazumijevamo zavještaločevu mogućnost da odredi nasljednika u slučaju da lice koje je odredio kao prioritetno u nasljeđivanju umre prije zavještaoca, odrekne se naslijeda ili bude nedostojno nasljeđivanja. Isto važi za legate. Naš zakonodavac dopušta vulgarnu supstituciju, ali ne dopušta i fideikomisarnu supstituciju koja postoji kada zavještalac u testamentu odredi nasljednika svome nasljedniku. Pravna teorija poznaje i pupilarnu supstituciju koja postoji kada zavještalac određuje nasljednika svome maloljetnom djetetu za slučaj da ono umre prije nego li postane sposobno za testiranje, što je po našem pravu zabranjeno uglaviti u sadržinu testamenta.

Određivanje uslova, roka ili naloga treba shvatiti kao moguće ograničenje za nasljednika pri nasljeđivanju. Uslovi su sporedni elementi testamenta kojima se ostvarivanje nasljeda čini ovisnim o nastupanju ili nenastupanju neke buduće i neizvjesne okolnosti. Nemogući, nedozvoljeni i nemoralni uslovi, kao i oni koji se smatraju protivrječnim i nerazumljivim smatraju se kao da uopće nisu dodati testamentu, odnosno, kao da i ne postoje.

Ima se smatrati kao nedopušten i nemoralan pa prema tome i nepostojeći uslov u testamentu da se naslednik ne može oženiti udovicom ili raspuštenicom, da se mora oženiti čestitom devojkom i da uopšte ne može uzeti nijednu ženu koja je bila u ma kavom srodstvu sa licem koje zaveštalac nije trpeo.³⁴⁵

S druge strane, nije nemoralan uslov po kome je u testamentu ostavioca određeno da će određeni testamentalni naslednik naslediti deo zaostavštine pokojnog ostavioca samo u slučaju ako se u roku od jedne godine vrati iz inostranstva i trajno nastani u Jugoslaviji.³⁴⁶

Legatar je singularni sukcesor zavještaoca, što znači da nasljeđuje određena prava i obaveze za razliku od univerzalnih sukcesora koji nasljeđuju cijelokupna prava i obaveze. Legatar ima obligaciono-pravni zahtjev prema licu koje je opterećeno legatom. Nasljednik nije dužan u cijelini izvršiti legate čija vrijednost premašuje vrijednost onog dijela nasljedne imovine kojim je zavještalac mogao slobodno da rasplaze. Pravo na izvršenje legata zastarijeva u roku od godine dana od dana kada je legatar saznao za svoje pravo i bio ovlašćen da traži izvršenje legata. Legat ili zapis je određena korist koju zavještalac ostavlja testamentom nekom licu iz svoje zaostavštine, ali time ovo lice se ne postavlja za nasljednika. Korist koja se ostavlja može biti u obliku stvari i prava.

Zavještalac također može nekom dužnošću opteretiti lica kojima ostavlja neku korist iz zaostavštine. Kao i uslov nalog ne smije biti nemoralan, nedopušten, nerazuman i protivrječan samom sebi.

- Postavljanje izvršioca testamenta je također bitna sadržina testamenta. Izvršilac testamenta je lice koje je ostavilac odredio testansom da se stara o izvršenju testamenta u cijelini ili jednom njegovoom dijelu, a kao izvršioc testamenta može biti određeno jedno ili više lica. Osnovni zadaci su mu staranje, čuvanje i upravljanje zaostavštinom, staranje

³⁴⁵ Vrhovni sud Srbije, broj: Gzz-112/50 od 12. 03. 1950. godine, - I. Babić, op. cit., strana 153, bilj. 17

³⁴⁶ Okružni sud u Krgujevcu, broj: Gž-487/84-N. Stojanović, Praktikum za nasledno pravo, Niš, 2004. godina, strana 110

o isplati dugova i legata, te staranje da testament bude izvršen onako kako je to zavještalač želio. Izvršilac testamenta je dužan da sudu položi račun o radu, a zauzvrat ima pravo na naknadu troškova i nagradu za svoj trud koja će mu biti isplaćena na račun raspoloživoga dijela zaostavštine, a sve prema odluci suda. Naravno, sud po prijedlogu ili po službenoj dužnosti može opozvati izvršioca testamenta, ako njegov rad nije u skladu sa voljom zavještalača ili sa zakonom.

