



АДВОКАТСКА КОМОРА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ
THE BAR ASSOCIATION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

АДВОКАТУРА

ИНФОРМАТИВНО – СТРУЧНИ ЧАСОПИС АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ РС



22

БАЊА ЛУКА
октобар 2018. године

Власник и издавач:

АДВОКАТСКА КОМОРА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ
Федерика Гарсије Лорке 3, Бања Лука
www.advokatskacomora.ba

Главни и одговорни уредник:

Славица Граорац, адвокат из Бање Луке

Уређивачки одбор:

Александра Метлић, адвокат из Бање Луке
Биљана Радуловић, адвокат из Бијељине
Бранислав Цвијановић, адвокат из Бање Луке
Ђорђе Димитријевић, адвокат из Бање Луке
Милош Стевановић, адвокат из Бијељине
Предраг Ристић, адвокат из Бијељине
Саво Марковић, адвокат из Бијељине
Стеван Димитријевић, адвокат из Бање Луке
Тања Дукић-Чичић, адвокат из Бање Луке
Тања Савић, адвокат из Бијељине

Лектор:

Исидора Граорац-Штркић, проф. српског језика и књижевности

Превод:

Биљана Радуловић, адвокат из Бијељине
Славица Граорац, адвокат из Бање Луке и стални судски тумач за енглески језик

Графичка припрема и штампа:

Атлантик ББ Бања Лука

Тираж:

1000 примјерака

Садржај

Ријеч уредника	5
РАЗГОВОР СА...	7
ГРАЂАНСКО ПРАВО	
Фарук Латифовић Кратки приказ правног оквира института јавно – приватног партнерства у Републици Хрватској	11
Мухамед Лишић Право грађења у Швицарској	19
Адис Пољић Претпроцесни трошкови парничног поступка	33
Прерад Мирослав Расправа по жалби пред вијећем	47
Гужвић Божана Надлежност за рјешавање спора за који је уговорена арбитража	50
Драган Станишић Саобраћајно вјештачење као доказно средство, правна и техничка питања	55
КРИВИЧНО ПРАВО	
Санда Ђорац Јединствена заштита људских права у Европи - осврт на Европску конвенцију о људским правима	63
Мирна Делалић/Татјана Савић Комуникација са свједоцима током кривичног поступка	71
Ранко Керовић Умишљај код кривичног дјела угрожавање јавног саобраћаја у Републици Српској	79
ЧЛАНЦИ	
Данијела Шарчевић Правна природа стварних права на туђим стварима	86
Предраг Ристић Терет доказивања у случајевима дискриминације	89
Ранко Керовић Начело „ne bis in idem“ у Босни и Херцеговини и пракса Европског суда за људска права	91

Судска пракса	100
СЕМИНАРИ	
Стручна едукација адвоката 2018. године	108
Извјештај о раду Извршног одбора Адвокатске коморе РС	111
Извјештај о раду у Законодавном одбору Народне скупштине Републике Српске	114

Уводна ријеч

Поштовани читаоци, изузетна ми је част и задовољство понудити на увид научној и стручној јавности нови, 22.број часописа „Адвокатура“. Након изласка претходног броја и пристиглих похвала и коментара, пред уредништвом је био задатак да и у овом броју одржи постигнути стандард, са тенденцијом даљег развоја и унапрјеђења. Покушали смо потакнути писање о конкретним проблемима у пракси, те нам је задовољство да и у овом броју часописа „Адвокатура“ објавимо радове чије су теме одраз конкретних и актуелних правних питања.

Имајући у виду комплексан државноправни оквир у Босни и Херцеговини, те вишегодишњи период транзиције правног система заснованог на историјском наслеђу, пракса се свакодневно сусреће са изазовима на који начин данас разријешити односе настале у вријеме друкчијег правног система. Рад Гужвић Божане, судије и предсједнице Окружног привредног суда у Бијељини управо говори о овим питањима, односно о спору у којем су парничне странке правни сљедници уговорних страна некадашњих друштвених предузећа која су закључила самоуправне споразуме у вријеме постојања јединствене државе, сада са сједиштима у различитим државама. Други дио изазова пред којим се налази правна пракса у БиХ произлази из процеса евроатлантских интеграција и усклађивања правног система БиХ са правом Европске уније. Обзиром на наведено, част нам је да вам у овом броју можемо приказати и радове који обрађују теме из упоредног права. Мухамед Лишић, адвокат из Брчког обрађује тему права грађења у Швицарској, а Фарук Латифовић, судија Основног суда Брчко дистрикта БиХ даје приказ правног института јавно-приватног партнерства у Републици Хрватској. На пољу заштите основних људских права и слобода, колегиница Санда Ђорац, адвокат из Републике Србије у свом раду обрађује тему заштите људских права у Европи са освртом на Европску конвенцију о људским правима.

Задовољство нам је и да вам представимо и радове који обрађују увијек актуелне теме парничног процеса, и то претпроцесне трошкове парничног поступка, аутора Пољић Адиса, судије Основног суда у Зворнику, расправу по жалби пред вијећем, аутора Прерад Мирослава, адвоката из Бање Луке, те саобраћајно вјештачење као доказно средство, аутора Станишић Драгана, адвоката из Бање Луке. На пољу кривичног права представљамо вам рад колегиница Делалић Мирне, адвоката из Тузле и Савић Татјане, адвоката из Бијељине, које у свом раду обрађују тему комуникације са свједоцима током кривичног поступка, као и рад Керовић Ранка, Окружног јавног тужиоца у Бијељини, који обрађује умишљај код кривичног дјела угрожавање јавног саобраћаја у Републици Српској.

У овом броју часописа представљамо вам и текстове наших аутора и то на подручју кривичног права, Ристић Предраг, адвокат из Бијељине, даје осврт на терет доказивања у случајевима дискриминације, а Керовић Ранко, Окружни јавни тужилац у Бијељини, даје упоредни приказ начела „ne bis in idem“ у Босни и Херцеговини и у пракси Европског суда за људска права. Шарчевић Данијела, судија Окружног привредног суда у Бањој Луци у свом тексту даје приказ правне природе стварних права на туђим стварима.

Велико нам је задовољство и част да вам у овом броју представимо и адвоката Бојанић Божидара, колеге који из себе има искуство у адвокатури од 50 година, који у интервјуу говори о својим почецима, свом дугогодишњем искуству и својим досигнућима.

Као и у прошлом броју, надамо се да ће вам преглед актуелне судске, коју је одабрала и припремила за овај број часописа наш сарадник, Бојана Глумичић, адвокатски приправник,

помоћи у вашем раду. Извјештајем са одржаних семинара и Извјештајем о раду Извршног одбора Адвокатске коморе РС и Скупштине Адвокатске коморе РС, као и Извјештајем о раду представника Адвокатске коморе у Законодавном одбору Народне скупштине РС, желимо да вам приближимо рад и активности органа Адвокатске коморе РС и колега адвоката.

Уредништво захваљује прије свега ауторима, који су препознали вриједност часописа те нам послали своје радове за објаву. Захваљујемо и читаоцима и надамо се да смо испунили ваша очекивања те вас позивамо да нам укажете шта бисте жељели да прочитате у нашим наредним издањима.

Бања Лука, октобар 2018.године

Славица Граорац, адвокат
Главни и одговорни уредник

Божидар Бојанић

На позив уређивачког одбора нашег часописа адвокат Божидар Бојанић из Бање Луке, који је 01.04.2018. године прославио 50 година свог успјешног адвокатског рада, у двочасовном разговору, причао је о свом животу и раду, како сажето овдје преносимо:



Рођен је 08.01.1933. године у селу Рекавице надомак Бање Луке, гдје је завршио основну школу 1948. године. Гимназију је завршио у Бањој Луци 1955.године и Правни факултет у Београду крајем 1959. године.

Након дипломирања, ради у управи Општине у Крупи на Врбасу, до краја августа 1960. године, када одлази на одслужење војног рока до јула 1961. године, да би се по доласку из војске запослио као судски приправник у Окружном суду Бања Лука, те је према тадашњим правилима један дио приправничког стажа, који је трајао 10 мјесеци, провео и на Општинском суду Бања Лука.

За вријеме приправничког стажа радио је на пракси у Општинском суду у Бањој Луци. Због боловања тадашњег судије Грајић Здравка, водио је расправе мјесец дана по његовим заказаним парничним предметима и код завршених израђивао пресуде, које је судија Грајић потписивао без примједби на квалитет рада. Овај рад на судијским пословима, како каже „био је оправдање предсједнику Окружног суда у Бањој Луци, Мирку Ивезићу, да ме предложи и будем биран за судију Општинског суда у Котор Варошу, иако сам до тог избора имао само 8 мјесеци приправничког стажа,“ гдје радио од 01.05.1962. године до 1964.године. Према ондашњим правилима, био обавезан да у року од једне године положи правосудни испит, који је и положио у марту 1963. године. У Општинском суду у Котор Варошу затекао је несређени парнични реферат, па је за једну годину рада од задужених преко 800 предмета, тај број смањено до испод 350 предмета. Судијску функцију је самовољно напустио 01.05.1964.године, због породичних разлога, јер у Котор Варошу није могао ријешити пажњу и чување дјетета, док је и супруга радила као професор у основној школи. Прелази у Бању Луку и запошљава се у Електричном предузећу на пословима референта за спорове гдје је за годину дана дужио 76 предмета и примао плату 80 динара мјесечно, док је примјера ради, норма судије у Котор Варошу била 45 предмета мјесечно, а он лично је имао просјек од 75 завршених предмета мјесечно, а мјесечна плата судије је била 50 динара. Међутим, због малог обима посла, радно мјесто за спорове у предузећу је измјеном систематизације укинута, због чега се запошљава у Педагошкој школи и ради као њен секретар, од 01.01.1966.године до 01.04.1968.године, када се



уписује у тадашњи именик адвоката БиХ и отвара адвокатску канцеларију у Прњавору. У то вријеме на подручју Бање Луке је било 8 адвоката, а правило Адвокатске коморе је било да се адвокатске канцеларије отварају у мјестима гдје су постојали судови, а није било адвоката. У Прњавор је одлазио сриједом, када је био пијачни дан и петком.

Обављао је адвокатску дјелатност, како каже, писањем тужби, уговора и разних поднесака. Испричао нам је и да се на тај начин могло зарадити 50-90 динара, колико је у то вријеме износила и судијска плата. Није, каже, наплаћивао ни сваку своју тужбу, онима који нису имали да плате, али људи су тада били од ријечи, па би му се знало десити да оде у Прњавор и не уради ништа тај дан, али да се врати кући и са 70 динара, које су му странке платиле накнадно.

Није постојала препрека да адвокат своју канцеларију из једног мјеста премјести у друго мјесто, па је 01.01.1969.године сједиште канцеларије премјестио у Бању Луку, гдје и данас ради.

Радећи као адвокат највише се бавио грађанским правом, а кривичне предмете узимао је врло ријетко. У заступању странака, имао је циљ да се избори за своју афирмацију у адвокатури, па је темељито проучавао стање предмета како би се спор ријешило у корист његове странке. Издвојио је име врсног бањалучког адвоката из тог времена, др Асима Џинића, који се највише бавио имовинским правом и облигацијама и са којим је најтеже пролазио у имовинско-правним споровима. Чак је водио евиденцију изгубљених и добијених парница у сусрету са др Асимом и прошло је пуних 10 година док је успио постићи позитиван биланс у корист својих странака. Знатно лакше је успијевао да добија спорове против других адвоката, с тим што је каснија појава адвоката Тодора Папића била озбиљна препрека за исход спора у корист његове странке.

Испричао нам је да су односи између колега тада били врло коректни, па каже: „Бољи него данас“. И односи између судија и адвоката су тада били на завидном нивоу. Заједно су адвокати и судије тада учествовали у едукацијама, које су организовала удружења правника, на којима су се претресали одређени правни институти и павилна примјена закона у судској пракси, па додаје, да је велика штета што тог данас нема. Причао нам је, како је, још док је био приправник, на тим дискусијама „гутао“ излагана мишљења адвоката Јована Перенчевића, дједе, пок.судије Врховног суда Републике Српске, Војислава Димитријевића, који је опет био његов приправник. Јован Перенчевић је био врсни адвокат, па какво год би се питање поставило из домена процесног и имовинског права на тим савјетовањима, сви би одмах постављали питања адвокату Перенчевићу, а те савјете је усвајао и он сам за своју спознају. Често је у својој пракси заступао и странке које нису имале новаца да плате накнаду, али би се с њима договарао да он спроведе поступак, па да се наплати након окончања спора. То су најчешће били спорови из обласи накнаде штете из саобраћајних удеса. Са странкама се договарао тако да он прими сав новац досуђене штете и трошкова,

задржи за себе трошкове обрачунате по адвокатској тарифи, а досуђену штету стави по договору на штедну књижицу странке која се је налазила, најчешће, на привременом раду у иностранству. Постојало је тада веће повјерење између странака и адвоката, него што је то данас.

Поучна је и интересантна прича адвоката Бојанића, како је у првој години своје адвокатуре имао предмет, странке из Котор Вароша, која је имала пресуду суда из Марибора, са одбијеним тужбеним захтјевом за накнаду неимовинске штете од 4.000 динара на име душевних болова родитеља, оца и мајке по 2.000, због смрти сина на радном мјесту у предузећу због недовољне заштите на раду. Тужено је предузеће из Марибора које је изводило радове фарбања брода у бродоградилушту „Вуктор Ленац“ код Ријеке. На захтјев странке писао је жалбу коју је другостепени суд усвојио и вратио предмет првостепеном суду на поновни поступак, у којем заступао странку. По доласку у суд, прије почетка расправе, ушао је у судницу и замолио судију да му дозволи увид у спис, јер раније није заступао странку, што му је судија дозволио. Након увида прокоментарисао је са судијом висину тужбеног захтјева од 4.000 динара за оба родитеља, рекавши да је реалан, затим показао судији правоснажну пресуду суда из Сиска, којом је за смрт радника у Жељезари у Сиску, досуђена његовим родитељима неимовинска штета за душевни бол по 1.600 динара, укупно 3.200 динара. Потом је прокоментарисао како је привреда Словеније економски знатно јача од привреде у Хрватској, па је реално да судови у Словенији досуђују нешто већу штету у сличним ситуацијама, а предметни захтјев пред словеначким судом је већи само за 400 динара по једном родитељу, што није изван реалног.

Кад је почела расправа, којој су присуствовали радник и директор туженог предузећа и директор осигуравајуће куће, судија предложи странкама да се договоре о висини штете и сви заједно изађу испред суднице. Тужени нуде 2.000 динара, али он одбија, правдајући то неприхватањем његове странке, али је заправо било ријечи о тактици, јер је непосредно прије, Врховни суд већ био заузео став да је максималан износ накнаде једном оштећеном у овим споровима 600 динара. Рачунао је, прихватиће понуду у судници, али судија прије отварања расправе опет упути странке у ходник, па они опет преговарају, али без договора и по трећи пут судија враћа странке у ходник да се договоре. Тужени дижу понуду на износ од 3.200 динара, што адвокат на ходнику не прихвата. По уласку у судницу без споразума, расправа се отвара. Када је добио ријеч од судије, адвокат је заустио да каже да прихвата понуду од 3.200 динара, а њега директор осигуравајуће куће предухитри, па каже, како нуди 3.800 динара. Адвокат одмах прихвата ту понуду и каже: „Нека се преосталих 200 динара рачуна у трошкове поступка, па можемо закључити судско поравнање на 4.000 динара.“ И закључено је поравнање.

Не дуго након тог поравнања, адвокат Бојанић је имао заказано рочиште по другом предмету у истом суду у Марибору, са истим туженим предузећем. Дочекује га у ходнику суда правник предузећа и прича му како ником није јасно како је успио добити поравнање на толики износ, када је полиса осигурања покривала само износ од 2.700 динара, а све преко тог износа је само предузеће морало да плати. И платили су, и предузеће и осигуравајућа фирма у врло кратком року, каже, да се избјегне брука. Правник предузећа му је испричао како су све судије у мариборском суду са чуђењем коментарисали поравнање и питали се : „Ко је тај адвокат, требамо га видјети.“ „Када сам (каже Бојанић) са правником предузећа ишао дугим ходником суда до суднице у којој је држана расправа, с обје стране ходника била су отворена сва врата канцеларија и на улазима су стајали људи који су нас радознано гледали.“ А, послије одржане расправе, правник је указујући му посебну пажњу и уважавање

у име предузећа, предложио да посјете бродоградилште „Виктор Ленац“, што је адвокат прихватио, па су истог дана возећи се колима предузећа обавили посјету, разгледали Бродоградилште и вратили се у Љубљану, да би адвокат аутобусом кренуо за Бању Луку.

Кроз адвокатску канцеларију Божидара Бојанића прошло је, каже, око 20 приправника. Доста њих су касније били изабрани за, а неки су и сада судије Врховног суда Републике Српске. Радио је са различитим генерацијама, па је на основу свог искуства, каже, могао да оцијени која генерација је успјешнија. Сматра да је она старија генерација, коју је и он затекао кад млади правник, приправник, била осјетно стручно „јача“ од сваке надлазеће, нове генерације. Не зна одговор на питање, зашто је то тако, али сматра да су се раније људи опредјељивали да се баве правом, само ако су му заиста били склони, а да послије то није био случај. Сматра да су судије из прошлог система стварале много бољу судску праксу, него што је то данас случај. Ово дјелимично правда и чињеницом да је сада напуштен принцип материјалне истине, што је довело судску праксу до погубних резултата са деструктивним правним схватањима.

Адвокат Божидар Бојанић и данас активно ради и бави се адвокатуром, у мањем обиму, али и пише. Објавио је 2006. године брошуру „Уставност и државност у БиХ“. Књигу : За Србе ! За човјечанство ! За трећи миленијум ! Отворено слово одбране пред Хашким трибуналом, објавио је 2009. године, са тиражом од 500 примјерака, а друго издање, проширено са репликом, објавио је 2012. године са тиражом од 1.000 примјерака. Ова књига је имала запажену промоцију у Бањој Луци, Приједору, Градишци, Мркоњић Граду, Источном Сарајеву и Новом Саду.

На питање шта савјетује младим адвокатима, како да постигну свој циљ, одговара да је његов савјет да не узимају у рад предмет ако из чињеница које им странка предочи, унапријед виде да не могу успјети. То је била и његова пракса. Адвокати требају темељито познавати правне институте, полазећи од римског права и усвајати практично искуство за тумачење правилне примјене материјалног у свим гранама правне науке.

Уз обострано изречене жеље за успјехом у даљем раду, завршили смо овај угодан разговор, са надом да смо у овом тексту успјели да дочарамо дух адвокатуре из неких прошлих времена и да вјеродостојно прикажемо личност и рад адвоката Божидара Бојанића. То ће препознати они који га познају, а онима који га не познају поручујемо да послашају његове савјете и богато искуство како би били успјешни адвокати и како бисмо сви заједно учинили да адвокатура остане једна од најцјењенијих професија у друштву.

Разговор водила
адвокат Славица Граорац,
главни и одговорни уредник

Кратки приказ правног оквира института јавно – приватног партнерства у Републици Хрватској

Сажетак

Јавно – приватно партнерство јесте један од мноштва облика сарадње јавног и приватног партнера. Налазећи се на скали негдје између јавних набавки и приватизације, јавно – приватно партнерство развија дугорочне партнерске односе између јавног и приватног партнера. У том односу партнери дијеле ресурсе и ризик, а као крајњи продукт развијају и пружају јавну услугу, односно граде јавну инфраструктуру. Јавни партнер добија задовољење јавне потребе, а приватни партнер остварује приход. У овом раду се анализирају основна обиљежја правног оквира института јавно – приватног партнерства у Републици Хрватској. Приказана су и поједина теоријска мишљења. Кориштени су и различити правни методе: упоредно – правни метод, метода синтезе и апстракције као и методе дескриптивне, експликативне и структуралне анализе и метода компилације.