- Testament može sadržavati i odredbe neimovinskog karaktera, pošto je to akt koji omogućava da se na poseban način uz čuvanje privatnosti prizna očinstvo, usvojenje nekog lica, naredba o mjestu, vremenu i načinu sahrane, te iskažu razne želje, misli, poruke i slično.

Opozivanje testamenta je radnja kojom zavještalač povlači svoju posljednju izjavu volje bilo da to čini u cijelini ili samo djelimično, a što se čini izjavom datom u bilo kojem obliku u kojem se po zakonu može sačiniti testament, ali nije nemoguće pismeni testament opozvati i njegovim prostim uništenjem, odnosno cjejanjem, paljenjem i slično. *Cjejanjem testamenta ostavitelj je opozvao svoj testament u smislu člana 105 saveznog Zakona o nasljeđivanju, a time i sve izjave u njemu.*³⁴⁷ Opoziv testamenta može biti izričit i prečutan. Izričit opoziv postoji u slučaju kada se sačini novi testament čija je jedina sadržina opozivanje prethodno sačinjenog testmenta. Ako se kasnijim testamentom ne opoziva ranije sačinjen testament odredbe toga testamenta ostaju na snazi ukoliko nisu u suprotnosti sa kasnije sačinjenim testamentom. Prečutno opozivanje testamenta postoji kada zavještalač sačini novi testament u kojem rasplaže svojom imovinom drugačije nego što je to učinio prvobitno sačinjenim testamentom. Na taj način se vrši opozivanje prethodno zavještane stvari. *Kada je testament sačinjen dve godine pre početka rata i izgoreo za vreme rata, a testator umro četiri godine nakon završetka rata, potrebno je ceniti da li je testator prečutno opozvao taj testament.*³⁴⁸

*Oporučitelj može uvijek opozvati oporuku u cijelini ili djelimično izjavom danom u bilo kojem obliku u kojem se po zakonu može napraviti oporuka, a oporučitelj može opozvati pismenu oporuku i umištenjem pismena. Oporučitelj može za života u svako vrijeme, po svojoj volji pravnim poslom među živima ili na drugi način raspolagati svojom imovinom i njenim dijelovima, iako je oporukom već izvršio raspored te imovine za slučaj smrti. Nasljednici će poslije smrti oporučitelja dobiti od njegove imovine ono što preostane.*³⁴⁹

Kada govorimo o čuvanju testamenta potrebno je naglasiti kako se pod čuvanjem testamenta podrazumijeva čuvanje pismena o sadržini testamenta. U rimskom pravnom sistemu ovo čuvanje testamenta imalo je i pravni značaj, tako da je svako povlačenje testamenta sa čuvanja od sudske ili upravnog organa značilo da je zavještalač opozvao svoju posljednju izjavu volje. Testament se može čuvati na četiri načina i to:

- čuvanje kod samog zavještalača
- čuvanje kod nekog drugog lica u koje zavještalač ima povjerenja
- čuvanje u nekoj od depozitnih ustanova (banaka, pošta...)
- čuvanje kod suda.

³⁴⁷ Vrhovni sud Srbije, broj Gž-2906/64 od 08. jula 1964. godine, Ova presuda je potvrđena presudom Vrhovnog suda Jugoslavije, broj: Rev-53/65 od 04. 05. 1965. godine

³⁴⁸ Vrhovni sud NR Srbije, broj: Gzz-566/45 od 19. 12. 1949. godine, M. Kurdulija, op.cit., strana 196, odluka broj 205

³⁴⁹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Rev-817/95-2 od 08. 12. 1998. godine

Za čuvanje testamenta koji je zavještalac odlučio predati na čuvanje sudu nadležan je općinski, odnosno osnovni sud, bez obzira da li je riječ o svojeručnom testamentu, pismenom testamentu pred svjedocima ili sudsakom testamentu. Kada sud zaprimi testament stavlja ga u poseban omot i pečati. Ako zavještalac ostavi sudsak testametu na čuvanje sudu sudija naređuju da se povjereni testament stavi u poseban omot i zapečati, a zavještaocu će na njegov zahtjev izdati potvrdu o sastavljenom i deponovanom testamentu kod suda, koji se u sudu čuva odvojeno od ostalih spisa. Kada zavještalac traži predaju sudsakog testameta sudijska će mu predati zapisnik o njegovom sastavljanju, a u posebnom zapisniku koji potpisuje zavještalac utvrđice kako je testament sastavljen u sudu i predat zavještaocu.