Кључне ријечи: јавно – приватно партнерство, упоредно право, приватизација, јавне набавке

Summary

Public - private partnership is one of the many forms of cooperation between public and private partners. Standing on the scale somewhere between public procurement and privatization, public - private partnership develops the long-term partnerships between the public and private partners. In this relationship, the partners share resources and risks, and as a final product, they develop and provide a public service and build public infrastructure. Public partner gets the satisfaction of public needs, and the private partner receives income. This paper analyzes the main features of the legal framework of the institution of public - private partnership in the Republic of Croatia. Also, some theoretical conclusions shall be introduced. Various legal methods are used in this work: comparative - legal method, method of synthesis and of abstraction as well as methods of descriptive, explicative and structural analysis and method of compilation.

Key words: public - private partnerships, comparative law, privatization, public procurement

УВОД

Јавно – приватно партнерство (ЈПП, енгл. Public Private Partnership, PPP, ЗР, њем. Offentliche-private Partnerschaft), напосто, јесте врло специфичан концепт сарадње јавног и приватног сектора. Сам појам „јавно – приватно партнерство“ је релативно нов и потиче из Сједињених Америчких Држава.

Потицај за заснивање и развој такве сарадње, према правној теорији и легислативи, може доћи од оба сектора, али у правилу, у пракси, долази најчешће од јавног сектора. Барем су таква, додуше још врло сиромашна, домаћа искуства. Циљ такве сарадње није никако једнозначан, односно сваки од ових субјеката долази у тај однос у јасној намери да оствари властити интерес – приватни сектор жели да оствари профит (увијек и једино!), а јавни сектор жели да има јефтину и квалитетну услугу, односно жели да стекне добру и трајну јавну инфраструктуру. Један корпоративни британски адвокат Jeffrey „Jeff“ Zitron каже да је ЈПП дугорочни однос између јавног и приватног сектора који има сврху продукције јавних услуга или инфраструктуре. То је можда једна од најкраћих дефиниција ЈПП-а. У овом раду ћемо на више мјеста цитирати изворе из Свјетске банке. Зато дајемо и дефиницију Свјетске банке (WB) – ЈПП пројекти се односе на инвестирање и пружање услуга (које традиционално пружа јавни сектор), при чему приватни сектор преузима велики део ризика, а јавни сектор задржава важну улогу у осигуравању услуга или преузимању значајних ризика пројекта. Но, такав однос, ма колико био утемељен на партнерским основама, никада не може бити идеалан. Њега увијек оптерећује тињајући сукоб приватног и јавног интереса, жеље партнера да смање властити ризик и властите трошкове – било преносом на другог партнера или на какав други волшебан начин, уочавају се проблеми пројектног финансирања, каткада и дневно – политички догађаји и изборни циклуси носе тегобе за оба партнера, скоро увијек посједују елементи иностраности, присутни су дуги периоди имплементације, велика је вриједност уговора, присутна је (не)подударност програма ЈПП са дугорочним стратешким државним

и надржавним развојним плановима, међусобно је прожимање правних, економских и техничких категорија у уговорима, дат је обухват низа основних уговора нижег степена сложености („грана у крошњи“) у само једном уговору у ЈПП („стабло“), etc. Та латентна супротстављеност жеља, хтијења и интереса странака ће бити увијек неизоставни пратилац програма ЈПП. То се неће моћи објективно избјећи, и тога већ сада треба бити дубоко свјестан.

Ипак, ван сваке сумње, пројекти ЈПП су данас добро прихваћени у савременом свијету. Адекватним избором неког од модалитета ЈПП и правилним контрахирањем права и обавеза партнера може се остварити низ бенефита, у односу на класични модел изградње јавне инфраструктуре или пружања јавне услуге (путем јавне набавке или изградње у властитом аранжману) или класичну приватизацију добара и услуга. Заправо, да будемо још прецизнији, било би сада тешко беспоговорно прихватити тезу да је ЈПП, као специфичан правно – економски инструмент, прије више стољећа, првобитно било осмишљено како би се анулирали негативни ефекти традиционалног модела (буџетирањем) изградње јавне инфраструктуре или пружања јавне услуге. У вријеме када затичемо прве форме ЈПП (тада је ЈПП имало нека мјешовита обиљежја других сличних установа, претежно концесије), јавне набавке и државне инвестиције нису постојале у облику у којему их ми данас познајемо. Тадашњи степен развоја производних снага и уопће друштвеног развоја је био низак, и о томе нико није размишљао. Но, можемо исто тако јасно казати, сине дубио, да савремени облици ЈПП неминовно доносе такав исход – елиминишу негативне учинке јавне набавке и/или директног буџетског финансирања изградње јавне инфраструктуре. Програми ЈПП, у овом данас нама познатом савременом облику, у прво вријеме, односили су се на заједничко финансирање образовних програма у америчким школама и универзитетима у првој половини 20. вијека, током педесетих година се користе за финансирање комуналних услуга а у ширу употребу улазе шездесетих година кориштењем за улагања у урбану обнову. Доводећи у везу потенцијалне

бенефите које нуде програми ЈПП у односу на раније моделе задовољавања јавних потреба, уочавамо два стајалишта која покушавају дати одговоре на питања популарности ЈПП-а: про примо, владе успијевају изградити неопходну инфраструктуру, односно пружити јавну услугу, а у исто вријеме бришу буџетску ставку капиталних улагања и врше другачије усмјеравање средстава за задовољавање неких других краткорочних или средњорочних потреба, те про сецундо, омогућава се боља продуктивност и ефикасност на нивоу самог пројекта у односу на традиционални начин набавке роба, радова или услуга. Дакле, другим ријечима, уз снижење буџетских расходних ставки, користе се повољни учинци пресликавања принципа рада приватног сектора (cost – benefit анализа, „profit – making“, већа улога менаџера, дерегулација, децентрализација, дебиروقратизација, економичност, флексибилност, иновативност, компетентност и ефикасност) на методологију рада јавног сектора. Са друге стране, програми ЈПП дају већу јавну корист од програма приватизације (приватизацију, у смислу овог рада, дефинишемо као неповратни трансфер власништва над државним капиталом у пословним субјектима као и неповратни трансфер власништва над појединим покретним и непокретним стварима), јер објект приватизације (права и ствари) остаје у државном власништву.

Овотимприје (говоримо о предностима употребе ЈПП програма у односу на приватизацију ресурса), када објект приватизације не могу бити, ех леге, добра у опћој употреби или културно-историјски споменици и сл, а такве ствари могу бити, кроз програме ЈПП, врло успјешно, стављене у привредну и развојну функцију.

Указат ћемо, на истом трагу, да се, својевремено, у хрватској јавности отворила велика полемика око продаје појединих јадранских острва. Нема никакве сумње, како то налазе и готово сви водећи хрватски аутори, да су јадранска острва, као природно богатство, те некретнине на тим острвима од нарочитог националног, историјског, привредног и еколошкога значаја, односно да треба да уживају посебну заштиту. Познати професор

стварног права др Петар Симонетти се врло убједљиво противио њиховој продаји тврдећи да се продаја приобалног земљишта треба законом забранити, уз упозорење да земљиште представља највеће национално богатство, јер је у њега, као непоновљиву и необновљиву природну вриједност, уграђен труд и рад свих минулих генерација. Продаја тамошњих острва, и проблеми који се јављају у вези са тим, јесте засигурно једно врло комплексно питање, али је свакако бјелодано да се примјеном установе ЈПП, може остварити добробит за заједницу и приватног партнера, а уз истовремено задржавање власништва над тим острвима. Мислимо да је то врло поучно искуство и за нашу земљу.

Додуше, када говоримо о ЈПП, не треба изгубити везу са реалношћу. У задње вријеме се доста, а ми бисмо казали, понекада и некритички, медијски експлоатише примјена програма ЈПП, односно тај правно – економски механизам се представља као „лијек за све бољке“ економског развоја. Ствари не стоје, у цјелости, тако. На то је већ било указивано и у образложењу приједлога хрватског закона о јавно – приватном партнерству из 2014. године: „... неријетко је увријежено мишљење да се примјеном овога модела у врло кратком року може осигурати велики број јавних потреба. При томе се не води довољно рачуна о дугорочним стратешким развојним плановима, као и о томе да је ЈПП дугорочни уговорни однос (до 40 година) између јавног и приватног партнера. То подразумијева стварање дугорочних фискалних обвеза које представљају фискални издатак, а рјеђе фискални приход...“.

1. СМЈЕРНИЦЕ ЗА ПРИМЈЕНУ УГОВОРНИХ ОБЛИКА ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

Приликом преговора тијела Европске уније (ЕУ) са Републиком Хрватском, поглавље јавних набавки је чинило V преговарачко поглавље. Ово је поглавље било одређено одмах иза четири „Велике слободе“. Дакле, ова је област била постављена прије преговарачких поглавља о праву привредних друштава, конкуренцији, правосуђу и људским правима, етц, а свакако посредно указује на значај који ЕУ придаје

области јавних набавки а тиме и у ширем смислу ЈПП-а. У заједничком стајалишту ЕУ за привремено затварање овога поглавља, након преговора у раздобљу децембар 2008. године – јануар 2010. године, затражено је од хрватских власти испуњење услова прилагодбе националног законодавног оквира у области јавне набаве, укључиво и концесије, те ЈПП-а, уз пружање јасних доказа да ће националне институције одговорне за вођење политике и provedбу јавних набавка на примјерен начин испуњавати своје текуће и будуће задаће.

Влада Републике Хрватске је, још током 2006. године, да би олакшала спровођење пројеката ЈПП-а, усвојила – као правно необавезујући акт – посебне Смјернице за примјену уговорних облика јавно-приватног партнерства (ЈПП) (Народне новине бр. 98/06), којима се усмјеравају и охрабрује спровођење таквих пројеката. Наведеним смјерницама предвиђају се: циљеви који се желе постићи у програмима ЈПП (уговарање и извођење већег броја пројеката; природна тржишна подјела ризика између приватних подузетника и јавне власти, а у циљу ефикасног и ефективног кориштења средстава порезних обвезника; искориштавање веће учинковитости приватних подузетника, којима се омогућује да ефикасно и ефективно граде, те да управљају изграђеним пројектима на ефикаснији и ефективнији начин од тијела јавне власти; стварање додане вриједности кроз спајање ресурса, напора и знања приватног и јавног сектора; повећање продуктивности, тржишног натјечања, рационалног кориштења господарских капацитета приватних и јавних субјеката; транспарентност у избору и уговарању; проналажење нових рјешења за изградњу и одржавање јавне инфраструктуре; средњорочна до дугорочна стимулација господарске активности; рационално кориштење јавних средстава за добробит свих корисника јавних служби); начела којима мора удовољити пројект ЈПП-а; као и поступци сарадње јавног и приватног партнера у оквиру ЈПП-а; правила оснивања и provedбе ЈПП-а; те овлаштења тијела јавне власти да склапају уговоре у правним оквирима ЈПП-а (Најпознатији уговорни облици ЈПП-а су тзв. „БОТ“ и „ПФИ“, према којима приватни подузетник својим средствима гради, одржава

и управља неким пројектом, а на крају га враћа јавној власти, те „концесија“, према којем приватни партнер обавља на јавном земљишту грађење и управља грађевинам од јавног значења, а за што му је потребно исходити одобрење од тијела јавне власти). Понављају се карактеристике, облици и дефиниције појмова ЈПП-а из Зелене књиге о јавно – приватном партнерству и комунитарним прописима о јавним уговорима и концесијама (Green paper on Public-Private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission of the European Communities, Brussels, 30. 04. 2004., COM (2004) 327 final) /даље: Зелена књига/ наводе се поступци избора приватног партнера (конкурентски дијалог) и закључења односно садржине јавних уговора. У циљу даљег развијања модела ЈПП-а, као и у циљу надзора над поступком избора понуђача, припрема и давања понуда, уговарања и provedбе уговорених пројеката, помиње се оснивање одјела за јавно – приватно партнерство унутар тадашње агенције за промицање улагања и извоза, који у будућности може прерасти у самосталну ЈПП агенцију и који би имао као посебне задатке: устројавање регистра уговора о ЈПП-у; давање одговора на све упите којима би се тражило објашњење нејасних или спорних (пореских, правних, финансијских и др.) питања; контрола тендерске и уговорне документације, приједлога алокације ризика и осталих елемента уговора о ЈПП-у који дефинирају најам те давање мишљења на достављене исправе у смислу потврде да је пројект дефинисан по начелу најма; рад на унапређењу законодавног оквира за пројекте; изучавање развоја праксе ЈПП-а у државама ЕУ-а са примјеном најбоље праксе; те објављивање налаза у поступку надзора над пројектима.

Убрзо ће се уочити да, у тим смјерницама, није био јасно описан методолошки поступак за реализацију пројеката ЈПП-а. Та нејасноћа је многе јавне partnere одбила од примјене овог модела у реализацији великих инфраструктурних и других пројеката и онда када би за њихову реализацију, примјена овог модела, могла бити најбоља варијанта. С друге стране, у практичној апликацији тог модела, поступано је као да се ради о класичној

комерцијалној активности или финансијском лизингу. Није вођено довољно рачуна да се ради о дугорочном пројекту (дугорочној уговорној обвези) која може трајати од најмање 5 до највише 40 година. Сама та чињеница може довести до ризика дугорочне финансијске обвезе јавног партнера, а да дугорочни прорачунски приходи нису познати и на тај начин се угрози реализација пројекта.

2. ЗАКОН О ЈАВНО – ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ

Први хрватски законски текст из области ЈПП јесте био Закон о јавно – приватном партнерству (Народне новине бр. 129/08 и 55/11). Послије четири године, Хрватски сабор је, на сједници одржаној 6. јула 2012. године, донио нови Закон о јавно – приватном партнерству (Народне новине бр. 78/12 и 152/14) који обухвата 41 члан структуриран у 6 дијелова.

Yescombe наводи заједничка детерминирајућа обиљежја форми сарадњег јавног и приватног сектора које би се могле назвати термином ЈПП-а, а то су:

- а) Уговор јавне и приватне стране,
- б) Дугорочност трајања уговора,
- ц) Пројектовање, изградња, финансирање и управљање од стране приватног сектора,
- д) Плаћање кориштења од стране јавног сектора (јавни сектор или јавност у смислу грађана), те
- е) Објекти дугорочно увијек припадају јавном сектору (одмах су у власништву јавног сектора или након истека уговора).

Компарацијом тих доктринарних теза са текстом ППП Хрватске учачамо да се хрватски законодавац држао тих теоријских поставки. Према ППП Хрватске, ЈПП је дугорочан уговорни однос између јавног и приватног партнера чији је предмет изградња и/или реконструкција и одржавање јавне грађевине, у сврху пружања јавних услуга из оквира надлежности јавног партнера. Основна права и обвезе јавног партнера су утврђивање стандарда услуга, плаћање и/или наплата накнаде те надзор испоручених услуга, док су основна

права и обвезе приватног партнера управљање преузетим ризицима везаним уз финансирање и процес градње, ризик расположивости јавне грађевине и/или ризик потражње те наплата и/или плаћање накнаде. А, приликом provedбе пројекта ЈПП-а, приватни партнер од јавног партнера преузима обвезу и ризике везане уз финансирање и процес градње, те најмање један од сљедећа два ризика: ризик расположивости јавне грађевине и ризик потражње. Ова подјела ризика је јако битна код програма ЈПП, односно представља детерминацију ЈПП од неких других сличних установа сарадње јавног и приватног сектора - ЈПП-ом се не сматра чисто финансирање јавних пројеката из приватних извора. Предмет ЈПП-а не може бити искључиво испорука робе, као нити искључиво концесија за господарско кориштење опћег или другог добра.

Уговори о ЈПП спадају у ред управних уговора. У ствари, да будемо до краја јасни, нити тамошњи закон о управном поступку нити ППП Хрватске не кажу изричито да су уговори о ЈПП – управни уговори. Но, тамошњи закон о управном поступку прописује да ће јавноправно тијело и странка склопити управни уговор о извршењу права и обвеза утврђених у рјешењу којим је ријешена управна ствар, ако је законом прописано склапање таквог уговора. Другим ријечима, упућује се на посебан закон. А, ППП Хрватске јасно одређује закључење уговора о ЈПП партнерству између јавноправног тијела и управним актом одабраног приватног партнера. Тај уговор облигаторно треба да садржи („мора“) одредбе којима се уређују: сврха и предмет уговора, рок на који је уговор склопљен, подјела ризика између уговорних страна, финансирање и рефинансирање, имовинска права уговорних страна и начин њихова рјешавања, јамства и полице осигурања, плаћања уговорних страна, компензирајући и ослобађајући случајеви, право надзора од стране јавног партнера, уговорне казне, посљедице неиспуњења уговорних обвеза, пријевремени престанак уговора, начин разрјешења односа у случају пријевременог престанка уговора, виша сила, заштита интелектуалног власништва, пословне тајне и тајност података, поступак и увјети преузимања грађевине, ако уговор о ЈПП-у обухвата изградњу грађевине,

поступак рјешавања спорова између уговорних страна, друга права, обвезе и одговорности уговорних страна. Тај уговор, такођер, мора минимално садржавати и додатке који се односе на: стандарде услуга, таблицу подјеле ризика, јамство за извршење уговора, јамство матичне твртке за друштво посебне намјене те финансијски модел. Странке могу слободно стипулирати и друге састојке уговора о ЈПП (који нису овдје наведени), а тада то чине према прописима којима се уређују обвезни односи.

Ако говоримо о изведбеним модалитетима ЈПП-а у теоријском смислу, онда најопћениције постоје три основне категорије:

- Класични уговорни однос партнера (уговор о управљању, уговор о услугама, уговор о најму/закупу),
- Институционални облик партнерства (заједничко улагање, јоинт вентуре) и
- Уговорни облик ЈПП-а (концесије-БОТ, облици приватне финансијске иницијативе: ДБФО, БООТ и ДБФООТ, односно модели у којима приватни партнер задржава власништво над изграђеним објектима или инфраструктуром: БОО и ББО).

Легислативно посматрано, уосталом као и већи број упоредних правних система, хрватско право такођер познаје два облика ЈПП (уговорно и статусно). Ова подјела је пренесена из напријед поменуто Зелене књиге. Иако можемо пронаћи још већи број различитих систематизација модела ЈПП, овдје можемо казати оно што смо указали и за наше национално право – да је заступљени легислативни принцип класификације ЈПП (на уговорно и статусно ЈПП) супсумирао и теоријске класификације истог института.

Уговорно ЈПП је модел ЈПП-а у којем се међусобни однос јавног партнера и друштва посебне намјене уређује уговором о ЈПП. Статусно ЈПП је модел ЈПП-а утемељен на чланском односу између јавног партнера и приватног партнера у заједничком трговачком друштву, које је носитељ provedбе пројекта ЈПП-а. Заправо, и код једног и код другог облика ЈПП, ваља закључити уговор о ЈПП. Његово закључење јесте *conditio sine qua non*

програма ЈПП. Само што се, код статусног ЈПП-а, претпоставља оснивање и засебног привредног друштва од стране јавног и приватног партнера. ЈПП Хрватске не познаје даљу подјелу уговорног облика ЈПП на концесијски модел и ПФИ модел (какав, наводи, и цитирана Зелена књига и који затичемо и у члану 10. Закона о јавно – приватном партнерству Републике Српске). Но, то не би требало да изазове веће тешкоће у примјени програма ЈПП-а. Такођер, видимо да хрватско право познаје и установу друштва посебне намјене (енгл. *Special purpose company /СПЦ/, Special purpose vehicles /СПВ/, Special purpose entities /СПЕ/*), односно посебне компаније коју ће користити приватни партнер као своју продужену руку приликом пројектног финансирања, и уопће извршења програма ЈПП-а, и ту нема знатнијих разлика између нашег и хрватског националног права.