Ukoliko se na čuvanje preda testament koji nije sastavljen u sudu zavještalac ga predaje lično sudiji u otvorenom ili zatvorenom omotu, o čemu se mora sastaviti zapisnik u koji se unosi način utvrđivanja identiteta zavještaoca. Otvoreni testament se stavlja u poseban omot i pečati, a zavještaocu se na njegovo traženje izdaje potvrda da je testament povjeren na čuvanje kod suda. Kada je riječ o čuvanju isprava o usmenom testamentu napomenimo sljedeće. Ukoliko su svjedoci usmenog testameta podnijeli sudu pismeno koje sadrži volju zavještaoca sud će prijem tog pisma zapisnički utvrditi te ga staviti u poseban omot i zapečatiti.

VALJANOST TESTAMENTA (OPORUKE)

Punovažan je samo onaj testament koji je napravljen u obliku i pod uslovima predviđenim zakonom. Osnovni uslovi koji se traže za punovažnost testameta su: sposobnost zavještaoca za pravljenje testameta, slobodno izjavljena volja i forma koju utvrđuju zakonske norme naslijednog prava. Tako se kao osnovni uslovi za poništenje testameta navode:

- nedostatak testamentalne sposobnosti
- prijetnja, prinuda i zabluda
- nedostatak forme
- ostavljanje nečeg sudiji koji je sačinio testament, svjedocima pri sačinjavanju testameta, kao precima i potomcima, braći i sestrama, bračnim partnerima ovih lica
- ostavljanje nečeg svjedocima pri sačinjavanju usmenog testameta, njihovim bračnim partnerima, njihovim potomcima i precima, njihovim srodnicima u pobočnoj liniji, zaključno do četvrtog stepena srodstva te bračnim partnerima svih ovih lica.

Testament može biti ništav u cijelosti ili samo djelimično. Ukoliko su samo neke odredbe testameta unesene u testament pod prinudom, prijetnjom ili u zabludi, ništave su samo te odredbe. Poništenje testameta može tražiti samo lice koje ima pravni interes, a imaće ga lice za koje sud to odredi. Tako bi lica koja imaju pravni interes mogla biti ona lica koja se javljaju kao zakonski naslijednici, koji bi poništenjem testameta bili pozvani na naslijede; naslijednici određeni po ranijem testametu; javni pravobranilac u slučaju zaostavštine bez naslijednika i javni tužilac u slučaju protivzakonitih testamenata, u slučaju raspolažanja u nedozvoljene svrhe. U slučaju poništenja testameta zbog testamentalne nesposobnosti zavještaoca ili nedostatka volje, rok za podnošenje tužbe iznosi jednu godinu od kada je ovlaštena osoba saznala za uzroke ništavosti, a najdalje

deset godina od podnošenja testamenta prema savjesnom licu, a dvadeset godina prema nesavjesnom licu.

Poništenje testamenta zbog nedostatka oblika može se tražiti u roku od jedne godine od kada je ovlašteno lice saznao za testament, a najdalje za deset godina od proglašenja testamenta, što znači da se i u ovom slučaju rok od jedne godine ne može početi da računa prije proglašenja samog testamenta. Ako se poništi čitav testament, dolazi do primjene nekog ranijeg testamenta, a ako on ne postoji, primjeniče se zakonsko nasljeđivanje u odnosu na cijelu zaostavštinu. Navedeni princip biće primjenjen i u slučaju ako dođe do djelimičnog poništenja testamenta.