Критериј за одабир приватног партнера је искључиво економски најповољнија понуда, док се уговор о ЈПП-у склапа у писменој форми и на одређено раздобље које не може бити краће од пет нити дуже од четрдесет година, осим ако посебним законом није прописано дуже раздобље.

3. ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР ЗА ПРОВОЂЕЊЕ ПРОГРАМА ЈАВНО – ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

Све земље у региону западног Балкана (земље бивше Југославије плус Албанија минус Словенија) су формирали тијела за provedбу пројеката из области ЈПП (Република Албанија – Агенција за јавне набавке, БИХ – Комисија у концесија БИХ и Ф БИХ односно Ресор за управљање инвестицијама Министарства финансија РС, Бивша Југословенска Република Македонија – Одјел за ЈПП и концесије Министарства економије, Република Србија – Комисија за ЈПП и Република Црна Гора - Комисију за концесије и БОТ аранжмане). Према искуствима ЕПЕЦ-а национална тијела задужена за provedбу пројеката из области ЈПП треба да буду задужена за три основна подручја: подршка и развој политика из области ЈПП-а, подршка националним/регионалним програмима и одобрење и контрола квалитете самих пројеката.

У Републици Хрватској је била, још 2002. године, основана Агенција за промицање извоза и улагања. Један од пет сектора те агенције је био Сектор за јавно-приватно партнерство. Тај сектор је требало да буде таск форце унит за provedбу програма ЈПП. Након доношења ранијег Закона о јавно-приватном партнерству (Народне новине бр. 129/08 и 55/11) имала се основати агенција за јавно-приватно партнерство са сједиштем у Загребу, као правна особа с јавним овластима. Та агенција ће преузети људске и материјалне ресурсе тог сектора. Она је требало да обавља сљедеће послове: проводи поступак одобравања приједлога пројеката ЈПП-а, објављује попис информација о пројектима који се намјеравају провести, објављује попис одобрених пројеката, сарађује с јавним тијелима у поступку одабира приватног партнера, устројава и води регистар уговора, прати provedбу пројеката, предлаже овлаштеним предлагачима измјене и допуне, учествује у изради нацрта прописа из подручја ЈПП-а, израђује и објављује водиче и приручнике за припрему, уговарање и provedбу пројеката, те даје упуте и објашњења из подручја ЈПП-а, доноси одлуке у вези с обављањем послова из надлежности Агенције, учествује у информисању субјеката на тржишту о законодавном и институционалном оквиру ЈПП-а, у пријеносу знања о ЈПП као и у промицању најбоље праксе, те сарађује са разним тијелима у сврху унапређења домаће теорије и примјене модела ЈПП-а, као и у сврху извршења међународних обвеза Републике Хрватске.

Доношењем новог закона о јавно приватном партнерству (ППП Хрватске), Агенција за јавно-приватно партнерство је припојена Агенцији за инвестиције и конкурентност.

ЗАКЉУЧАК

Јавно – приватно партнерство је врло стар правно – економски инструмент сарадње јавног и приватног сектора. Тек у другој половини 20. вијека ће почети да поприма савремене форме. Налазећи се позициониран између приватизације и јавних набавки, овај инструмент је требало да осигура елиминацију негативних обиљежја тих института и пуну експлоатацију њихових позитивних страна.

Још је рано говорити о његовом успјеху или неуспјеху у остваривању зацртаних циљева економске политике. Научна истраживања у земљи и свијету треба да дају одговор на питање о томе да ли се у томе успјело или није, односно ако није из којих разлога то није постигнуто. Јасно је и да опстанак људског друштва подразумијева постојање материјалне базе и механизма њене репродукције. Све постјугословенске републике су донијеле законе о јавно – приватном партнерству, дефинисале основне одреднице тог института и устројиле институционалне капацитете за provedбу пројеката јавно – приватног партнерства. Одлучујући утицај на такву регулацију су имали прописи Европске уније.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бенковић, С., Барјактаровић, С., Модели јавно-приватног партнерства у финансирању инфраструктурних пројеката, Зборник радова ВИИИ Скуп привредника и научника (СПИН) Факултет организационих наука Београд и Привредне комора Србије, Београд, 2011.,
2. Борковић, И., Управни уговори, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 30, бр. 2, 1993.,
3. Брдаревић, Љ., Развој локалне инфраструктуре кроз јавно – приватна партнерства, Приручник за локалне власти, Београд, 2012.,
4. Бустаман, А., Рамауанди, А., Ан Евалуатион он Институтион фор Публиц Привате Партнерсхип (ППП) ин Индонесија, Центер фор Економиц анд Девелопмент Студиес (ЦЕДС), Падјадјаран Университу, Аугуст, 2012.,
5. Декрет о јавно-приватном партнерству Владе Лаоске Народне Демократске Републике,
6. Качер, Х, ет ал, Јавно – приватно партнерство: Атрактивност ДБФООТ модела, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, број 3/2008, Правни факултет Сплит, 2008.,

7. Кофрц, Х, Претече концесије у старим законцима Бабилона и темељним религијским изворима/светим књигама, Зборник радова са Петог међународног савјетовања „Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, Свеучилиште у Мостару, Правни факултет, Свеучилиште у Сплиту, Правни факултет, Неум, 2007,
8. Кундих, Б, Хрватско поморско добро у теорији и пракси, ХХИ Сплит, Ријека, 2005.,
9. Латифовић Ф, Анализа темељних одредница правног односа института јавно – приватног партнерства и приватизације, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, Зеница, 2016, бр.19,
10. Латифовић Ф, Извори европског „soft law“ права у области јавно – приватног партнерства, Ревизија за право и економију Мостар, Правни факултет Универзитета „Джемал Биједић“ у Мостару, година 17 бр.2, Мостар 2016,
11. Латифовић Ф, Класификације изведбених облика јавно - приватног партнерства у теорији и легислативи у Босни и Херцеговини, Зборник Правног факултета Универзитета у Тузли, Година ИИ, број 2, 2016,
12. Љубановић, Б, Бритвић-Ветма, Б., Хрватско право јавне набаве – усклађеност са правом ЕУ, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Вол. 48, број 2, Правни факултет Сплит, 2011,
13. Марењак, С, Ченгија, Ј, Јавно – приватно партнерство у Републици Хрватској - уговорни облици и карактеристике уговора, Зборник радова Јавно-приватно партнерство и други начини управљања некретнинама у власништву Републике Хрватске, опћина, градова и жупанија, Нови информатор, Загреб, 2007,
14. Overview of the PPP Legal and Institutional Frameworks in the Western Balkans, European PPP Expertise Centre, јули 2014. године,
15. Персоли, А. М, Јавно-приватно партнерство, Правник, 41, 2 (85) Удруга Правник Загреб, Загреб, 2007,
16. Private Participation in Infrastructure (PPI), Annual report: 2017, World bank, 2018,
17. Смјернице за примјену уговорних облика јавно-приватног партнерства (ЈПП) (Народне новине бр. 98/06),
18. Средојевић, Г, С, Јавно – приватно партнерство, Архипелаг Институт економских наука Београд, Београд, 2010,
19. Уредба о оснивању Агенције за промицање извоза и улагања (Народне новине бр. 102/02, 64/05, 64/06, 104/06. и 96/09),
20. Уесцомбе, Е, Р, Јавно-приватна партнерства - начела политике и финансирање, Мате, Загреб, 2010,
21. Закон о јавно – приватном партнерству (Народне новине бр. 129/08 и 55/11),
22. Закон о јавно – приватном партнерству (Народне новине бр. 78/12 и 152/14),
23. Закон о јавно – приватном партнерству Босанско – подрињског кантона Горажде (Сл. новине Босанско-подрињског кантона Горажде бр. 5/13),
24. Закон о јавно – приватном партнерству у РС (Сл. гласник РС бр. 59/09 и 63/11),
25. Закон о опћем управном поступку (Народне новине бр. 47/09),
26. Закон о престанку рада Агенције за промицање извоза и улагања (Народне новине бр. 124/2010);
27. Зелена књига о јавно – приватном партнерству и комунитарним прописима о јавним уговорима и концесијама (Green paper on Public-Private partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission of the European Communities, Brussels, 30. 04. 2004, COM (2004) 327 final).

Право грађења у Швицарској

Сажетак

У контексту овога рада обрађена је установа права грађења која се у теорији и пракси модерног грађанског права представља као швицарски модел. Другим ријечима, формација права грађења у Швицарској по својој структури налази се на мјесту служности, те се као посебан облик служности третира у прописима о праву грађења. Због те своје блискости са служности оно се назива „право служности грађења“.

Ради бољег разумијевања права грађења у нашој земљи сматрамо да је корисно размотрити установу права грађења у Швицарској, које се по неким својим обиљежјима и правним учинцима разликује или сличи нашем праву грађења.

Кључне ријечи: право грађења, земљиште, грађевина.

Summary

This work describes a right to build, which the theory and practice of modern civil law presents as the Swiss model. In other words, formation of a right to build in Switzerland by its structure is set within the servitudes, and in the regulations on the rights to build is treated as a special form of a servitude. Because of its closeness to the servitudes, it is called the "right of servitudes to built"

For better understanding of the right to build in our country, we believe that it is useful to consider the establishment of building rights in Switzerland, which, according to some of its characteristics and legal effects are different or alike to our right to build.

Keywords: right to build, land, building.

УВОД

Почетком двадесетог стољећа, као и у неким другим земљама, уведено је право грађења у Швицарској. Формација права грађења као ограничено стварно право у облику служности утврђено је правилима грађанског законика, те другим прописима на савезном односно кантоналном нивоу.

Право грађења као швицарски модел даје могућност да се земљиште оптерети служношћу у функцији оснивања права грађења. То даје некоме право да подигне или одржава зграду на или испод површине туђег земљишта. На тај начин се неприродно раздваја јединство

власништва и то: на власништво земљишта одвојено од власништва подигнуте зграде.

1. ПРАВНИ ИЗВОРИ

Основни извор права грађења у Швицарској је грађански законик. Грађански законик утврђује темељна правила о праву грађења („Baurechtsdienstbarkeit“).

Посебни кантонални прописи („kantonalen Zivilrechts“) на нивоу кантона уређују специфичне облике приватног права који могу имати везе с правом грађења („privates Baurecht“). „Чланак 686. Швицарског грађанског законика

садржи свеобухватну надлежност кантона, у смислу регулације приватног права грађења, док чланак 702. Швицарског грађанског законика само представља лажну резерву кантона за јавно право грађења.“ Наиме, „савезно приватно право обавезује у чланку 685. ст.1. Швицарског грађанског законика само власника земљишта код градње ископа или зграде, да не би оштетили сусједне некретнине“. Иначе, кантони су овлаштени уредити приватно право грађења, то јесте „поставити приватно право грађења“ кроз кантоналне одлуке. На примјер, „Кантон St. Gallen има приватно право грађења, као што је управо наведено у границама ископа и оградама“. „Више о прописима приватног права грађења постоји у Уводном закону на Швицарски грађански законик.“

„Закон о грађењу укинуо је приватно-правна правила сходно чланку 99. Уводног закона на Швицарски грађански законик.“ Међутим, кантонални прописи о грађењу на неки начин су одржали ограничена правила о приватном праву грађења кроз „одредбе о граничној удаљености из чланка 56. Закона о грађењу“ и то као „приватне и јавноправне норме“ којим се уређују односи о граничној удаљености“. Овакав став ипак треба узети с резервом, с обзиром на то да данас имамо на снази нови закон о планирању и градњи, који даје мањи значај приватном праву кад је у питању уређење права грађења у односу на јавно право грађења које се уређује овим законом те другим грађевинским прописима.

Као извор узимају се и норме јавног права грађења („öffentliches Baurecht“). Међутим, термин право грађења у смислу грађанског законика не одговара јавном праву грађења у смислу грађевинских норми („Normenwerk betreffend Bauten“).

Поред правне регулативе изворе о праву грађења налазимо у научној и стручној литератури, адвокатској и јавнобилежничкој пракси, судским одлукама, те другим изворима који имају додира с правом грађења.

2. ПОЈАМ И САДРЖАЈ ПРАВА ГРАЂЕЊА

Право грађења је ограничено стварно право које овлашћује његовог имаоца да на туђем

земљишту подигне или стекне грађевину у свом власништво. Другим ријечима, носитељ права грађења има овлаштење на туђем земљишту подићи грађевину и на њој имати власништво.

Осим тога, право грађења је преносива и насљедна служност, која утврђује право на изградњу или одржавање зграде на туђем земљишту.

„Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten.“ По овоме, „земљиште може бити оптерећено са служношћу, да нетко има право, на или испод површине тла грађевину подићи или одржавати.

„Ist das Baurecht selbständig und dauernd, so kann es als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden.“ То значи, ако је право грађења самостално и трајно, оно може бити уписано у земљишне књиге као земљиште.

Другим ријечима, „самостално и трајно право у складу с чланком 655. ст.2. и 3. Швицарског грађанског законика, подразумејева:

- Земљиште које је у смислу овог закона уписано у земљишне књиге као самостално и трајно право, и
- Служност на земљишту уписану као самостално и трајно право, ако:
 - 1) није уписана у корист земљишта, нити искључиво за корист било које одређене особе („weder Grunddienstbarkeit noch reguläre Personaldienstbarkeit“)...
 - 2) је основана на најмање 30 година или на неодређено вријеме („auf unbestimmte Zeit begründet“).

Грађански законик познаје „конкретне примјере“ права грађења, као што су:

- 1) „Право грађења, Baurecht (чланак 779 фф. Швицарског грађанског закона).“ Право грађења подразумејева оптерећење земљишта са служношћу, која даје право, на или испод површине земљишта подићи или одржавати зграду. Ово право је, ако није нешто друго уговорено, преносиво и насљед-

но. Ако је право грађења самостално и трајно, оно може бити уписано у земљишне књиге као некретнина. Право грађења као самостално право може бити основано на највише 100 година и може бити обновљено на нових 100 година.

- 2) „Право насада (биља), Pflanzrecht (чланак 678. ст.2. Швицарског грађанског законика у смислу чланка 779 фф. Швицарског грађанског законика).“ . Право грађења може бити установљено одговарајућом служношћу за насад и уређаје од насада на најмање 10 и на највише 100 година.
- 3) „Право извора , Quellenrecht (чланак 780. Швицарског грађанског законика).“ Право извора је служност на туђем земљишту . Оно је, ако није што друго уговорено, преносиво и насљедно. Право извора је самостално и трајно право, те може бити уписано у земљишне књиге као земљиште.
- 4) „Особна служност, Personaldienstbarkeiten (чланак 781. Швицарског грађанског законика), под увјетом да је пријенос договорен и дозвољен (види одлуку број: 113 ИИ 146фф Службена збирка одлука Савезног суда -БГЕ)“.

Из горњег можемо закључити да по свом садржају „самостално и трајно право на земљишту може се као некретнина да продаје и оптерећује.“ Пријенос права грађења „мора бити јавно потврђен“. Другим ријечима, правни посао којим се врши промет или оптерећење права грађења мора бити састављен у писаној форми и овјерен односно потврђен од стране надлежног органа. На примјер, право грађења као земљиште “може бити оптерећено залогом“ за случај осигурања „наплате накнаде за кориштење права грађења“.

Дакле, право грађења може имати овлаштења: „а) одговарајућег власника неког другог земљишта= „нормална“ стварна служност („normale“ Grunddienstbarkeit“); б) одређене особе=редовна (правилна) особна служност („reguläre Personaldienstbarkeit“); ц) одређене особе или њеног правног насљедника=неправилна особна служност („irreguläre Personaldienstbarkeit“).

Право грађења као „нормална“ стварна служност, постоји када „одговарајући власник земљишта има право изградње на рачун другог земљишта“. „Типичан примјер је право надоградње („Überbaurecht“).“ „У случају права надоградње узима се у обзир: „самостално и трајно“ право грађења, а за уговор о оснивању довољна је једноставна писмена форма (чланак 732. Швицарског грађанског законика).“ С друге стране, право надоградње се може посматрати као случај у којем се „обично ради о укидању или модификацији једног ограничења“. „Модификација и отказ морају бити јавно овјерени (чланак 680. ст.2. Швицарског грађанског законика).“ За тако нешто потребна је јавна потврда „будући да закон није логички изграђен“, односно „како се ништа не би ризиковало“.

У другом случају, право грађења као редовна особна служност постоји када „одређена особа има право грађења на рачун земљишта“. Ово право „не може се продавати нити наслиједити“. Овај облик права грађења је у „пракси прилично риједак“. Уговор о служности мора бити у писаном облику и форми „јавне исправе“.

У трећем случају, то је право грађења као неправилна особна служност. Она постоји када одређена особа има право грађења на рачун земљишта. Право грађења као неправилна особна служност „може се продати и наслиједити“.

У четвртом случају, право грађења се јавља у облику сталног и трајног права грађења. Овај облик права грађења има „најважнију примјену“ у пракси. Самостално и трајно право грађења оснива се правним послом у складу са законом. „Самостално и трајно право грађења оснива се као „јавна исправа само када се уписује у земљишне књиге као земљиште“. Самостално и трајно право оснива се највише на 100 година, уз могућност обнове. Обнова се не може договорити унапријед нити послије истека рока.

Осим тога, право прече купње се може договорити у корист власника земљишта односно у корист носитеља права грађења. Могућност отказа или модификације самосталног и трајног права грађења „може се

забиљежити (чланак 681б. ст.1. Швицарског грађанског законика)“. Разлог забиљежбе може бити и чињеница што се „често мијења право прече купње за иматеља права грађења, тј. искључивање права прече купње за стицаоца права грађења“.

За кориштење самосталног и трајног права може се договорити накнада за случај поврата. Накнада може бити плаћена само уз сугласност хипотекарних вјеровника. За накнаду у случају поврата може се договорити хипотека на земљишту као некретнини. У уговору се може навести одрицање од накнаде код поврата за случај договора другог права грађења, а посебно код пословних зграда. Накнада за кориштење права грађења плаћа се као нека „врста најамнине за право грађења“. Накнада за кориштење права грађења није дизајнирана као реална облигација („Realobligation“). Она може бити забиљежена у земљишној књизи. Право накнаде за кориштење права грађења наплаћује се од првог носитеља права грађења. То значи, „са продајом права грађења не преноси се обавеза плаћања накнаде на новог носитеља права грађења“. Због тога постоји мишљење да се у случају уговарања обавезе плаћања накнаде за кориштење права грађења „мора организирати унутарња и вањска претпоставка дуга“. „Извана се то догоди уз пристанак даваоца права грађења.“ За осигурање наплате накнаде за кориштење права грађења, постоји законско заложно право (за три годишње накнаде) у корист власника земљишта. За, такозвано обично осигурање наплате накнаде због кориштења права грађења постоји могућност „осигурања новчане вриједности према индекс клазули, нпр. за права грађења која трају 100 година“.

Због сложености конструкције формације права грађења у швицарском праву, то није једноставно дефинирати појам права грађења. У нашем као и упоредном праву, а то важи и за швицарско право, власништво над земљиштем се шири према горе и доље до зрачног простора и тла, све док постоји разлог за остваривање економског интереса. Стицалац земљишта као некретнине постаје власник свега онога што је трајно везано са земљиштем. По швицарском праву то могу бити зграде,

насади (на примјер виногради, воћњаци), и друге ствари које су трајно повезане за тло земљишта. Ово основно начело стварног права, тј. принцип акцесорности, не подудара се увијек с потребама тржишта. Наиме, све веће економске вриједности редовито су повезане са земљиштем, а изнимно раздвојене неким од облика суперфицијалног права. Због тога, осмишљена је формација права грађења која омогућава одвајање власништва над земљиштем од власништва зграде.

Слиједом горњег, појам права грађења се може дефинирати као ограничено стварно право које има моћ да раздвоји власништво на стварима које су природно везане за земљиште и изгради посебан облик власништва на стварима које су припадност права грађења а не земљишта с којим су природно повезани. Дакле, право грађења је сила по закону, која поништава физичку везу између земљишта и подигнуте зграде на земљишту.

3. ОБИЉЕЖЈА

Право грађења је ограничено стварно право, које се јавља у виду посебног и трајног права на туђем земљишту. Оно у себи садржи обиљежја која га сврставају у служности, па се и у самом називу даје значај овом праву као служности („Dinstbarkeit“).

Право грађења као служност („das Baurecht als Dienstbarkeit“) у швицарском праву може бити представљено као несамостално или као самостално и трајно право. Због тога се у швицарском праву за право грађења каже да је право служности грађења („Baurechtsdienstbarkeit“).

„Право служности грађења принципијелно је преносиво и наслебно право (стварноправно ограничење), које даје некоме право да на туђем земљишту подигне или одржава грађевину.“ Дакле, у основно обиљежје права грађења спада његова преносивост и наслебност, а с друге стране то је овлаштење које се даје некоме да на туђем земљишту може подићи или одржавати зграду. Ово се може само тврдити кад је у питању право грађења основано као особна служност у неправилном облику („irreguläre

Presonaldienstbarkeiten“) и то најчешће у форми самосталног и трајног права („selbständige und dauernde Rechte“).

„Право грађења се образује самостално (оснива се као служност искључиво у корист одређене особе и може се преносити) и трајно (оснива се најмање на 30 година), те као такво - али не нужно, оно може бити уписано у земљишне књиге као земљиште.“ Уписом права грађења у засебан уложак земљишне књиге оно поприма својство некретнине.

Једно од обиљежја права грађења је његова акцесорност. Наиме, „начело акцесорности као основно начело стварног права доминира принципом придруживања.“ По томе право грађења „саставни је дио ствари и дијели правну судбину главне ствари, првенствено ради правне сигурности и олакшавања правних послова“. Другим ријечима, право грађења са земљиштем чини правно јединство. С друге стране, право грађења као „умјетна некретнина“ раздваја све оно што се налази на праву грађења од земљишта. То значи да „власник зграде и власник земљишта нису нужно идентични“. Слиједом тога, законодавац је дао рјешење, које одговара неком облику прелазног рјешења по питању принципа акцесорности. Због тога, стичемо дојам „да припаци дијеле судбину главне ствари“ иако су одвојена правом грађења од земљишта. „То је особито важно за власника земљишта, јер дефинира који објекти унутар вертикалних и хоризонталних граница припадају власнику некретнине.“ На тај начин, „земљиште и зграда добивају своју правну судбину“.

Дакле, „за земљиште то значи, да је власништво над земљиштем, подложно законским ограничењима, укључујући све зграде, насаде и изворе (суперфициес соло цедит, чланак 667 ст.2. Швицарског грађанског законика).“ С друге стране, „начелом акцесорности нису обухваћене монтажне грађевине које ће бити подигнуте без намјене сталног повезивања на туђем земљишту (члан 677. Швицарског грађанског законика).“ То значи да се постављањем монтажног објекта на туђем земљишту не може стећи власништво или остварити сврха права грађења.

Закључујемо, „у начелу, тј. осим неких изнимки, земљиште, зграде, насади или извори на њему не могу имати различите власнике.“ Законом је учињена изнимка поводом права служности грађења. У том случају, „примјена начела акцесорности је обавезна и „подложна је законским ограничењима“ (чланак 667 ст.2. Швицарског грађанског законика). Та правна ограничења доводе до елиминације начела акцесорности, тако да зграде, насади или извори могу имати неовисно власништво од власника земљишта.“

Дакле, швицарски законик познаје изузетке од акцесорности кад је у питању подизање зграде на праву служности грађења, затим код трајни насада (нпр. воћњака), те извора у случају када су они оправдани као служност. С друге стране, без обзира на овај изузетак, постоји такозвана „латентна акцесорност“ у случају међусобног уговарања права прече купње „с циљем обједињавања зграде ако је могуће са земљиштем (принцип акцесорности) и спрјечавања једне од двије странке да добије неприкладну уговорну странку“.

4. ОСНИВАЊЕ, ТРАЈАЊЕ И ПОВРАТ ПРАВА ГРАЂЕЊА

Уобичајено је да се право служности грађења оснива правним послом. Правни посао о успостави права грађења за његово настајање потребно је да буде јавно потврђен. Ако се право грађења оснива уз накнаду, и уписује у земљишне књиге, потребна је јавна овјера. Дакле, правни посао је само основ за стјецање права служности грађења, а упис у земљишне књиге претпоставка за настанак.

Уговорне одредбе којим се оснива право служности грађења обавезно садрже одредбу о садржају и опсегу права служности грађења, као што је положај, облик, опсег и сврха зграде и кориштење неизграђених површина које користе за њену редовну употребу. Ове одредбе су обавезујуће како за стицаоца тако и за власника оптерећене некретнине. Осим тога, уговор садржи и друге обавезе као што је трајање права грађења, или обавеза накнаде за кориштење права грађења, поврата са или без плаћања накнаде за подигнуту зграду

и томе слично. Другим ријечима, уговор о праву грађења укључује права и обавезе између странака, као и одредбе које имају стварне учинке након уписа у земљишне књиге, тј. одредбе које дјелују према свима (erga omnes). Уговорне стране могу споразумно одредити и друге одредбе уговора које се уписују у земљишне књиге. На примјер, то може бити право прече купње које се оснива у корист стицаоца права грађења или власника земљишта.

„За успостављање несамосталног права служности грађења примјењују се опћа правила о успостави ограничених стварних права.“ „Према начелу каузалитета, правно ваљан је обавезујући споразум (уговор о служности) и располагање (потребан упис у земљишне књиге чланак 731.ст.1. Швицарског грађанског законика).“ Сам „упис у земљишне књиге је конститутиван; тј., без важећег уписа не може настати служност (чланак 971.ст.1. Швицарског грађанског законика).“ „За уговор о служности довољно је према важећем праву писмена форма (чланак 732 Швицарског грађанског законика, чланак 19.ст.2. Уредбе о земљишним књигама од 22. фебруара 1910. године).“ Усмено закључен уговор о праву грађења је неважећи и не настаје никакво стварно право.“ „Ово се односи и на стварне служности (чланак 732. Швицарског грађанског законика), а због законског упућивања на чланак 781.ст.3. Швицарског грађанског законика, то се односи и на особне служности.“

„Што се тиче садржаја уговора о служности примјењује се чланак 779б. Швицарског грађанског законика, са дејством, да уговорне одредбе произведу стварне учинке (erga omnes).“

Право служности грађења као самостално право може бити основано највише на 100 година. Оно се може обновити на нових сто 100 година у било којем тренутку, али не после гашења и брисања из земљишне књиге.

Право грађења престаје истеком времена на које је основано или у ванредним околностима пријевремено. У случају престанка права служности грађења изграђена грађевина се преноси на власника земљишта као припадност његовог земљишта.

Несамостално право грађења завршава по истеку уговореног трајања (редован поврат, чланак 779ц. Швицарског грађанског законика).“ С друге стране, „правила о пријевременом поврату (чланак 779 ффф. Швицарског грађанског законика) примјењива су само код самосталног права грађења, то јесте, ово се не односи на стварне служности и на редовне особне служности“. Другим ријечима, уколико носитељ права служности грађења грубо прекорачи његова стварна права или крши уговорне обавезе, власник земљишта може тражити пријенос права служности грађења са свим правима и теретима на себе. То је пријевремено укидање права служности грађења у односу на носитеља права грађења, са посљедицом пријеноса права грађења на власника земљишта. У овом случају наступа консолидација права грађења, јер се власник земљишта сједињује с идентитетом имаоца права грађења. На тај начин настаје специфичан облик права грађења који се у теорији назива „власничким правом грађења“.

5. МОДЕЛИ ПРАВА ГРАЂЕЊА

У швицарском праву уобичајено је да се право грађења оснива по моделу несамосталног права грађења или по моделу самосталног и трајног права грађења.

Несамостално право грађења се разликује од самосталног права грађења по томе што је основан било у корист доминантног земљишта или у корист одређене особе или да се успоставља на раздобље краће од 30 година. Грађевине и остали објекти, на туђем земљишту, утемељени или на други начин трајно повезани на или испод површине са земљиштем, могу имати посебног власника, ако се њихов објект упише у земљишне књиге као служност. Искључена је могућност успоставе права грађења на посебним дијеловима зграде.

Самостално право грађења за разлику од несамосталног права грађења оснива се у корист доминантног земљишта. Власник доминантног земљишта има право остварити право грађења. То се, прије свега односи, на право грађења ради подизања грађевине на властитом земљишту, а у одређеним ситуацијама дозвољеним од

стране правног поретка и на туђем земљишту. Док, с друге стране, право грађења може бити основано у корист „одређене особе“. Тој „одређеној особи“ правни поредак даје овласти да на туђем земљишту подигне или одржава зграду, за неко вријеме и уз одређену накнаду за кориштење земљишта.

Трајно право грађења се оснива најмање на раздобље од 30 година. Ако је право грађења самостално и трајно, оно може на писмени захтјев стицаоца бити уписано у земљишне књиге као земљиште. Дакле, право грађења је самостално и трајно ако се може пренијети на друге особе, и ако се уговара на период који не може бити краћи од 30 година нити дужи од 100 година. Поред тога, за разлику од неких других стварних права, самостално и трајно право грађења је могуће као земљиште оптеретити хипотеком и правом служности.

5.1. Несамостално право грађења

Несамостално право грађења („*unselbständige Baurecht*“) по својој природи најближе је праву служности. Због тога је оно „значајно за пољопривреду“. Ово право грађења је прописано чланком 675. Швицарског грађанског законика. „Грађевине које су чврсто и трајно спојене с тлом могу бити под режимом посебног власништва које одступа од власништва над земљиштем, кад је њихов објект уписан у земљишне књиге као служност (чланак 675. ст.1. Швицарског грађанског законика).“

Законодавац је предвидио да „право грађења егзистира кроз два облика: као самостално земљиште уписано у земљишној књизи и трајно право које није уписано у земљишној књизи-право грађења.“

Због сложене конструкције „примјена закона на подручју несамосталног права грађења изузетно је захтјевна.“ Наиме, „то значи, да се прије свега требају узети норме о праву служности.“ У примјени „за стварне служности то су чланци 730, до 744. Швицарског грађанског законика, те за право грађења као особне служности чланак 781. Швицарског грађанског законика, а у недостатку опћег дијела о праву служности-примјењују се одредбе о стварним служностима

(чланак 781. ст.3. Швицарског грађанског законика).“

Осим тога, „ту су и чланак 675. Швицарског грађанског законика, те чланци 779. до 779л. Швицарског грађанског законика, који се у начелу примјењују за основне – као и на особне служности. „Међутим, чланак 779а. фф. Швицарског грађанског законика не може бити примјењен на стварну служност.“ То значи да су „неке од ових одредби изричито ограничене на самостално и трајно право грађења, па су примјењиве само за неправилне особне служности.“

“Право грађења има оба елемента: право служности и власништва.“ У првом реду, „имаоцу права грађења даје се овлаштење да на туђем (послужном) земљишту подигне зграду“. У другом реду, „он постаје власник зграде, али не и послужног земљишта“. У случају кад се „ималаца права служности налази на мјесту власника зграде одговара положају власника земљишта.“

Законодавац је предвидио могућност да „земљиште може бити оптерећено са служношћу у складу с чланком 655. Швицарског грађанског законика, у случају да су уписана у земљишне књиге (члан 943. Швицарског грађанског законика).“

За успоставу права грађења као некретнине потребно је извршити „упис у земљишне књиге као самостално и трајно право - *ins Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauerenden Rechte als Grundstücken*, према чланку 943. ст.1. точ.2. Швицарског грађанског законика („*Unterbaurecht*“) или као сувласнички дио на земљишту-*an Miteigentumsanteile an Grundstücken* (чланак 943. ст.1. точ.4. Швицарског грађанског законика.“ Ово изазива специфичну реакцију правне струке у смислу „је ли контроверзно право грађења као служност на рачун више парцела земљишта (јединствено право грађења-*Gesamtbaurecht*)“, јер „законска структура служности (између осталог, чланак 730. Швицарског грађанског законика као основна норма) говори против тога.“

„Предмет права грађења према чланку 675. ст.1. Швицарског грађанског законика могу

бити грађевине и други уређаји „уграђени на туђем земљишту, зазидани, или на други начин трајно на или испод површине земље повезани“. Међутим, за предмет права грађења не могу се узети објекти који немају трајну намјену.

Наиме, „право грађења представља трајну повезаност с тлом у односу на зграду и минималну структурну и функционалну неовисност.“ Оно је фиксирано у односу трајне везе између зграде и природног земљишта као да је и само земљиште. Дапаче, веза између права грађења и подигнуте зграде је монолитнија и јача, него природна веза између зграде и природног земљишта.

Успостава права грађења на посебним дијеловима зграде „је искључена (чланак 675. ст.2. Швицарског грађанског законика).“ Ово „исто вриједи и за право грађења у односу на дијелове зграде који немају конструктивну и функционалну цјелину.“

Поред тога, предмет права грађења могу бити „подземна дјела“ („unterirdische Werk“).

„Међутим, пука трансформација земљишта не подразумејева право грађења.“ Дакле, право грађења не настаје без основне сврхе, а то је подизање грађевине и стицање власништва на згради која је предмет права грађења, а не природног земљишта. То значи, да уколико иматељ права грађења не би у неком одређеном року подигао зграду, власник земљишта може тражити да се укине право грађења и поврат земљишта од стицаоца права грађења, јер се није остварила сврха оснивања права грађења.

5.1.1. Оснивање несамосталног права грађења као стварне служности

Одредбама грађанског законика предвиђено је да се „несамостално право грађења може основати као стварна или особна служност.“

Несамостално право грађења као „стварна служност се одликује судјеловањем двију парцела: једна послужна (са теретом права грађења) и једна доминантна парцела на којој власник има право грађења (чланак 730. Швицарског грађанског законика).“

Због тога важи правило да се „пријенос права грађења као стварне служности врши искључиво продајом доминантне парцеле.“ То значи, „као резултат тога, иако је конструкција права грађења увијек преносива, пријенос никада није могуће одвојити од доминантне парцеле.“ Другим ријечима, право грађења се не може одвојити од земљишта на којем је основано као служност.

Право грађења као стварна служност према опћим правилима о стварним служностима „може се успоставити на ограничено или одређено вријеме.“ Али, максимално трајање од 100 година за самостално и трајно право грађења које је предвиђено чланком 779л. Швицарског грађанског законика није примјењиво на несамостално право грађења. Међутим, то не значи да је за овај случај права грађења „увијек дозвољено неодређено вријеме“ његовог трајања. Дапаче, законодавац је предвидио низ ограничења да би се овај случај права грађења остваривао на „неодређено вријеме“.

5.1.2. Оснивање несамосталног права грађења као особне служности

Оснивање несамосталног права грађења као особне служности у пракси и теорији изазвао је низ дилема, о којима ћемо дјелимично расправити у наставку овог рада.

Наиме, „често се у пољопривредној пракси право грађења налази као особна служност у форми стварне служности.“ С друге стране „у првом плану стоје физичке особе (чланак 11фф. Швицарског грађанског законика) у особи закупца.“ Међутим, то не пријечи да се несамостално право грађења као особна служност оснује и у „корист правне особе (чланак 52фф. Швицарског грађанског законика)“, међутим, као такви се ријетко сусрећу у „пољопривреди“. Осим тога, несамостално право грађења у виду особне служности може бити основано и у корист „друштвених особа“.

Несамостално право грађења као стварна служност разликује се од особне служности по томе што код њега постоји „доминантна парцела“, а код особне служности „нема

доминантне парцеле.“ „Према томе, особа која има право из особне служности нема потребу бити власник земљишта.“

У правилу особне служности се не могу преносити и наслиједити. Међутим, „ако се странке не договоре другачије, особна служност као право грађења је преносива и наслеђна (чланак 779. ст.2. Швицарског грађанског законика).“ „У овом случају говори се о неправилној особној служности.“ У случају „ако је пријенос права служности грађења искључен, тада говоримо о правилној (редовној) особној служности.“

Први случај, јесте “пријенос несамосталног права грађења основаног у пољопривредну сврху путем закупа.“ У том случају пријенос подлијеже правилима о закупу пољопривредног земљишта.

Други случај „пријеноса несамосталног права грађења“ врши се у поступку наслеђивања.“ У овом случају поред опћих правила примјењују се и посебна правила о наслеђству. Право грађења увијек је наслеђно ако се може преносити.

„У науци осмишљена је тврдња да се право грађења може пренијети као особна служност и без основа за упис у књигу.“ „Такођер, овај покушај слиједи и Савезни суд“. Међутим, с обзиром на начело публицитета, резервирање у том смислу је оправдано.“ Ово се нарочито односи на „некретнине за које земљишнокњижни упис има важну улогу код настајања стварних права.“ Прије свега, овдје се мисли на чињеницу да “правни систем то наглашава, допуштајући било коме да затражи информације о правима на земљишту, и без оправдања интереса (чланак 970.ст.3. Швицарског грађанског законика, чланак 106а. ст.1.точ.б. Уредбе о земљишним књигама).“ Због чега сматрамо да је нужно да се „особне служности уписују у земљишне књиге (чланак 942.ст.2. Швицарског грађанског законика) као и њихови титулари (чланак 35.ст.2/д. Уредбе о земљишним књигама)“ Међутим, уколико се пријенос учини ванкњижно, он „води до чињенице да након пријеноса особне служности уписане у земљишној књизи иматељ особне служности није више власник зграде, а да истодобно нови власник није видљив из

земљишне књиге.“ У том случају начело публицитета постаје бесмислено.

Што се тиче облика пријеноса особне служности, важе опћа правила као и код пријеноса други „права“. То значи да постоји „обавеза склапање уговора“ (чланак 165. Закон о облигацијама).“ За поједностављивање пријеноса несамосталног права грађења, „по мишљењу Wolfersa“ достатна је само изјава пред земљишнокњижним уредом .“

Осим тога, важно је истаћи да „законско право прече куповине према чланку 682. ст.2. Швицарског грађанског законика није примјењиво на несамостално право грађења.“ Такођер, „питање ограничења особне служности мања је код редовног случаја, јер је непреносива особна служност у корист физичке особе, будући да се служност гаси смрћу овлаштене особе.“ „Међутим, у случају оних у корист правних особа или у случају преносивих особни служности, важно је узети у обзир временско ограничење које се примјењује на служностима.“

5.2. Самостално и трајно право грађења

Самостално и трајно право грађења је најчешћи случај оснивања права грађења у швицарској пракси, а у појединим кантонима и једини случај.

Самостално и трајно право грађења се уписује у земљишне књиге као земљиште.

На самостално право грађења у потпуности се примјењују „чланци 779 до 779л. Швицарског грађанског законика, као и основна норма из чланка 675. Швицарског грађанског законика.“

Поред тога, „на самостално право грађења уписано у земљишној књизи као земљиште, и надаље се морају поштовати релевантне норме за земљиште, посебно чланак 655. Швицарског грађанског законика (предмет), чланак 656. Швицарског грађанског законика (стицање) и чланак 682. ст.2. Швицарског грађанског законика (право прече купње).“

С друге стране, за самостално право грађења се каже да је „служност (неправилна особна служност), због чега се и одговарајуће норме о служности требају разматрати (чланак 781.

Швицарског грађанског законика и чланак 730 до 744. Швицарског грађанског законика као „опћи дио“ особни служности).“

Међутим, „право грађења постоји као самостална служност у смислу чланка 779. ст.3. Швицарског, иако није основано у корист доминантне парцеле, нити је искључиво основано у корист одређене особе (чланак 7. ст.2. точ.1. Уредбе о земљишним књигама).“

Дакле, „самостално и трајно право грађења, стога никад није стварна служност или редовна особна служност, али је увијек неправилна (преносива) особна служност.“ То значи да се самостално и трајно право грађења додјељује по моделу „неправилних особних служности“.