ZAKLJUČAK

Zakoni koji regulišu materiju nasljednog prava daju velike mogućnosti ostaviocu u pogledu raspolažanja imovinom – kako za života, tako i u slučaju smrti. Ostavilac u pogledu raspolažanja imovinom može da koristi razne vrste testamenata ili oporuka. Bitno je zapamtiti kako su osnovi za nasljeđivanje zakon i testament, a da nasljedno-pravni ugovori to nisu, niti mogu da budu u okviru našeg nasljedno-pravnog sistema. Imajući u vidu navedeno izuzetno je važno da zavještalac zna kako sastaviti oporuku koja se kasnije neće proglašiti ništavom ili koje odredbe ona može da sadrži.

Velika opasnost po cijelokupno društvo može nastati zloupotrebom instituta nasljednoga prava. Upravo zbog toga što zloupotreba instituta nasljednog prava može dovesti do teških i nesagledivih posljedica po porodicu i društvenu zajednicu u širem smislu, utoliko se materiji nasljednog prava mora posvetiti značajnija pažnja, posebice u krugovima akademske zajednice koja treba biti ishodišna snaga u rješavanju određenih problema.

Narodi ovdašnjih prostora pa i šire nisu dovoljno educirani i upoznati sa mogućnostima koje im daje zakon, te u toj općoj neinformiranosti čine mnoge greške koje im nikada ne oproste upravo oni kojima su za vrijeme svoga života poklanjali ponajviše pažnje. Neadekvatno raspolažanje imovinom u mnogim slučajevima dovodi do prekida rodbinskih odnosa, a što je još žalosnije i do tragičnih ishoda raznih unutarporodičnih svada i prepirkki. Stoga, potrebno je da nadležni organi i institucije organiziraju seminare i druge edukativne skupove kako bi obični ljudi bili upoznati sa svojim pravima vezanim za oporuku, nasljednopravne ugovore i slične institute nasljednoga prava. Na taj način bi se pomoglo ne samo subjektima koje raspolažu značajnim bogatstvima, nego bi se uveliko doprinijelo i poboljšanju sveukupne društveno-političke slike na ovom planu.

Ključne riječi: *ostavilac, zavještalac, zaostavština, delacija, nasljednici, i testament (oporuka)*

KORIŠTEНА LITERATУRA

1. Prof.dr. Radosav Momčilović i Prof.dr. Milorad Živanović, „Nasledno pravo“ Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd-Banja Luka 2003. godina

2. Prof. Dr. Drago Bago, Prof. Dr. Nerimana Traljić, Prof. Dr. Zdravko M. Petrović, mr. Meliha Povlakić, „Osnovi nasljednog prava“ (prvo izdanje), PP „TO JE TO“, Sarajevo 1991. godina
3. Prof. dr. Martin Vedriš i Prof. dr. Petar Klarić „Građansko pravo“ (opći dio, stvarno, obvezno i nasljedno pravo) Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb 1996. godine
4. Prof. dr. Edin Muminović, „Međunarodno privatno pravo“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006. godine
5. Dr. Obren Stanković i Dr. Miodrag Orlić „Stvarno pravo“, Deveto izdanje, Izdavačko preduzeće NOMOS d.o.o. Beograd 2001. godine
6. Dr. Nerimana Traljić i Dr. Suzana Bubić, „Bračno pravo“ I izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007. godine
7. Prof. Dr. Duško Medić, Haso Tajić, „Nasljedno pravo u sudskoj praksi“, Grafomark, Laktaši, Sarajevo-Banja Luka, 2008. godina

K O R I Š T E N I Z A K O N I

Zakon o nasljeđivanju BiH (prečišćen tekst), („Službeni list SRBiH“ broj 7 od 24. marta 1980. godine, Ispravka 15/80), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine

Zakona o nasljeđivanju RS od 15. decembra 2008. godine

Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima („Službeni list SFRJ“ broj 43/82 i „Službeni list RBiH“ broj 2/92), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine

Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“ broj 38/78, 39/85 i 57/89), te („Službeni list RBiH“, broj 2/92 i 13/93) i („Službene novine FBiH“ broj 29/03) koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije BiH