Због тога, „у мањој мјери допуштено је ограничење пријеноса, с тим да на тај начин право грађења губи своју самосталност.“ Ако се деси ограничење пријеноса, а то може бити „у случају да странке у уговору о праву грађења учине овисним пријенос уз сугласност даватеља права грађења, то је тада чисто обавезна клаузула.“ Дакле, ограничење пријеноса производи учинке обавезатне природе, а не стварне ефекте међу странкама. Због тога, уред за вођење земљишне књиге „нема право нити је дужан уписати постојање сугласности у земљишне књиге.“

“Право грађења је трајно“ у смислу чланка 779. ст.3. Швицарског грађанског законика, када је основано на раздобље које не може бити „мање од 30 година или је непознато вријеме његовог довршетка (чланак 7. ст.2. точ.2 Уредбе о земљишним књигама).“

Такођер, „ваља напоменути, да се самостално и трајно право грађења не уписује у земљишне књиге по аутоматизму.“ Упис самосталног и трајног права грађења увијек захтјева писани захтјев стицаоца права грађења (чланак 7.ст.1. и чланак 13. Уредбе о земљишним књигама).“

Упис права грађења у земљишне књиге „на темељу законске фикције- постаје земљиште у смислу законика (чланак 655. ст.2. точ.2. Швицарског грађанског законика, чланак 943. ст.1. точ.2. Швицарског грађанског законика) и може се оптеретити хипотеком (чланак 796. ст.1. Швицарског грађанског законика).“

„Међутим, упис у земљишне књиге не значи да се самостално право грађења третира као земљиште у сваком погледу.“ Његове сличности са земљиштем огледају се у „стјецању, губитку, пријеносу или оптерећењу.“

„Форми правног пријеноса права грађења уписом у земљишне књиге одговара онај за земљиште: она захтјева јавну овјеру (чланак 675. ст.1. Швицарског грађанског законика) и (конститутивни) упис стјецатеља у земљишне књиге (чланак 656. ст.1. Швицарског грађанског законика).“

„Власник оптерећеног земљишта са самосталним и трајним правом грађења има законско право прече купње права грађења (чланак 682. ст.2. Швицарског грађанског законика).“

„Заузврат, стицалац права грађења има право прече купње оптерећеног земљишта, али само „у мјери у којој то остварује остваривањем његовог права“ (чланак 682. ст.2. Швицарског грађанског законика), што резултира правом прече купње у дијелу оптерећеног земљишта.“ „Уз јавну потврду, ово законско право прече купње се може искључити или измијенити (чланак 681.б (1) Швицарског грађанског законика).“ „Ако ова измјена права прече купње има дејства на било којег власника земљишта, тада се може договорити да буде забиљежено у земљишне књиге.“ Такођер, уговор о забиљежби („Vormerkung“) подлијеже форми јавне исправе (чланак 71а. ст.2. Уредбе о земљишним књигама).“

“Уговор о оснивању самосталног и трајног права грађења захтијева да јавна потврда буде ваљана (чланак 779а. Швицарског грађанског законика).“ Другим ријечима, уговор о праву грађења мора бити састављен у писаној форми и потврђен од стране јавног биљежника.

Уговор о праву грађења је правни основ за стицање самосталног и трајног права грађења. То значи, „у складу с овим формалним захтјевом, који је предувјет да се изврши упис у земљишне књиге (чланак 965.ст.3.Швицарског грађанског законика,чланак 19.ст.1. Уредбе о земљишним књигама и у свези са чланком 18.ст.1/а. Уредбе о земљишним књигама)“ наступају законске претпоставке за настанак права грађења.

„Уговорне одредбе о садржају и опсегу права грађења производе учинке стварног права (чланак 779б.Швицарског грађанског законика)“, и то по упису права грађења у земљишне књиге.

С друге стране, „уговор о праву грађења, садржи одредбе које производе само учинке обавезног права.“ У том случају, уговорне стране се могу обавезати да ће и „такве клаузуле пренијети на правне сљедбенике.“

Код закључења уговора о праву грађења није нужно да се уговори „накнада за право грађења.“ То значи да се право грађења може основати и без накнаде.

Самостално и трајно право грађења престаје истеком рока. То се остварује „на крају договореног трајања или након истека законског максималног раздобља трајања од 100 година (чланак 779.ст.1.Швицарског грађанског законика), ипсо иуре се гаси, и престаје се понашати као земљиште у смислу чланка 655. Швицарског грађанског законика.“

По истеку рока „власник оптерећеног земљишта може (чисто декларативно) тражити брисање права грађења, уколико то није учињено по службеној дужности (чланак 976. ст.1. Швицарског грађанског законика).“

Све што је припадало праву грађења, као што су зграде „постаје дио оптерећеног земљишта као резултат ревитализације начела акцесорности (чланак 779ц. Швицарског грађанског законика, а у свези с чланком 667. ст.2. Швицарског грађанског законика).“

„Такођер, са гашењем права грађења, гасе се сва права створена у корист или на терет послужног земљишта (нпр. служности, хипотеке); она неће бити пренијета на даваоца права грађења.“

По предаји или касније „власник земљишта дугује стицаоцу права грађења адекватну накнаду за постојеће грађевине (чланак 779д.ставак 1.Швицарског грађанског законика).“

Прије истека рока трајања права грађења или касније „сви споразуми морају бити састављени у форми јавне исправе, и могу се уписати у земљишне књиге (чланак 779е. Швицарског грађанског законика, чланак 71б.ст.2. Уредбе о земљишним књигама).“ Прије свега, на овом мјесту се мисли на хипотекарне вјеровнике

који уживају посебну заштиту у смислу чланка 779д. ст.1. Швицарског грађанског законика, „која им даје предност наплате из накнаде за уступљену грађевину (чланак 779д. ст.1.Швицарског грађанског законика).“ Ако се хипотекарни вјеровници не могу наплатити или осигурати своју наплату, они имају могућност заснивања нове хипотеке „(„заложни ланац“) у року од три мјесеца од гашења права грађења (чланак 779д.ст.1 и 2. Швицарског грађанског законика).“ Међутим, ова могућност у пракси је врло ријетка, с обзиром да је за оснивање нове хипотеке „потребна сугласност“ у смислу члана 779д.Швицарског грађанског законика.“

Иматељ права грађења може изгубити самостално и трајно право и прије истека рока. У том случају кажемо да се ради о пријевременом поврату. „Разликовање пријевременог поврата од уобичајеног редовног поврата, је у том што произилази из једностраног отказивања уговора од стране власника земљишта.“ У том случају примјењују се „одговарајуће одредбе из чланка 779ф.фф Швицарског грађанског законика које су обавезујуће по својој природи.“

Дакле, пријевремени поврат може тражити власник земљишта, када носитељ права грађења озбиљно чини повреду уговорених обавеза. „То прије свега постоји када овлаштеник „прекорачује своје стварно право“, употребљава грађевину супротно договору или њеној намјени.“

Поред тога, кршење обавеза постоји „и у случају из чланка 779ф. Швицарског грађанског законика“, као и у случају кад је „објективно неразуман наставак уговореног односа за власника земљишта.“

Међутим, „да ли је неопходна одговорност, постоје протурјечне расправе у науци.“ Ако јесте, власник земљишта се не би могао позвати на „објективне“ разлоге за отказивање уговора. Због тога, „тешко је замисливо сложити се са мишљењем да озбиљно кршење настаје без кривње.“ Дакле, само „озбиљно кршење уговорних обавеза“ има за последицу „пријевремени поврат“. А која су то „озбиљна кршења“ просуђује се у сваком конкретном случају.

Остварење пријевременог поврата врши се на начин и у обиму који одговара правилима „из чланка 107 Закона о облигацијама“.

Код пријевременог поврата, „за разлику од уобичајеног редовног поврата, пренос на власника земљишта врши са свим правима и теретима (чланак 779г.ставк 1.Швицарског грађанског законика).“

Такођер, „за разлику од редовног поврата, употреба права служности грађења и даље остаје и постаје властито право грађења у смислу чланка 733. Швицарског грађанског законика.“

Извршењем поврата, „власник дугује имаоцу права грађења накнаду за подигнуту зграду, чије плаћање или јамство је предувјет за пријенос (чланак 779г. Швицарског грађанског законика).“ Накнада овиси од употребне вриједности зграде. Уколико су потребне поправке на згради да би се учинила употребном, у том случају за утврђивање накнаде узима се у обзир „објективна вриједност зграде (тржишна вриједност) и субјективна кривња имаоца права грађења која може довести до смањења накнаде“ (чланак 779г.ст.1.Швицарског грађанског законика).“

6. ПРАВНА ПРИРОДА

По својој правној природи право грађења приближава се тези да је ово право служност, те се оно у швицарском праву и назива право служности грађења. Ова теза има своје упориште у рјешењу које је дао законодавац када је право грађења сврстао у служности. Међутим, оно се данас у савременом праву Швицарске све снажније испољава као посебно самостално право које ужива сва обиљежја која га издвајају из служности, па се за њега може рећи да је то посебно стварно право које се у коначници све више приближава садржају права власништва него праву служности. У прегледу литературе која нам је данас доступна налазимо и тезу да је право грађења „право куповине“, другим ријечима, право грађења се сврстава у послове који одговарају куповини, дајући му обиљежја релативног права.

Право грађења као реална облигација „је обавеза“, то јесте, не представља „стварно право“. Али, учинци права грађења као реалне облигације, „унаточ својој сасвим другачијој

правној природи, близу су оним стварног права“. То се дешава „јер одређују садржај права грађења и предмет реалне облигације с обавезом која ограничава власника земљишта и имаоца права грађења у слободи стварне доминације једне особе преко једне ствари („Sachherrschaft“), било у њиховом праву употребе или у њиховом праву располагања“. Због тога, је реална облигација посебна „врста ограничења“, јер има „сличан учинак као стварно право“. „Стога је исправно кад се каже да право грађења не представља више само служност, и да је начело чисте стварноправности сломљено.“ Док с друге стране, „уговорна слобода уговора је укључена у институт стварног права“. Због чега, право грађења поприма неки вид конструкције стварног права и прије него што је уписано у земљишне књиге, било да је то неки од облика служности или некретнина у форми законске фикције као земљишта.

Дакле, у праву грађења налазимо елементе служности и квалифицирани облик земљишта. То нас наводи на закључак да је право грађења формација с двоструком правном природом у односу на друга стварна права. Због тога се оно уписује у земљишне књиге као ограничење туђег земљишта у форми служности, а с друге стране у „посебном листу“ земљишне књиге успоставља се као земљиште са преносивим правом на изградњу и одржавање зграде, чије трајање не може бити краће од 30 година нити дуже од 100 година. Стицалац права грађења (у односу на зграду) у великој мјери има положај власника земљишта (на примјер он на згради може основати хипотеку), а с друге стране има положај носитеља права служности.

Закључујемо, да право грађења по швицарском моделу у одређеној правној конструкцији дјелује с двоструком правном природом, у првом реду као право, а затим и као некретнина. Као право дијели судбину служности на земљишту, а у односу на зграду судбину власништва. Те судбину умјетне некретнине све док постоји у форми фикције наспрам природног земљишта (случај код самосталног и трајног права које се уписује у земљишне књиге као земљиште).

С обзиром на то да се у једном ограниченом времену носилац права грађења по обиму овлаштења приближава положају власника

земљишта, то се за право грађења може рећи да је оно по својој правној природи посебно власништво, без обзира на чињеницу што се уписује у земљишне књиге као служност и земљиште.

7. НЕКЕ СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ С НАШИМ ПРАВОМ

Наше право грађења се третира као ограничено стварно право. По свом садржају оно се издваја од други стварних права својом двоструком правном природом. У првом реду као ограничено стварно право, а затим као некретнина. Ове одлике нашег права грађења сличне су одликама швицарског права које му даје својство двоструке правне природе.

Међутим, швицарско право се разликује од нашег права кад је у питању ограничење трајања, јер се право служности грађења оснива на најмање 30 година а највише на 100 година (самостално и трајно право грађења), уз могућност обнове, за разлику од рјешења у нашем праву које не ограничава вријеме трајања права грађења, другим ријечима, оно се може основати на неограничено вријеме.

Због тога, наш облик права грађења који се оснива на неограничено вријеме поприма сва обиљежја која ужива установа права власништва, с обзиром на то да особа која је носилац права грађења је и власник зграде која је припадност тог његовог права на неограничено вријеме.

Такођер, наше право сличи моделу права грађења у Швицарској које се оснива у форми особне служности, јер у нашем праву важи правило да особа која је носилац права грађења има овлаштења и дужности плодуживаоца на земљишту које је оптерећено правом грађења. Ову сличност с нашим правом налазимо у чињеници да се модел сталног и трајног права грађења оснива као неправилна особна служност, двоструким уписом у земљишној књизи.

У нашем праву прописано је да се право грађења не може одвојити од земљишта које оптерећује. Слично рјешење подржава и швицарско право

кроз усвојени принцип акцесорности, која се „латентно“ протеже и на зграду подигнуту на праву грађења за случај уговарања међусобног права прече купње. Осим тога, остварује се и кроз пријевремени поврат права грађења, када власник земљишта замјењује по положају имаоца права грађења.

Наше право прописује да се право грађења може отуђити и наслиједити као и право (на)некретнини, ако законом није другачије одређено. Слично рјешење даје и швицарски пропис који утврђује да се право грађења може пренијети или наслиједити, ако није што друго уговорено.

Код утврђења накнаде за кориштење права у нашем праву полазиште је закупнина, а нешто слично томе је и рјешење у швицарском праву које одређује накнаду као неку „врсту најамнине за право грађења“. По швицарском праву накнада за кориштење права грађења може се забиљежити у земљишну књигу. Осим тога, по швицарском праву дозвољено је да се као вид осигурања оснује хипотека на праву грађења за случај кршења обавезе плаћања накнаде. Наше право нема одредби о томе, али то не значи да се на такав начин не могу уредити односи између власника земљишта и имаоца права грађења, под увјетом да се наруши природа права грађења или спријечи подизање грађевине.

Наше и швицарско право даје могућност да странке уговоре право прече купње, и то за власника земљишта право прече купње права грађења, а за имаоца права грађења право прече купње земљишта. По нашем и швицарском праву, право прече купње се може уписати у земљишне књиге. Швицарско право за разлику од нашег права предвиђа и посебан облик законског права прече купње.

Осим горе наведеног постоје и друге сличности и разлике које овдје нису наведене, а између осталог се односе на оснивање права грађења, редовног или изванредног поврата, гашења права грађења и осталог.

9. ТЕНДЕНЦИЈЕ У ДАЉЕМ РАЗВОЈУ УСТАНОВЕ ПРАВА СЛУЖНОСТИ ГРАЂЕЊА

Класични модел права грађења који се примјењивао у швицарском праву доживио је крајем двадесетог стољећа значајније промјене. Наиме, у „Швицарској“, све до 1987. године, модел класичног права грађења био је једини модел у Швицарској који је пронашао примјену у пракси“. „Након 1987. године на подручју кантона Зүрцха и Басела уведени су у примјену и други модели права грађења.“ Ова пракса се пренијела и на друге кантоне.

На примјер, „модел партнерства“ („partnerschaftliche Modell“), који је развијен у Баселу и углавном се користи у кантону Basel-Stadt und Basel Land“ дао је изванредне практичне резултате. „Због доброг искуства с овим моделом права грађења, он се све више данас користи у другим кантонима.“ С друге стране, „Grad Zürich као уступилац ослања се на класични модел права грађења који се непрестано развија.“ Због тога се стјече дојам да је овај „модел у Zürichу превладао у пракси“.

Међутим, оно што се замјећује у швицарској пракси јесте чињеница да се све мање примјењује установа права грађења. Зато се данас у теорији и пракси швицарског права поставља једноставно питање које „мора бити разјашњено због чега се модел права грађења тако ријетко примјењује“. С обзиром на то да се „опћине и кантони све више залажу за продају земљишта у посљедњих неколико година“.

Ова тенденција у пракси прометовања земљишта од стране опћина и кантона по нама неће угрозити постојање права грађења и његову примјену код располагања са јавним земљиштем. Дапаче, оно ће и даље бити атрактивно, с обзиром на његову приступачност за оне слојеве друштва који не могу издвојити пуну цијену за куповину земљишта како би градили кућу. То се исто може рећи и за пословне инвестиције, јер би плаћањем пуне цијене земљишта на дугорочно негативно

утјецало на нове инвестиције у изградњи пословних зграда или зграда за колективно становање.

ЗАКЉУЧАК

Швицарски модели права грађења, за разлику од модела у упоредном праву се суштински разликују по начину оснивања, трајања, гашења и положаја у односу на друга стварна права.

Хармонизација прописа у области промета с некретнинама, а све у циљу стварања правне сигурности, како у упоредном праву, тако и у нашем праву, намеће потребу да се о праву грађења поведе расправа о његовој примјени у пракси као и расправа у стручним и научним круговима, те на тај начин да му се да практична односно теоријска димензија у односу на друга имовинска права.

Због тога, овај рад разматра право служности грађења као правну стечевину заједно с другим моделима права грађења изграђеним на матрици модерног еуропског грађанског права. У том циљу овај рад промиче идеју потребе да се изгради матрица на темељу које би се извршила унификација грађанског права у области промета с некретнинама, а у чему право грађења има важну улогу.

То је уједно и водиља изградње грађанског права у транзицијским земљама у које спада и наша земља. Наиме, да би се остварили циљеви трансформације грађанскоправних односа у земљама транзиције, односно ојачали ресурси за економски развој, уведена је установа права грађења.

Закључујемо, увођењем нових инвестиција на бази располагања са земљиштем кроз примјену установе права грађења може бити врло повољно рјешење у свим транзицијским земљама, као и за нашу земљу. Једно од таквих рјешења јесте модел швицарског права грађења и представљен је у овом раду.

Претпроцесни трошкови парничног поступка

Сажетак

Предмет рада су претпроцесни трошкови парничног поступка, односно трошкови који настају у поводу парничног поступка. Друга врста трошкова парничног поступка су процесни трошкови парничног поступка и они настају након покретања парничног поступка.

У раду је извршена подјела на претпроцесне трошкове на које странке имају право и на претпроцесне трошкове на које странке немају право. Странке имају право на слиједеће трошкове: трошкове обавезног претходног поступка у сврху мирног вансудског рјешења спора, трошкове састављања судских опомена прије покретања парничног поступка, трошкове поступка за осигурање доказа који је покренут прије парнице, детективске трошкове, трошкове прибављања приватног налаза и мишљења, трошкове прибављања правних мишљења врхунских правних експерата, материјалне трошкове, трошкове у вези са закључивањем уговора о пророгацији и трошкове дисциплинског поступка. Трошкови који не спадају у претпроцесне трошкове су: трошкови код мирног рјешавања спора који није услов за покретање парничног поступка и трошкови оштећеног у вези са остваривањем имовинскоправног захтјева у кривичном поступку.

У раду се закључује да је код одлучивања о претпроцесним трошковима правно релевантан њихов утицај на парнични поступак, да ли су настали како би довели до невођења парничног поступка или да омогуће доказивање правно релевантних чињеница у парници, али је немогуће предвидјети све трошкове који могу настати у поводу парничног поступка.

Кључне ријечи: парнични поступак, трошкови, претпроцесни трошкови, опомена за тужбу.

Summary

This work describes pre-trial costs of the civil proceedings, i.e. costs incurred on the before and for the civil proceedings. Another type of civil proceeding costs is the costs of civil procedure process and they occur after initiation of civil proceedings.