Zakon o ličnom imenu ("Službeni list R BiH", br. 35/71, 38/86, 37/88 i 33/90), koji se primjenjuje kao federalni zakon temeljem člana IX.5. Ustava Federacije Bosne i Hercegovine

Zakon o ličnom imenu („Službeni glasnik RS“, broj 27/93 i 15/00)

K O R I Š T E N E I N T E R N E T S T R A N I C E (25.februar/veljača.2009. godine)

www.rs.cest.gov.ba

www.projuris.org

www.pravni-obrasci.co.vu

www.fbih.cest.gov.ba
www.narodnaskupstinars.net
www.fbihvlada.gov.ba
www.ksudnt.ba
www.skriptologija.com
www.glas-koncila.hr

Otvoreni univerzitet „Apeiron“, Travnik
Fakultet pravnih nauka
Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka

IZJAVA O VIZIJI ZBORNIKA RADOVA PRAVNOG FAKULTETA

Radi oživotvorenja misije Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka Otvoreni univerzitet „Apeiron“ iz Travnika, Redakcija Zbornika i glavni urednik će do 2014. godine osigurati tromjesečno izlaženje Zbornika uz neprekidno povećanje kvaliteta i aktualnosti publikovanih priloga. Najmanje jedan od godišnjih brojeva Zbornika će od 2015. godine biti tematskog karaktera. Redakcija i glavni urednik će nastojati da u svim Zbornicima radova koji će se pojaviti nakon 2015. godine ravnomjerno budu zastupljeni članci na stranim i domaćim jezicima.

Dr. Miloš Trifković,
urednik Zbornika

Otvoreni univerzitet „Apeiron“, Travnik
Fakultet pravnih nauka
Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka

RAZRAĐENA UPUTSTVA AUTORIMA

I UPUTSTVO AUTORIMA

1. Oblasti iz kojih se radovi objavljuju: sve oblasti i grane prava koje se izučavaju na Pravnom fakultetu Univerziteta „Apeiron“, kao i oblasti koje se izučavaju na drugim pravnim fakultetima u zemlji ili inostranstvu
2. Glavni urednik ima pravo da prilog koji ne spada u oblast Zbornika uputi časopisu drugog fakulteta „Apeirona“ koji je matičan za oblast na koju se rad odnosi. O takvom postupku glavni urednik će bez odlaganja obavijestiti autora, a Redakciju na prvom narednom sastanku.
3. Za prihvачene priloge ne plaćaju se autorski honorari niti naknađuju bilo kakvi materijalni troškovi

4. Jezici na kojima se primaju radovi : bosanski, hrvatski, srpski, engleski , njemački.i francuski. Glavni urednik Redakciji može predložiti da objavi i rad na nekom drugom jeziku.
5. Dostavljanje radova u elektronskoj formi (e-mail ili CD) i obavezno dostavljanje tri identična odštampana i potpisana primjerka.
6. Elektronske verzije dostavljaju se na sljedeće adrese: milos.trifkovic@out.edu.ba ili senad.hasanspahic@out.edu.ba.
7. Radovi u odštampanoj formi dostavljaju se na adresu: Zbornik radova Pravnog fakulteta Otvorenog univerziteta „Apeiron“, Školska 23, 72270 Travnik, Bosna i Hercegovina
8. Maksimalna dužina izvornih, preglednih i stručnih radova može biti jedan tabak ili 16 stranica formata A 4, odnosno, 35.600 karaktera. Glavni urednik ima pravo da autoru vrati rad koji je duži od ukupno 20 stranica, uključujući i priloge. Izuzetno, Redakcija može odlučiti da na prijedlog glavnog urednika objavi rad obimniji od navedenog standarda.
9. Maksimalna dužina ostalih vrsta radova može biti do 8 stranica formata A 4 ili pola autorskog tabaka, što iznosi najviše 17.800 karaktera. Tekstove duže od standardom propisanih glavni urednik će odbiti.
10. Radu se dodaju rezime i do 150 riječi napisani na jednom od jezika u zvaničnoj upotrebi u BiH te na engleskom jeziku.
11. Radu se dodaje do 10 ključnih pojmove na jednom od domaćih jezika te na engleskom.
12. Nakon što preliminarno, urednički, procijeni podobnost rada za objavljivanje u Zborniku radova Pravnog fakulteta, glavni urednik svaki rad upućuje na recenzije. Glavni urednik ima pravo da samostalno odbije objavljivanje rada. O tome mora obavijestiti Redakciju na prvoj narednoj sjednici.
13. Svaki rad mora dobiti pozitivne recenzije. Jedna recenzija može biti sa Univerziteta „Apeiron“, a druga mora doći izvan ove institucije. Glavni urednik ima pravo da angažuje i trećeg recenzenta.
14. Imena recenzenata i recenzije nisu dostupne autorima. Ako glavni urednik tako odluči, primjedbe recenzenata mogu se dostaviti autorima radi usvajanja ili odbijanja. U slučaju odbijanja, glavni urednik donosi odluku o tome da li će rad objaviti ili ne.
15. Recenzenti ne znaju ime autora. Autor se mora potruditi da izbjegne svoju posrednu identifikaciju kroz tekst rada.
16. Prikazi, osvrti, zabilješke i ostali radovi koji nisu naučni ili stručni, ne recenziraju se. Odluku o njihovom eventualnom ispitivanju i objavljivanju, takođe, donosi glavni urednik
17. Radovi se lektorišu na jeziku na kome su napisani. Autori prihvaćaju prava Redakcije da lektorirani rad objave u časopisu bez daljih konsultacija sa autorima. Konzultacija sa autorima može se obaviti na osnovu odluke Redakcije