This work divided pre-trial costs to those which the parties have the right to and pre-trial costs to which the parties have no right. Parties are entitled to the following costs: the costs of mandatory preliminary procedure for the purpose of peaceful out of court settlement of

the dispute, the costs of drafting legal warnings before initiating civil proceedings, the costs of the proceedings for securing evidence that is initiated before the civil proceedings, detective costs, costs of obtaining private findings and opinion, the cost of acquiring legal opinions of legal experts, material costs, costs associated with the conclusion of the prorogation and the costs of disciplinary proceedings. Costs not included in the pre-trial costs are: costs for alternative dispute resolution which is not a condition for starting the civil process and costs of the litigation relating to impaired property claim in criminal proceedings.

This work concludes that in deciding on pre-trial costs, legally relevant is their impact on civil proceedings, if they are incurred in order to bring to the non-conducting civil proceedings or to provide proving the relevant facts in a case, but it is impossible to predict all the expenses that may arise in occasion of civil procedure.

Keywords: *civil proceedings, costs, pre-trial costs, warning of a lawsuit.*

УВОД

Трошковима парничног поступка најчешће се сматрају трошкови који су настали након покретања парничног поступка, док се занемарују трошкови који су настали прије покретања парничног поступка. Иако трошкови парничног поступка не представљају дио тужбеног захтјева, често одлучивање о надокнади трошкова парничног поступка представља сложено питање. Нису ријетке ситуације када је теже одредити надокнаду парничних трошкова него донијети одлуку о главној ствари. Ово се догађа из разлога што се одржи велики број рочишта, као и да законска рјешења не дају изричите одговоре на многа питања. Иако су предмет већине парница, осим у случају када није постављен захтјев за надокнаду трошкова, често постоје различити ставови за надокнаду трошкова, што доводи до различитих одлука судова, али и судија у истом суду. Надокнада трошкова поступка представља широко подручје, те су предмет овог рада претпроцесни трошкови из разлога што се овим трошковима у правној науци и судској пракси придаје мања пажња него процесним трошковима, због чега се

ријетко и потражују у парничном поступку, иако странке имају ове трошкове прије покретања парничног поступка.

1. ТРОШКОВИ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

Иако се често трошкови парничног поступка сматрају дијелом тужбеног захтјева, односно споредним тужбеним захтјевом, трошкови парничног поступка нису тужбени захтјев. Пресудом суд одлучује о захтјеву који се тиче главне ствари и споредних тражења, с тим да о тужбеном захтјеву суд у правилу одлучује на темељу усмене, непосредне и јавне расправе.¹ Међутим, трошкови поступка нису „споредна потраживања”, што произлази из наведене законске одредбе будући да се о захтјеву за надокнаду парничних трошкова одлучује и онда када их постави странка (тужени) која није поднијела тужбу и која уопће нема свог главног захтјева и споредних потраживања.² Према томе, дужност надокнаде парничних трошкова посебна је имовинскоправна обавеза прописана процесним законским одредбама и она је као таква независна од грађанскоправног односа о којем се води парница. Зато се на захтјев за трошкове поступка, за разлику од осталих

1 Члан 9. Закона о парничном поступку пред Судом Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, број 36/04, 84/07, 58/13 и 94/16 (у даљем тексту: ЗПП БиХ); Члан 4. Закона о парничном поступку Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине ФБиХ, број 53/03, 73/05, 19/06 и 98/15 (у даљем тексту: ЗПП ФБиХ); Члан 4. Закона о парничном поступку Републике Српске, Службени гласник РС, број 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13 (у даљем тексту: ЗПП РС); Члан 4. Закона о парничном поступку Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, Службени гласник БД, број 08/09, 52/10 и 27/14 (у даљем тексту: ЗПП БД БиХ).

2 Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 1367/14-2 од 12.07.2016. године.

споредних потраживања (као што су камате и слично), уз остало, не односе ни процесна правила о постојању парнице и преинаци тужбе. Из тога слиједи закључак да је захтјев за накнаду парничних трошкова самосталан захтјев о којем се, за разлику од главне ствари и споредних потраживања не расправља, већ се одлучује у складу са напријед прописаним процесним правилима. Уосталом, законодавац одлуку о трошковима разликује од других споредних потраживања која потичу из грађанскоправног односа о којем се води парница, јер се одлука о трошковима поступка у пресуди увијек сматра рјешењем, док се о споредним потраживањима везаним уз главни захтјев одлучује пресудом.

Према правној теорији, трошковима парничног поступка припадају судске таксе, издаци у вези са извођењем доказа, одржавањем рочишта ван судске зграде, издаци за огласе, лични трошкови странака и њихових заступника повезани с њиховим доласком у суд, трошкови за награду адвоката и других лица који на њу имају право; трошкови обавезног претходног поступка, вансудске опомене, ванпарнично осигурање доказа, ванпарничне нагодбе која није успјела, поштарина и остали издаци ради припремања за учествовање у парници, трошкови инциденталних поступака за одређивање привремених мјера, и др.³ Ове трошкове можемо подијелити на претпроцесне и процесне трошкове парничног поступка.

2. ПОЈАМ ПРЕТПРОЦЕСНИХ ТРОШКОВА ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

Према времену настајања трошкова у парничном поступку, парничне трошкове сачињавају издаци учињени у току или поводом поступка.⁴ Трошкови који су учињени у току поступка стално су присутни у судској пракси и у одређеној мјери су се искристалисала мишљења који се трошкови признају, а који не признају. Свакако

да и даље постоје различита мишљења у вези са досуђивањем одређених процесних трошкова парничног поступка, на примјер трошкова превоза адвоката. За разлику од трошкова који су учињени у току поступка, трошкови који су учињени поводом поступка нису често предмет захтјева за надокнаду трошкова парничног поступка. Ово прије свега из разлога што странке немају ових трошкова. Претпроцесни трошкови настају до подношења тужбе, с тим да сви трошкови у вези тужбе спадају у процесне трошкове парничног поступка. Претпроцесне трошкове можемо подијелити у двије групе, трошкове на које странке имају праву и на које немају праву. Према Пранчић, В.⁵ странке имају право на слиједеће трошкове: трошкови обавезног претходног поступка у сврху мирног вансудског рјешења спора, трошкови поступка за осигурање доказа који је покренут прије парнице, трошкови покушане судске нагодбе, детективски трошкови, трошкови прибављања приватног налаза и мишљења вјештака, трошкови прибављана правних мишљења врхунских правних експерата, трошкови прибављања процјене од сталних судских процјенитеља, трошкови у вези с прибављањем одговарајућих исправа, изласком на лице мјеста и ангажовањем судског тумача, трошкови у вези с ванпарничним поступцима, трошкови претходног извршног поступка и поступка осигурања и трошкови у вези са склапањем уговора о пророгацији, док у претпроцесне трошкове не спадају: трошкови вансудског остваривања захтјева, трошкови поступка за остваривање бесплатне правне помоћи и трошкови оштећеника у вези са остваривањем имовинскоправног захтјева у кривичном поступку. Према Чизмић, Ј.⁶ претпроцесни трошкови су најчешће издаци: за осигурање доказа, за неуспјели покушај нагодбе прије парнице, фотокопирање докумената, вансудске опомене, трошкови поступка настали пред неким другим органом који је рјешавао претходно питање, трошкови поштарине и остали издаци

³ Види: Пезо, В. (ур.) (2007) Правни лексикон. Загреб: Лексикографски завод Мирослав Крлежа. стр. 1635, 1636.

⁴ Члан 320. став 1. ЗПП БИХ; Члан 383. став 1. ЗПП ФБИХ; Члан 383. став 1. ЗПП РС; Члан 116. став 1. ЗПП БД БиХ.

⁵ Види: Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Вол. 47, бр. 4/2010, стр. 863.-885.

⁶ Чизмић, Ј. (2016) Коментар Закона о парничном поступку Федерације Босне и Херцеговине, 2. изд., Сарајево: Привредна штампа, стр. 1111.

ради припремања за учествовање у парници, трошкови проузроковани закључивањем уговора о пророгацији или о изабраном суду и слично. Мулабдић, С.⁷ у претпроцесне трошкове наводи: трошкове настале ради покушаја вансудског поравнања, трошкове опомене пред тужбу, трошкове плаћања поштарине.

3. ТРОШКОВИ КОЈИ СПАДАЈУ У ПРЕТПРОЦЕСНЕ ТРОШКОВЕ

Претпроцесне трошкове сачињавају издаци учињени поводом поступка, што указује на велики обим ових трошкова. Радње које је потребно да странке подзму поводом поступка зависне су од позитивног права битног за рјешавање спора. Поједини трошкови који у одређеном случају нису претпроцесни трошкови, могу постати претпроцесни трошкови ако постану трошкови учињени поводом поступка. Код коначног доношења претпроцесних трошкова одлука се доноси заједно са одлуком о процесним трошковима, с тим да је основно правило успјех странки у парници.⁸ У наставку ће бити наведени трошкови који спадају у претпроцесне трошкове.

3.1. Трошкови обавезног претходног поступка у сврху мирног вансудског рјешења спора

Одредбама закона о парничном поступку, другим законом или правним прописом у одређеним случајевима може бити прописано да је услов за покретање парничног поступка подузимање одређене правне радње, на примјер покушај мирног рјешавања спора. Трошкови за подузимање радње која представља процесну претпоставку за вођење парничног по-

ступка, свакако представљају трошкове који су настали у поводу тог поступка, слиједом чега ове трошкове странци треба признати као парничне трошкове.⁹ На примјер, у Републици Хрватској (у даљем тексту: РХ) према одредби члана 186а. став 1. Закона о парничном поступку РХ¹⁰ (у даљем тексту: ЗПП РХ) прописано је обавезно подношење захтјева за мирно рјешење спора прије подношења тужбе против РХ. Странци која је поднијела захтјев за мирно рјешење спора припадају трошкови заступања који су поводом тога настали, јер се као претпроцесни трошкови морају тумачити у том смислу без обзира на чињеницу да ли је парнични поступак услиједио па је странка успјела у том поступку или је противна страна добровољно испунила захтјев прије покретања парничног поступка.¹¹ У случају добровољног испуњења потраживања, странка која је поднијела захтјев има право на трошкове састава приједлога од стране адвоката.¹²

3.2. Трошкови састављања судских опомена прије покретања парничног поступка

У судској пракси налазимо различита мишљења да ли претпроцесне трошкове чине трошкови за састављање и слање опомене туженом. Према једном мишљењу, трошкови састављања и слања опомене туженом за испуњење потраживања, достављене прије подношења тужбе, не представљају парничне трошкове, већ споредно потраживање и није издатак настао током или у поводу поступка.¹³ Друго мишљење је супротно, и према њему тужиоцу припада право на надокнаду трошкова састављања адвокатске опомене, будући да је иста послана туженом у намјери мирног рјешења спора прије покретања парнице, а

⁷ Мулабдић, С. (2010) Грађанско процесно право, Грачаница: Грин, стр. 329.

⁸ Више о томе: Пољић, А. (2016) Надокнада трошкова парничног поступка: дјелимични успјех парничних странака. Зборник радова са XI Савјетовања из области грађанског права, Јахорина 2016, Бања Лука: Удружење судија РС, стр. 138.str. 138.

⁹ Одлука Жупанијског суда у Вировитици, број Гж-1145/08-3 од 23.03.2009. године.

¹⁰ Народне новине РХ, број 148/11, 25/13 и 89/14.

¹¹ Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 587/09-2 од 15.09.2009. године..

¹² Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 587/09-2 од 15.09.2009. године..

¹³ Одлука Основног суда у Вараждину, број Гж-876/80 од 10.09.1980. године, у: Чизмић, Ј. (2016) Коментар Закона о парничном поступку Федерације Босне и Херцеговине, оп. цит., стр. 1111..

¹⁴ Одлука Жупанијског суда у Вараждину, број Гж.382/07-2 од 21.08.2007. године.

како тужени није поступио у складу с истом, то је и покренута парница.¹⁴ Мишљења смо да је друго мишљење законито. Наиме, тужилац се у циљу мирног рјешавања спора обраћа туженом и на тај начин показује намјеру да не дође до покретања парничног поступка. Одбијањем да поступи по опомену тужени доводи до покретања парничног поступка. Трошкови се на крају досуђују према успјеху у парници, што указује да ће се трошкови састава опомене досудити тужиоцу уколико успије у парници, односно ако је опомена тужиоцу била основана тужилац ће имати право на ове трошкове. Уколико тужилац изгуби у парници, тужилац неће имати право на било које трошкове, па ни трошкове састава опомене, што указује да не постоји разлог да се ови трошкови не признају тужиоцу. Услов за досуђивање трошкова опомене јесте да је тужени упозорен да ће у случају непоступања по опомену бити покренут парнични поступак. Ако ово упозорење не постоји, у том случају опомена нема директне везе са парничним поступком.

Додатни разлог за досуђивање трошкова за опомену пред тужбу јесте што тужени често приговара да није ни знао да постоји дуг и да је тек са доставом тужбе сазнао за постојање дуга. Досуђивањем трошкова за састав опомене, мотивише се тужилац да се прије покретања парничног поступка обрати туженом са захтјевом за вансудско рјешавање спора, чиме ће се одређени број случајева ријешити мирним путем без покретања парничног поступка.

На примјер, трошкови састава одштетног захтјева представљају издатак учињен у поводу

поступка уколико је поступак поводом подношења одштетног захтјева туженом претходио парничном поступку.¹⁵ Парничне трошкове чине издаци за састав одштетног захтјева, ако је упућен туженом прије покретања парничног поступка поводом, па и када је тужени реаговао понудом за склапање нагодбе коју тужилац није прихватио.¹⁶ У одређеним случајевима основ за досуђивање трошкова за састав опомене може да буде изричито прописано право тужиоца да се обрати туженом за удовољење захтјеву. На примјер, према одредби члана 13. став 1. Закона о обавезним осигурањима у саобраћају РС¹⁷, оштећено лице има право да, на основу уговора о обавезном осигурању, поднесе одштетни захтјев непосредно одговорном друштву за осигурање.

Сматрамо да и без прописивања наведеног права, тужилац има право да потражује трошкове састава опомене. Битна је намјера тужиоца, која је усмјерена да се поступак ријешити вансудским путем. Битност обраћања тужиоца прије покретања парничног поступка огледа се и у чињеници да тужени не мора у цјелости удовољити тужбеном захтјеву како би утицао на саму парницу. Удовољењем у цјелости захтјеву од стране дужника прије покретања парничног поступка неће доћи до покретања парничног поступка. Ако дужник сматра да је захтјев повјериоца дјелимично основан и удовољи дјелимично захтјеву повјериоца, парница ће се водити за само спорни износ, што може довести до смањења трошкова парничног поступка у великој мјери. Закључујемо да опомена није значајна само када доведе до удовољења захтјева од стране дужника у

¹⁵ Неосновано тужени у жалби оспорава тужиоцу право на трошкове састава одштетног захтјева, сматрајући да се не ради о парничним трошковима. Према одредби члана 151. став 1. ЗПП РХ парничне трошкове чине издаци учињени у тијек или у поводу поступка. Трошкови одштетног захтјева представљају издатак који је тужиоцу настао у поводу овог парничног поступка, јер је у складу са овлаштењем из члана 11. став 1. Закона о обавезним осигурањима у саобраћају РХ туженом непосредно поднио одштетни захтјев као одговорном осигураватељу, а након извршене исплате неспорног износа од 8.000,00 кн тужилац је покренуо овај парнични поступак у којем му је досуђен и даљњи износ од 20.150,00 кн с основе накнаде нематеријалне штете и материјалне штете. Како је поступак поводом одштетног захтјева туженом претходио овом парничном поступку, у складу са законским овлаштењем тужиоца, трошкови састава одштетног захтјева представљају издатак учињен у поводу поступка, па се и по оцјени овог суда мора сматрати парничним трошковима, због чега је првостепени суд основано тужиоцу признао и трошкове састава одштетног захтјева, у складу са успјехом у овој парници, а на основу Тарифног броја 28. Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката. (Одлука Жупанијског суда у Вараждину, број Гж. 762/09-2 од 10.08.2009. године, у: Збирка судске праксе Жупанијског суда у Вараждину број 11 (грађанско право), стр. 212.).

¹⁶ Одлука Жупанијског суда у Вараждину, број 15 Гж-3123/15-2 од 17.02.2016. године.

¹⁷ Службени гласник Републике Српске, број 82/15.

цјелости већ и када дјелимично доведе до удовољења захтјева.

За заступање у поступку који се прије покретања парничног поступка води по захтјеву против дужника, адвокату припада право само на награду за поднесак којим је поднесен захтјев и то у висини која се одмјерава према адвокатској тарифи¹⁸, те има право на надокнаду трошкова који се односе на слање опомене и друге материјалне трошкове у вези састава опомене. Супротно је правилима парничног поступка да тужилац за сваку подузету радњу има право на надокнаду трошкова парничног поступка, уколико је тужени оспоравао тужбени захтјев. Циљ је да се тужени упозна о захтјеву тужиоца и могућности покретања парничног поступка. Све даље радње које подuzме пуномоћник тужиоца према туженом не доводе до признања ових трошкова.

Приликом досуђивања трошкова састава опомене прије подношења тужбе, потребно је цијенити друге прописе који могу имати улогу лех специјалис и који су правно релевантни за трошкове састава судске опомене. У случају када је тужилац закључио уговор о осигурању са туженим, а по којем је затражио исплату осигуране суме, када су Општи услови за осигурање особа од посљедица несретног случаја (незгоде) саставни дио уговора о осигурању (полисе осигурања), а који у члану 12. став 3. Општих услова изричито прописују да сви трошкови који се односе на доказивање околности настанка несретног случаја и права из тих уговора падају на терет подносиоца захтјева, захтјев тужиоца за исплатом трошкова насталих у вези исплате осигуране суме, дакле права из потписаних уговора није основан.¹⁹ То значи да трошкове заступања у поступку исплате осигуране суме према уговору о осигурању (полици) и без обзира што се ради о оправданим трошковима сноси осигураник (тужилац).

3.3. Трошкови поступка за осигурање доказа који је покренут прије парнице

Ако постоји оправдана бојазан да неки доказ неће моћи да се изведе или да ће његово касније извођење бити отежано, може се у току као и прије покретања парнице предложити да се овај доказ изведе.²⁰ Трошкове поступка за осигурање доказа сноси странка која је поднијела приједлог за осигурање доказа.²¹ Она је дужна да накнади и трошкове противној странци, односно постављеном привременом заступнику.²² Ове трошкове странка може накнадно остваривати као дио парничних трошкова, према успјеху у парници.²³

Ако, међутим, након осигурања доказа не дође до парнице јер је противник осигурања (дужник) добровољно испунио захтјев, предлагач осигурања може захтјев за накнаду тих трошкова остваривати у посебној парници као главни тужбени захтјев.²⁴ Код одлучивања о основаности тужбеног захтјева потребно је цијенити не само успјех и да ли је поступак осигурања доказа био потребан за остварење захтјева, већ и да ли су биле испуњене претпоставке за осигурање доказа прописане правилима парничног поступка. Доказивање испуњености процесних претпоставки је потребно због немогућности преиспитивања одлуке суда који је донио одлуку о осигурању доказа. Против рјешења којим се усваја приједлог за осигурање доказа није дозвољена жалба, и противник осигурања није могао да оспори ову одлуку. Уколико противник осигурања захтјева надокнаду ових трошкова када није дошло до покретања парнице, он је дужан само доказати да је имао трошкове и да није покренут парнични поступак. Предлагач осигурања би могао оспоравати да је покренут парнични поступак или да исти није могао покренути због оправданих разлога, и може

¹⁸ Одлука Врховног суда РХ, број Рев 147/10-2 од 27.02.2012. године.

¹⁹ Одлука Жупанијског суда у Сплиту, број Гж-2024/15 од 18.01.2016. године.

²⁰ Члан 136. став 1. ЗПП БИХ; Члан 169. став 1. ЗПП ФБИХ; Члан 169. став 1. ЗПП РС; Члан 282. став 1. ЗПП БД БиХ.