II STANDARDI ZA OBLIKOVANJE TEKSTA PRILOGA

1. Tekst rada se piše u Microsoft Word dokumentu, Times New Roman, veličane 12 pt.uz mogućnost korištenja **bold**, *italic* i drugih modifikacija fonta.
2. Naslov rada se piše fontom New Times Roman, boldirano i velične 16
3. Podnaslovi se pišu se pišu Times New Roman fontom veličine 14 bolidirano. Numeriranje podnaslova je obavezno. Autor određuje samostalno način označavanja. Podnaslovi se pišu Times New Roman tipom slova veličine 14
4. Razmak između redova je 1,5.
5. Prvi put upotrebljena kratica ili akronim označavaju se u zagradi iza riječi ili skupine riječi koju označavaju. Prethodna odredba važi i za skraćeno označavanje propisa.
6. Prvi put citiran pravni propis mora biti označen brojem za „footnotu“ i naveden prema broju službenog glasila u kome je objavljen.
7. Napomene se pišu fontom 10. Napomene se štampaju na dnu stranice („footnote“)
8. Svaka od četiri margine mora biti veličine 2,5 cm.
9. Na prvoj strani rada navodi se puno ime i prezime svakog autora, akademska ili druga titula, institucija u kojoj radi – ako je zaposlen, kontakt informacije (adresa, e-mail, telefon, faks). Osim personalnih podataka na prvoj stranici se nalazi i naslov rada.
10. Na drugoj stranici daje se rezime i spisak ključnih riječi u skladu sa tačkom I, 10 i 11
11. Spisak obuhvata samo korištenu literaturu po abecednom redu prezimena prvog autora, spisak konzultovanih web stranica, spisak tabela i popis šema - ako su korištene.

Dr. Miloš Trifković,
urednik Zbornika

Otvoreni univerzitet „Apeiron“, Travnik
Fakultet pravnih nauka
Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka

KRITERIJI ZA KATEGORIZACIJU PRILOGA KOJE OBJAVLJUJE ZBORNIK RADOVA FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

1. **Originalni naučni rad** je rad koji ispunjava jedan ili nekoliko od sljedećih uslova:
 - a) prvi put naučnim metodama opisuje nove pravne pojave ili institute u domaćem, uporednom ili međunarodnom pravu,
 - b) na bazi naučnog istraživanja utvrđuje nove pravne pojave ili dokazuje značajne pravne činjenice u domaćem, uporednom ili međunarodnom pravu,
koje do tada nisu bile poznate naučnoj i stručnoj javnosti,
 - c) daje novu sistematizaciju ili dokaze za poznate pravne institute u domaćem, uporednom ili međunarodnom pravu,