²¹ Члан 336. став 1. ЗПП БИХ; Члан 399. став 1. ЗПП ФБИХ; Члан 399. став 1. ЗПП РС; Члан 132. став 1. ЗПП БД БиХ.

²² Члан 336. став 1. ЗПП БИХ; Члан 399. став 1. ЗПП ФБИХ; Члан 399. став 1. ЗПП РС; Члан 132. став 1. ЗПП БД БиХ..

²³ Члан 336. став 2. ЗПП БИХ; Члан 399. став 2. ЗПП ФБИХ; Члан 399. став 2. ЗПП РС; Члан 132. став 2. ЗПП БД БиХ.

²⁴ Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 870

оспоравати висину трошкова противника осигурања.

У случају када се захтјев за накнаду трошкова осигурања доказа остварује у посебној парници као главни захтјев, будући да у закону о парничном поступку у том погледу није ништа посебно прописано, сматрамо да тужилац то може учинити у општем застарном року.²⁵

3.4. Детективски трошкови

У БиХ, РС и БД БиХ имају законе који нормирају поступање приватних детектива. Закон о приватним детективима у ФБиХ усвојен је у различитим текстовима у Парламенту ФБиХ у току 2016. године, и није досада усаглашен текст. У РС, поступање приватних детектива нормирано је Законом о агенцијама за осигурање лица и имовине и приватној детективској дјелатности²⁶. Наведени закон прописује да детективска дјелатност подразумева послове прикупљања и обраде података и материјалних доказа²⁷, које послове могу обављати лица која имају овлаштење за обављање детективских послова (приватни детективи)²⁸. У БД БиХ, поступање приватних детектива нормирано је Законом о агенцијама за осигурање особа и имовине и приватној детективској дјелатности²⁹.

Код оцјене јесу ли резултати детективског истраживања (прикупљање обавијести и података) били потребни за вођење парнице треба имати на уму да странка има посебан интерес да прије покретања парнице стекне јасну слику о стању ствари и о њеним могућностима у погледу успјеха у парници. У ту сврху биће потребно да странка суду приложи и писани извјештај, које јој је предао приватни детектив након обављенога уговоренога посла, како би се суд увјерио у то о каквим се чињеничним утврђењима приват-

ног детектива ради и јесу ли се та утврђења могла прибавити на који други једноставнији начин. На примјер, када послодавац настоји доказати да радник крши обавезе из радног односа (склапање послова из дјелатности коју обавља послодавац, недопуштено запослење код друге особе, злоупотреба боловања, поткрадање послодавца у угоститељским објектима, продавницама, складиштима и слично) што може имати за посљедицу отказ уговора о раду. Детективске трошкове треба сматрати потребним у смислу претпроцесних трошкова, ако је у тренутку давања налога већ постојала конкретна сумња да радник крши обавезе из радног односа, те би свака разумна особа у тим околностима учинила такве издатке.³⁰

3.5. Трошкови прибављања приватног налаза и мишљења

Ријетки су случајеви у судској пракси када странке прибаве приватни налаз и мишљење вјештака прије покретања парничног поступка, и то због трошкова налаза и мишљења. Овако прибављени налаз и мишљење може утицати на одлуку тужиоца да ли ће покренути парнични поступак и колики износ ће потраживати у парничном поступку. Тужени може на основу овог налаза и мишљења одлучити да ли ће удовољити тужбеном захтјеву или ће оспоравати тужбени захтјев у погледу основа и висине, или само висине тужбеног захтјева. Приватни налаз и мишљење има значење приватне исправе.³¹

Сматрамо да странка има право на накнаду трошкова за приватни налаз и мишљење прибављен прије покретања парнице ако³²:

- странка због недостатка стручног знања није уопште у стању без налаза и мишљења вјештака супстанцирати стварну основу

²⁵ Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 870.

²⁶ Службени гласник РС, број 4/12.

²⁷ Члан 35. став 1. Закона о агенцијама за осигурање лица и имовине и приватној детективској дјелатности.

²⁸ Члан 35. став 2. Закона о агенцијама за осигурање лица и имовине и приватној детективској дјелатности.

²⁹ Службени гласник БД БиХ, број 27/04, 15/05 и 37/05.

³⁰ Види: Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 873, 874.

³¹ Види: Ибид, стр. 874.

³² Види: Ибид, стр. 874.

спора, то јест конкретизирати чињеничну основу тужбе, односно изнијети чињенице за своје тврдње и предложити доказе за своје чињеничне тврдње, нарочито када се ради о компликованом чињеничном стању,

- то је потребно ради осигурања равноправности процесне равнотеже странака (једнакости оружја). Наиме, нити једна од странака се не смије налазити у поступку у битно слабијем положају од друге. Ако, дакле противник располаже јаким колективом стручњака из подручја у вези којег се води спор, тада треба омогућити странци, која нема стручних знања, да и она ангажује вјештака одговарајуће струке како би примјерено могла одговорити на наводе противника и на евентуално прибављени налаз и мишљење вјештака којим противник доказује своје тврдње, односно како би се ваљано припремила за вођење парнице (на примјер, ради давања одговора на тужбу када је извјесно да ће до парнице доћи јер није дошло до мирног вансудског рјешења спора међу странкама).

С обзиром на описане оправдане околности у вези с прибављањем приватног налаза и мишљења пије покретања парнице сматрамо да је погрешно мишљење Врховног суда РХ изражено у одлуци број Рев-3528/1993-234 од 27.01.1994. године да трошкове које је тужилац као оштећени имао прије покретања парнице у вези с провођењем вјештачења ради сазнања које су све последице за његово здравље произашле из штетног догађаја, како би могао поставити одштетни захтјев било у поступку ван суда или у тужби као тужбени захтјев, представља материјалну новчану штету насталу тужиоцу у вези са штетним догађајем, јер се у таквом случају ради о класичном примјеру претпроцесних трошкова.³³

Поред основа за досуђивање ових трошкова потребно је указати и на висину трошкова вјештачења на које странке има право. Трошкови вјештачења се прописују актом о награ-

дама и накнади за рад вјештака.³⁴ Странци се могу досудити трошкови у висини коју је уплатила вјештаку или према висини трошкова за које суд сматра да вјештак у предметном случају има право. Пранчић, В, за ове трошкове наводи: „Висина трошкова за приватни налаз и мишљење се равна према споразуму странке и вјештака, а не према посебном цјеновнику сталних судских вјештака, који је саставни дио Правилника о сталним судским вјештацима, тиме да из рачуна који је издао приватни вјештак у складу са споразумом треба бити видљив број сати за израду налаза и мишљења и сатница вјештака”³⁵. Сматрамо да суд није везан за износ који је странка исплатила вјештаку. Суд треба да има у виду исплаћени износ вјештаку, али на основу акта о наградама и накнади за рад вјештака суд треба да утврди висину трошкова на које вјештак има права. Уколико би се цијенио споразум странке и вјештака, постоји могућност злоупотреба и исплате износа који не одговарају сложености и обиму вјештачења.

3.6. Трошкови прибављања правних мишљења врхунских правних експерата

Дужност је свих грађана у једној држави да познају све правне прописе, а посебно судија. Међутим, због великог броја прописа отежана је примјена прописа за странке, али и суд. Посебна је потешкоћа када се ради о примјени страног права. Сазнање страног права углавном се везује за материјално међународно приватно право, с обзиром на то да од сазнања страног права зависи правилна примјена материјалног права када колизионе норме упућују на примјену страног права. Све процесне радње су у циљу да се донесе законита и правилна одлука, као и сазнање права, што указује да се трошкови прибављања правних мишљења врхунских правних експерата не могу везати само за материјално међународно приватно право. Сматрамо да је сазнање

³³ Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 874, 875.

³⁴ На примјер, у РС је то Цјеновник о награди и накнади за рад вјештака, Службено гласник РС, број 27/98.

³⁵ Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 874, 875.

и доказивање страног права процесна радња коју по службеној дужности подузима суд или странке у циљу да суд донесе закониту одлуку. Странке могу да олакшају суду сазнање права на начин да оне суд упознају са садржајем страног права у циљу економичности и ефикасности поступка. Ово није њихова дужност, већ само право. Странке у поступку могу поднијети јавну исправу о садржини страног права. Уколико странке подносе јавну исправу о садржини страног права, она треба да је издата од надлежног органа стране државе.³⁶ Живковић, М. сматра да се суд не може ослободити обавезе утврђивања садржине и примјене страног права, јер би се таквим тумачењем члана 13. Законом о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима³⁷ отворио пут неоправданом проширењу примјене домаћег права и вршила дискриминација према мање развијеним земљама или удаљеним земљама, односно земљама чије је право мање доступно.³⁸ Међутим, значајна је улога странака у сазнању праву, те странке могу имати значајне трошкове за сазнање страног права.

Прибављање правних мишљења врхунски правних експерата за која би странке имале право на трошкове односе се на два случаја. Први случај јесте када се ради о страном праву које је написано на језику које се у већој мјери разликује од наших језика, када се ради о примјени института којих нема у нашем праву или када странка не може уопште да сазна страно право. Наиме, тужилац мора да познаје страно право прије подношења тужбе, како би одлучио да ли ће покренути парнични поступак, које су чињенице правно релевантне и шта ће односно

колико ће захтијевати у парничном поступку. Сазнање страног права од стране суда у парничном поступку је касно за тужиоца, због чега тужилац мора прије покретања поступка сазнати страно право. Други случај се односи на надокнаду трошкова које је странка имала у вези с прибављањем правног мишљења када се ради о спору у вези с новом граном права³⁹ или новим институтом. На трошкове из другог случаја странка би имала право само у случају када законодавац није оставио довољан период са упознавањем са новом граном права или новим институтом, због чега странка није имала довољно времена да се упозна са новим правом.

3.7. МАТЕРИЈАЛНИ ТРОШКОВИ

Материјални претпроцесни трошкови обухватају све трошкове које је тужилац имао код припремања, састављања и слања тужбе. Тужилац може имати значајније трошкове код прибављања доказа, на примјер трошкови поштарине ради прибављања доказа или такси ради прибављања доказа, затим код репродукције одређених доказа, на примјер израде већег броја фотографија, затим таксе за прибављање исправа, сви ови трошкови представљају трошкове у поводу парничног поступка и тужилац на ове трошкове има право. Трошкови поштарине за слање тужбе чине претпроцесне трошкове⁴⁰, али у одређеним случајевима ови трошкови се неће признати посебно. У накнаду парничних трошкова се не могу уврстити трошкови поштарине, образаца и извјештаја странци, ако је досуђена паушална награда странци, јер су укључени у награду за споредне

³⁶ Одлука Округног суда у Бањој Луци, број 011-0-ГЖ-09-000 158 од 25.03.2009. године, у: Шаула, В. (2009) „Развој међународног приватног права у региону: национални извјештај за Босну и Херцеговину”, Зборник радова са Седме конференције за међународно приватно право - Проширење европског правосудног простора на државе чланице ЦЕФТА, Нови Сад, стр. 137.

³⁷ (Службени лист СФРЈ, број 43/82 и 72/82, у даљем тексту: ЗРСЗ). ЗРСЗ преузет је у БиХ из Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, и то у ФБиХ путем Уредбе са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у БиХ примјењују као републички закони (Службени лист РБиХ, број 2/92 и 13/94), у РС се примјењује у складу са Уставним законом за провођење Устава РС (Службени гласник РС, број 21/92), док се у БД БиХ примјењује на основу Статута БД БиХ (Службени гласник БД, број 1/00 и 24/05).

³⁸ Живковић, М. (2004) „Опште установе међународног приватног права и Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља – поглед двадесет година касније и *de lege ferenda*”, Зборник радова двадесет година Закона о међународном приватном праву, Живковић, М. (ур.) Ниш: Правни факултет, Центар за публикације, стр. 27.

³⁹ Види: Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 877.

⁴⁰ Види: Одлука Врховног суда РХ, број Гзз 29/1992-2 од 02.12.1992. године.

послове.⁴¹ Паушална награда је прописана у адвокатској тарифи у РС, док није у ФБиХ. Када се одвојено признају трошкови за поштарину, суд ће прихватити дио захтјева за надокнаду трошкова поштарине, уколико је исти постављен реално, иако није поткријепљен никаквим доказима, будући да је ноторна чињеница да странке имају трошкове поштарине, а који представљају трошкове који спадају у стварне издатке који су потребни за обављање послова повјерених адвокату⁴², али је потребно указати на основу чега ће суд утврдити висину ових трошкова. На примјер, на основу одлуке поште која се односи на предметно слање пошиљке.

3.8. Трошкови у вези са закључивањем уговора о пророгацији

Уговором о пророгацији се може уговорити међународна или мјесна надлежност домаћег суда. Под уговарањем међународне надлежности суда сматрају се случајеви када странке у приватноправном односу са иностраним елементом уговоре надлежност суда једне од држава са којима тај однос има правно релевантну везу или нема правно релевантне везе већ представља искључиво вољу странака. Међутим, оваква дефиниција се не би

могла примијенити у БиХ. У БиХ, уколико се ради о приватноправним односима у којима не постоји елемент иностраности не може се уговорити надлежност суда друге државе.⁴³ Уговарање мјесне надлежности подразумева уговарање надлежности једног од стварно надлежних судова у БиХ. Разлика, у смислу трошкова, односи се на висину ових трошкова који ће обично код уговарања међународне надлежности бити виши него код мјесне надлежности. Трошкови код пророгације су трошкови за састав уговора о пророгацији, трошкови за приступање у мјесто закључења уговора и евентуално други трошкови које су странке имале у вези пророгације.

3.9. Трошкови дисциплинског поступка

Код трошкова дисциплинског поступка потребно је цијенити успјех тужиоца у дисциплинском поступку. Ако је тужилац успио у дисциплинском поступку, онда ће трошкови дисциплинског поступка бити предмет посебног парничног поступка. Не може се у судском поступку тражити исплата трошкова учињених у дисциплинском поступку вођеном код послодавца, ако је о тим трошковима већ одлучено рјешењем донесеним у дисциплинском поступку.⁴⁴ Уколико је дисциплински

⁴¹ Према одредбама члана 155. Закона о парничном поступку при одлучивању који ће се трошкови надокнадити странци суд ће узети у обзир само оне трошкове који су били потребни ради вођења парнице, о чему одлучује суд оцјењујући брижљиво све околности, а ако је прописана тарифа за награде адвоката или друге трошкове ти трошкови ће се одмјерити по тој тарифи. У вријеме издавања предложеног платног налога на снази је била Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката у СРБиХ (Службени лист СРБиХ, број 20/87). Том тарифом нису посебно предвиђени трошкови који се односе на поштарину, обрасце и коначно извјештаје странци. Накнаду тих трошкова првостепени суд је одредио у складу са одредбама тарифног броја 49. Тарифе. Тарифним бројем 49. прописано је да за све споредне послове обављене у свим поступцима (прикупљање информација, обавјештења о рочиштима, кореспонденцију, преписивање прилога итд.) награда адвокату се одређује у паушалном износу од 25% од укупног износа награде одређене том тарифом. Паушални износ награде, у том смислу, обухвата и поштарину, цијену образаца и коначни извјештај странци. (Одлука Врховног суда БиХ, број Пж. 608/88. од 16.10.1989. године, у: Билтен судске праксе Врховног суда БиХ, број 4/1989, стр. 108.)

⁴² Одлука Жупанијског суда у Вараждину, број Гж. 987/10-2 од 30.09.2010. године, у: Збирка судске праксе Жупанијског суда у Вараждину број 11 и 12 (други дио-грађанско право), стр. 128.

⁴³ Више о томе: Пољић, А. (2016) Основе процесног међународног приватног права са судском праксом, Бреза: Стручна књига, стр. 123-128.

⁴⁴ У току првостепеног поступка, између осталог, утврђено је да је против тужилаца вођен дисциплински поступак покренут по приједлогу за покретање тог поступка од стране надлежног старјешине. У овом поступку тужиоце је заступао пуномоћник адвокат који је приступио на три дисциплинске расправе на којима су извођени докази. Након проведеног поступка донесено је дана 30.11.2010. године рјешење број Уп. 116-67-10 којим се тужиоци ослобађају дисциплинске одговорности. У истом рјешењу наведено је да трошкови дисциплинског поступка нису утврђени, те да је у складу са чланом 104. став 1. Закона о општем управном поступку одређено да свака странка сноси своје трошкове проузроковане тим поступком. Дата је и поука о правном лијеку по којој запослени могу поднијети приговор дисциплинској комисији у року од 8 дана од дана уручења решења. Дана 24.12.2010. године пуномоћник тужилаца је доставио одређени трошковник, уз напомену да у случају ослобађајућег решења запосленима сљеђује потпуна

орган одбио да одлучи о трошковима или ако тужилац сматра да је одлука о трошковима незаконита и не постоји правни лијек на ову одлуку, онда тужилац једино ове трошкове може да остварује у посебној парници.

Ако странка не успије у дисциплинском поступку, покрене парнични поступак. Тужилац би могао да потражује ове трошкове, иако није успио у овом поступку. Управо због неуспјеха у овом поступку тужилац је и покренуо парнични поступак у којем има право да оствари трошкове парничног поступка. Постављање захтјева за трошкове у дисциплинском поступку је правно релевантно само уколико би тужилац ове трошкове остварио да је поставио захтјев у дисциплинском поступку без обзира на успјех. У овом случају тужилац не би имао право да захтјева ове претпроцесне трошкове због пропуста да их оствари у дисциплинском поступку. Тешко је очекивати да ће бити дисциплински поступак да странка има право на трошкове без обзира што није успјела у овом поступку.

4. ТРОШКОВИ КОЈИ НЕ СПАДАЈУ У ПРЕТПРОЦЕСНЕ ТРОШКОВЕ

Странке могу имати трошкове прије предузимања појединих радњи у поступку, али ови трошкови нису претпроцесни трошкови. Трошкови који не спадају у претпроцесне трошкове су они трошкови који нису учињени поводом парнице. Странка може сматрати да су одређени трошкови учињени поводом

парнице, али уколико ови трошкови немају директног утицаја на парнични поступак онда нису претпроцесни трошкови. Трошкови који не спадају у претпроцесне трошкове су: трошкови код мирног рјешавања спора који није услов за покретање парничног поступка и трошкови оштећеног у вези са остваривањем имовинскоправног захтјева у кривичном поступку.

4.1. Трошкови код мирног рјешавања спора који није услов за покретање парничног поступка

Странка која је поднијела захтјев за мирно рјешење спора има право на надокнаду трошкова заступања од стране адвоката само у случају да се ради о захтјеву који се може остваривати у судском парничном поступку и гдје је поступање била процесна претпоставка за подношење тужбе.⁴⁵ Тужилац има право на ове трошкове без обзира на чињеницу је ли парнични поступак услиједио па је странка успјела у том поступку или је противна страна добровољно поступила по захтјеву прије покретања парничног поступка.⁴⁶ Наведено је у вези са случајем када је покретање мирног рјешавања спора услов за покретање парничног поступка, али друга је правна ситуација када мирно рјешавање спора није услов за покретање парничног поступка. Такођер, у случају да се не ради о захтјеву који се може остваривати пред судом, тада подношење истог није било потребно и странци не припада право на надокнаду адвокатских трошкова заступања.⁴⁷

накнада трошкова којих се запослени нису одрекли, те је тражено да се посебним рјешењем одлучи о траженим трошковима уз уплату истих на текући рачун који се води на име пуномоћника тужилаца. Поводом наведеног трошковника тужена није одлучила.

Полазећи од тог и тако утврђеног чињеничног стања правилно првостепени суд налази да тужиоци не могу у судском поступку тражити исплату трошкова учињених у дисциплинском поступку, с обзиром на то да је о тим трошковима већ одлучено рјешењем донесеним у дисциплинском поступку. Наиме, тим рјешењем је одлучено да у складу са чланом 104. став 1. Закона о општем управном поступку, свака странка сноси своје трошкове проузроковане поступком. Тужиоци су, а имајући у виду поуку о правном лијеку датом тим рјешењем, могли изјавити приговор и побијати одлуку о трошковима поступка. Како то нису учинили, такво рјешење је постало коначно, па не могу сада у судском поступку тражити исплату, с обзиром на то да за то немају основа.