- d) utvrđuje novu teoriju ili revidira postojeću teoriju o pojedinim saznanjima
 - e) utvrđuje nove zakonitosti u kretanju pravnih pojava i institucija.
- 2. Pregledni naučni rad** je rad koji ispunjava bar jedan od sljedećih uslova:
- a) na specifičan način vrši iscrpno preispitivanje postojećih naučnih ili stručnih saznanja o nekom važnom pravnom pitanju ili institutu u domaćem, uporednom ili međunarodnom pravu
 - b) sumira rezultate naučnih i stručnih kretanja i na osnovu toga definira moguće pravce budućih istraživanja u domaćem, uporednom i međunarodnom pravu.
- 3. Stručni rad** je rad koji ispunjava bar jedan od sljedećih uslova:
- a) stručnim metodama, prvenstveno dogmatički, obrađuje jedno uže pravno pitanje ili niži institut, prvenstveno, domaćeg prava,
 - b) sumira spoznaju o postojećim činjenicama koje su pravno relevantne za pojedino pitanje ili institut ,
 - c) obrađuje jedno pitanje ili institut na način koji ne odstupa od dotadašnje teorijske obrade.
- 4. Prikaz i osvrt** je originalni rad kojim se na sažet način daje opis sadržaja, metoda i rezultata tuđe knjige, naučnog članka, zbornika radova ili časopisa, rezultata istraživanja i drugih pravnih tekstova.
- 5. Recenzija** je originalan rad kojim se primjenom naučnih ili stručnih metoda daje autorova kritička ocjena tuđe knjige, naučnog članka, zbornika radova ili časopisa, rezultata istraživanja i drugih pravnih tekstova.
- 6. Ostalo** je kategorija u koju se svrstavaju radovi koje nije moguće svrstati u neku od prethodnih grupa. Glavni i odgovorni urednik Redakciji predlaže način na koji će se ti radovi označiti ili objaviti bez označavanja kategorije takvog priloga.

**Dr. Miloš Trifković,
urednik Zbornika**

Otvoreni univerzitet „Apeiron“, Travnik
Fakultet pravnih nauka
Redakcija Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka

STANDARDI ZA PISANJE RECENZIJE

1. Podaci o recenzentu

- a) ime i prezime recenzenta
- b) naučno i/ili stručno zvanje

- c) matična ustanova
- d) adrese i kontakt telefoni, kontakt faks.

2. Podaci o recenziranju

- a) datum dobijanja molbe za pisanje recenzije
- b) naznaka: Redakciji Zbornika radova Fakulteta pravnih nauka Otvorenog univerziteta „Apeiron“, Školska 23, 72270 Travnik, Bosna i Hercegovina

3. Podaci o recenziranom radu

- a) naslov rada koji se recenzira
- b) oblast ili grana prava kojoj rad pripada, odnosno, kojoj pretežno pripada
- c) osnovna struktura rada
- d) broj stranica
- e) broj citiranih jedinica literature
- f) broj citiranih i razmatranih presuda
- g) ostala naučna i stručna aparatura (tabele, šeme, statistički izvještaji i slično).

4. Podaci o metodološkim osobinama recenziranog rada

- a) interdisciplinaran ili ne
- b) primjenjeni naučni i stručni metodi

5. Ocjena rada

- a) podudarnost naslova i teme rada
- b) ocjena adekvatnosti i potpunosti primjenjenih metoda i vještine u njihovom korištenju
- c) ocjena obuhvatnosti i strukture sadržaja rada
- d) ocjena zaključaka do kojih je autor došao
- e) kvalifikacija rada prema Odluci o kriterijima kategorizacije priloga

6. Prijedlozi koje recenzent može dati

- a) Rad treba objaviti u kategoriji bez ispravaka ili dopuna
- b) Rad se može objaviti u kategoriji nakon ispravaka , uz konkretno navođenje izmjena ili dopuna koje su potrebne ili poželjne
- c) Rad se ne može objaviti.

**Dr. Miloš Trifković,
urednik Zbornika**