Без утицаја су жалбени наводи да тужиоци имају право на накнаду трошкова и свих осталих издатака које је тужени, као послодавац тужилаца, својом кривицом направио тужиоцима, односно да је кривица тужене основ за тражену исплату. (Одлука Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж1. 769/12 од 17.09.2012. године).

⁴⁵ Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 587/09-2 од 15.09.2009. године.

⁴⁶ Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 447/10-2 од 17.06.2010. године.

⁴⁷ Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 587/09-2 од 15.09.2009. године.

На примјер, у Закону о раду ФБиХ⁴⁸ прописано је прије подношења тужбе радник и послодавац могу се договорити о мирном рјешавању спора на начин и под условима предвиђеним законом⁴⁹, док је у Закону о раду РС⁵⁰ прописано да радник који сматра да му је послодавац повриједио право из радног односа, може да поднесе приједлог за мирно рјешавање радног спора надлежном органу или тужбу надлежном суду за заштиту тог права⁵¹. Врховни суд РС ријешао је спорно правно питање које се односило на обавезу подношења приједлога за мирно рјешавање радног спора Агенцији за мирно рјешавање радних спорова. Суд је донио одлуку да у радним споровима у којима се благовременост и дозвољеност тужбе цијени према Закону о раду радник није обавезан да прије подношења тужбе суду поднесе приједлог за мирно рјешавање радног спора Агенцији за мирно рјешавање радних спорова.⁵²

Сматрамо да у овим случајевима предлагач не би имао право на накнаду трошкова ако не успије са приједлогом. Поступак мирног рјешавања спора подразумијева више радњи и трошкови овог поступка могу бити високи. Мањи трошкови настају у случају када се поднесе тужба и уколико тужени сматра да је основана, ако странке могу располагати са тужбеним захтјевом, може признати тужбени захтјев и да се поступак заврши на основу пресуде на основу признања. Уколико предлагач покрене поступак мирног рјешавања и успије са приједлогом, имао би право на трошкове поступка мирног рјешавања спора.

4.2. Трошкови оштећеног у вези остваривања имовинскоправног захтјева у кривичном поступку

Трошкови оштећеног који настану у кривичном поступку, који се односе само на награду и нужне издатке пуномоћника због присуства на главном претресу, те поднесени и образложени одштетни захтјев у кривичном поступку, независно о томе је ли о имовинскоправном захтјеву одлучено у кривичном поступку или је оштећени с имовинскоправним захтјевом упућен на парницу, спадају у трошкове кривичног поступка и о њима треба одлучити у кривичном поступку. У правилима кривичног поступка ФБиХ, прописано је да трошкове кривичног поступка обухватају нужне издатке оштећеног и његовог законског заступника, као и награду и нужне издатке његовог пуномоћника.⁵³ Овакво рјешење није у правилима кривичног поступка БиХ, РС и БД БиХ, већ је прописано да трошкови кривичног поступка обухватају нужне издатке оштећеног и његовог законског заступника⁵⁴. Иако није изричито прописано да странка има право на трошкове и за пуномоћника, осим у ФБиХ, сматрамо да оштећени има право на трошкове за пуномоћника у оквиру кривичног поступка. Изричито је наведено да трошкове чине нужни издаци оштећеног, а нужни издаци су свакако и трошкови ангажованог пуномоћника. У кривичном поступку потребно је утврдити који трошкови су нужни издаци. За ангажованог пуномоћника нису нужни трошкови присуства на сваком главном претресу, већ може бити састав имовинскоправног захтјева или постављање овог захтјева на главном претресу. Трошкови кривичног поступка могу се остваривати искључиво у том поступку, а не у посебној

⁴⁸ Службене новине ФБиХ, број 26/16.

⁴⁹ Члан 116. став 1. Закона о раду ФБиХ.

⁵⁰ Службени гласник РС, број 1/16.

⁵¹ Члан 201. став 1. Закона о раду РС

⁵² Одлука Врховног суда РС, број 92 о РС 045401 17 Сп од 03.05.2017. године.

⁵³ Члана 199. став 2. тачка и) Закона о кривичном поступку ФБиХ, Службене новине ФБиХ, број 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 и 12/10.

⁵⁴ Члана 185. став 2. тачка и) Закона о кривичном поступку БиХ, Службени гласник БиХ, број 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 2/09, 16/09, 93/09 и 72/13; Члан 96. став 2. тачка и) Закона о кривичном поступку РС, Службени гласник РС, број 53/12 и 91/17; Члан 185. став 2. тачка и) Закона о кривичном поступку БД БиХ, Службени гласник БД БиХ, број 33/13 и 27/14.

парници.⁵⁵ Законитост одлуке о трошковима кривичног поступка испитује се у кривичном поступку жалбом на првостепено рјешење и не може се законитост те одлуке испитивати у парничном поступку.⁵⁶

ЗАКЉУЧАК

Према времену настајања трошкова у парничном поступку, парничне трошкове сачињавају издаци учињени поводом поступка и у току поступка. За разлику од трошкова који су учињени у току поступка, трошкови који су учињени поводом поступка нису често предмет захтјева за надокнаду трошкова парничног поступка. Претпроцесне трошкове можемо подијелити у двије групе, трошкове на које странке имају право и на које немају право. Може се рећи да је већи број трошкова на које странку имају право. Код одлучивања о претпроцесним трошковима правно релевантан је њихов утицај на парнични поступак, да ли су настали како би довели до невођења парничног поступка или да омогуће доказивање правно релевантних чињеница у парници.

У раду су наведени трошкови на које странке имају право и на које немају право, али могућа је појава у судској пракси претпроцесних трошкова који нису наведени у раду. Наиме, немогуће је предвидјети све трошкове који могу настати у поводу парничног поступка, посебно када се има у виду њихова зависност од материјалног права које се често мијења.

ЛИТЕРАТУРА

а) Књиге

1. Чизмић, Ј. (2016) Коментар Закона о парничном поступку Федерације Босне и Херцеговине, 2. изд., Сарајево: Привредна штампа.
2. Мулабдић, С. (2010) Грађанско процесно право, Грачаница: Грин.
3. Пезо, В. (ур.) (2007) Правни лексикон. Загреб: Лексикографски завод Мирослав Крлежа.
4. Пољић, А. (2016) Основе процесног међународног приватног права са судском праксом, Бреза: Стручна књига.

б) Чланци

1. Пољић, А. (2016) Надокнада трошкова парничног поступка: дјелимични успјех парничних странака. Зборник радова са XII савјетовања из области грађанског права, Јахорина 2016, Бања Лука: Удружење судија РС.
2. Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Вол. 47, бр. 4/2010.
3. Шаула, В. (2009) „Развој међународног приватног права у региону: национални извјештај за Босну и Херцеговину”, Зборник радова са Седме конференције за међународно приватно право - Проширење „европског правосудног простора на државе чланице ЦЕФТА, Нови Сад.
4. Живковић, М. (2004) „Опште установе међународног приватног права и Закона

⁵⁵ Одлука Врховног суда РХ, број Гж-1101/77 од 03.08.1978. године, Преглед судске праксе, 14/183, у: Пранчић, В. (2010) „О накнади претпроцесних трошкова у парничном поступку”, оп. цит., стр. 885.

⁵⁶ Правилно су нижестепени судови одлучили када су одбацили тужбу тужиље којом је тражила да јој се у парничном поступку одлучи о трошковима кривичног поступка (Кис.бр.13/06 и Кс.бр.1/13). Наиме, правилно нижестепени судови налазе да је о свим трошковима кривичног поступка одлучено наведеним рјешењем (Кс.бр.1/13 од 05.12.2014. године), те да тужиља не може поново у парничном поступку истицати захтјев за накнаду трошкова кривичног поступка. Овај суд је цијенио наводе ревизије да тужбом није ни тражено да се одлучи о трошковима кривичног поступка, односно да се не ради о преиспитивању законитости рјешења Кс.бр.1/13 којим су одређени трошкови кривичног поступка, већ да је предмет спора захтјев за накнаду штете настале незаконитим радом суда, то јест тражи се разлика по основу штете између припадајућих трошкова и досуђених трошкова. Ти наводи су неосновани јер је тужбом управо тражена накнада трошкова кривичног поступка. (Одлука Врховног суда Црне Горе, Рев. бр. 648/16 од 28.06.2016. године, у: Билтен судске праксе Врховног суда Црне Горе, број 1/2016, стр. 248.)

о решавању сукоба закона са прописима других земаља – поглед двадесет година касније и де леге ференда”, Зборник радова двадесет година Закона о међународном приватном праву, Живковић, М. (ур.) Ниш: Правни факултет, Центар за публикације.

ц) Правни прописи

1. Закон о парничном поступку пред Судом Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, број 36/04, 84/07, 58/13 и 94/16.
2. Закон о парничном поступку Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине ФБиХ, број 53/03, 73/05, 19/06 и 98/15.
3. Закон о парничном поступку Републике Српске, Службени гласник РС, број 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 и 61/13.
4. Закон о парничном поступку Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, Службени гласник БД, број 08/09, 52/10 и 27/14.
5. Закон о парничном поступку РХ, Народне новине РХ, број 148/11, 25/13 и 89/14.
6. Закон о обавезним осигурањима у саобраћају РС, Службени гласник Републике Српске, број 82/15.
7. Закон о агенцијама за осигурање лица и имовине и приватној детективској дјелатности, Службени гласник РС, број 4/12.
8. Закон о агенцијама за осигурање особа и имовине и приватној детективској дјелатности, Службени гласник БД БиХ, број 27/04, 15/05 и 37/05.
9. Цјеновник о награди и накнади за рад вјештака, Службено гласник РС, број 27/98.
10. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Службени лист СФРЈ, број 43/82 и 72/82.
11. Закон о раду ФБиХ, Службене новине ФБиХ, број 26/16.
12. Закон о раду РС, Службени гласник РС, број 1/16.
13. Закон о кривичном поступку ФБиХ, Службене новине ФБиХ, број 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09 и 12/10.

14. Закон о кривичном поступку БиХ, Службени гласник БиХ, број 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 2/09, 16/09, 93/09 и 72/13.

15. Закон о кривичном поступку РС, Службени гласник РС, број 53/12 и 91/17.

16. Закон о кривичном поступку БД БиХ, Службени гласник БД БиХ, број 33/13 и 27/14.

д) Судска пракса

1. Билтен судске праксе Врховног суда БиХ, број 4/1989.
2. Билтен судске праксе Врховног суда Црне Горе, број 1/2016
3. Одлука Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж1. 769/12 од 17.09.2012. године.
4. Одлука Врховног суда РХ, број Гзз 29/1992-2 од 02.12.1992. године.
5. Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 587/09-2 од 15.09.2009. године.
6. Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 447/10-2 од 17.06.2010. године.
7. Одлука Врховног суда РХ, број Рев 147/10-2 од 27.02.2012. године.
8. Одлука Жупанијског суда у Сплиту, број Гж-2024/15 од 18.01.2016. године.
9. Одлука Врховног суда РХ, број Ревр 1367/14-2 од 12.07.2016. године.
10. Одлука Врховног суда РС, број 92 о Рс 045401 17 Спп од 03.05.2017. године.
11. Одлука Жупанијског суда у Вировитици, број Гж-1145/08-3 од 23.03.2009. године.
12. Одлука Жупанијског суда у Вараждину, број 15 Гж-3123/15-2 од 17.02.2016. године.
13. Одлука Жупанијског суда у Вараждину, број Гж.382/07-2 од 21.08.2007. године.
14. Збирка судске праксе Жупанијског суда у Вараждину број 11 (грађанско право).
15. Збирка судске праксе Жупанијског суда у Вараждину број 11 и 12 (други дио-грађанско право).

Расправа по жалби пред вијећем

Сажетак

На темељу одредбе из члана 217 Закона о парничном поступку (Службени гласник Републике Српске 85/03 са новелама) другостепени суд одлучује о жалби на сједници вијећа или на основу одржане расправе. Став други овог члана одређује да ће се расправа пред другостепеним судом заказати када је потребно пред тим судом утврдити нове чињенице или извести нове доказе или поново извести већ изведене доказе, као и када оцијени да је због повреде одредаба парничног поступка у првостепеном поступку потребно одржати расправу пред другостепеним судом.

Тема испитивања је извођење доказа пред другостепеним судом који су већ изведени пред првостепеним судом.

Кључне ријечи: Другостепено вијеће, странке, свједочење, доказ, судска одлука.

Summary

Pursuant to the provisions of Article 217 of the Civil Procedure (Official Gazette of Republic of Srpska 85/03 with amendments) the second instance court decides on the appeal in the session of the council or on the basis of a hearing. Second subclause of this article specifies that the hearing before the second instance court will be scheduled when there is a need to establish new facts or to present new evidence or repeat the evidence already presented before that court, and when it is decided that due to the violation of civil procedure in the first instance, there is a need to hold a hearing before the second instance court.

The topic of this enquiry is presenting the evidence before the court of second instance, that have already been brought before the court of first instance.

Key words: appeal council, parties, testimony, evidence, court decision.

1. УОПШТЕНО О ИЗВОЂЕЊУ ДОКАЗА

Под доказивањем законодавац сматра низ радњи суда и странака, које обухватају предлоге странака за извођење доказа, рјешавање о томе који докази треба да буду изведени, подношење доказа од стране странака и њихово прибављање од стране суда, извођење доказа и њихову оцјену, које за крајњи резултат имају утврђивање истинитости чињеница од којих зависи примјена правила материјалног или процесног права.

Закон о парничном поступку јасно рјешава проблем иницијативе за прикупљање процесне грађе (истражно и расправно начело), као и обавезе суда да истинито утврди све чињенице (начело тражења истине, односно начело материјалне истине). Напуштањем истражног начела и начела тражења истине на страни суда, обавеза прикупљања доказа и њиховог извођења у потпуности је прешла на странке, што се јасно прописује одредбама члана 123 Закона о парничном поступку, док овлашћење суда је да одређује

извођење доказа које странке нису предложиле, остаје само у случајевима у којима се ради о недозвољеним располагањима странака (члан 124). Одредба члана 123 изричито је него досада изражава правило о терету доказивања.

Прије него што приступи примјени правних правила, неопходно да суд најприје правилно утврди чињенично стање, односно да формира своје одређено увјерење о садржају чињеница од којих зависи примјена права.

2. ИЗВЕДЕНИ ДОКАЗ САСЛУШАЊА СТРАНАКА У ДРУГОСТЕПЕНОМ ПОСТУПКУ

Поновно извођење већ изведених доказа, а посебно вредновање доказа саслушања странака је озбиљно питање, поготово ако се дође у позицију да другостепена одлука на темељу тог доказа укине првостепену и надомјести својом мериторном одлуком којом се тужбени захтјев одбија или усваја у цјелости.

С обзиром на то да су странке главни актери парничног поступка, оне су и најбоље обавијештене о предмету спора. Њима су познате све одлучне чињенице, њихов приказ спорног догађаја је најпотпунији, најсвеобухватнији и, као такав, за суд најкориснији, сматрају теоретичари. Приликом извођења доказа саслушањем странака, суд користи странке као извор сазнања о правно релевантним чињеницама, јер странке износе пред суд своја опажања догађаја и збивања због којих се споре.

Које су то границе испитивање странака у другостепеном поступку? Да ли тражити одговоре на питања која им нису постављена у првостепеном поступку или тражити понављање оног што је већ речено? Овде је практично питање, да ли другостепени суд треба и смије да поставља таква питања? Темељ овог мишљења је тај, да у принципу суд не улази у извођење доказа *ex officio*, већ то чине пуномоћници или странке саме, износећи шта мисле о спору, ако исте немају пуномоћнике. Другостепено вијеће би могло да тражи од странке да појасни неки дио свог казивања, ако то вијећу није било јасно код припремања судије извјестиоца за другостепену сједницу.

Ово питање је оправдано цијенећи одредбу из члана 221 Закона о парничном поступку.

Другостепени суд испитује првостепену пресуду у оном дијелу који се побија жалбом... У овом случају је практично питање, да ли другостепени суд крши одредбе закона, ако се по жалби закаже расправа пред другостепеним судом (члан 217)? Да ли уопште може изводити доказ поновног саслушања странака, ако у жалби то није на било који начин оспорено? Ако јесте жалитељ оспорио исказ друге стране код извођења доказа саслушањем парничних странака, како вредновати уопште овај приговор као жалбени разлог? Логично је да странке оспоравају једна другој сва диспонирања, па и наводе. У овим дилемама сам мишљења да се као прво, не би требало пред другостепеним судом изводити поновно саслушање странака без обзира да ли је приговор у том смјеру наведен као какав жалбени разлог. А ако се то чини, онда остаје мој предњи навод, да се поновним саслушањем евентуално може тражити појашњење неког дијела исказа пред првостепеним судом.

Тражење понављања одговора како су дати већ у првостепеном поступку, сматрам да је противно схватању законодавца. Ово мишљење темељим на чињеници да је практично тешко поновити истим ријечима нешто што је речено прије неколико мјесеци. Наш језик има синониме, који опет у датом тренутку имају другачију снагу у вербалној комуникацији. Управо то може код другостепеног вијећа изазвати сасвим други утисак код формирања мишљења на темељу тако приказаног стања. Странка и даље пред очима има своју пројекцију догађаја или збивања, али то износи ријечима које у том тренутку сматра ваљаним за рећи (употребљава нпр. синониме). То има за крајњу последицу доношење мериторне одлуке која у цјелости негира и мијења првостепену. Гледано са позиције жалбеног вијећа, изјава дата пред првостепеним судом је безначајна, иако је довела до формирања судијског мишљења да материјално право треба примијенити како је учињено у првостепеној одлуци.

Шта је вјеродостојније, односно гдје се налази већа снага овог доказа за формирање крајње одлуке у првом или другом степену? Управо ту видим да тражење од саслушане странке да понавља свој исказ дат већ пред првостепеним судом и то готово истим ријечима, недопуштено је, односно противно идеји законодавца.

Екстремно би било да странка пред другостепеним вијећем исказује нешто друго, противно ономе што је већ речено у првостепеном поступку и при томе пружи материјални доказ да је тако морао диспонирати. Какав третман треба имати сада то диспонирање пред судовима уопште, да ли преиначити првостепену одлуку или вратити цијели поступак првостепеном суду на поновно расправљање и одлучивање?

3. САСЛУШАЊЕ СТРАНАКА ПРЕД ВИЈЕЋЕМ ДРУГОСТЕПЕНОГ СУДА

Коначан дио проблема је да ли жалбено вијеће треба и смије да тражи да парничне странке понове свој исказ дат у првостепеном поступку? Сумирајући одредбу из члана 217 ст.ИИ, поставља се питање шта је законодавац имао на уму када је одредио да се поново изведу већ изведени докази? Мишљења сам да је смисао овог дијела цитиране одредбе била та, да се жалбено вијеће само увјери у изведене доказе. Када је ријеч о материјалним доказима, дилема нема. Они остају у форми каквој јесу и како су депоновани у првостепени спис. Остаје питање, како вредновати сада саслушање парничних странака, односно како извести овај доказ. Он је вербалан, људско расположење у датом тренутку пред жалбеним вијећем може дати изјаву у којој ће бити толико синонима. О томе је већ претходно речено. Остаје мишљење да у том случају треба прочитати изјаве парничних странака пред првостепеним судом и питати странку да

ли остаје код те изјаве у цјелости или је жели кориговати, допунити и томе слично. Ако је жалбеном вијећи нејасан дио изјаве, онда би било основано тражити појашњење, али тачно цитираног дијела изјаве дате у првостепеном поступку. Тако добијен исказ би требало вредновати код одлучивања о меритуму. Уколико би се јавила диспропорција у исказу изворно датом у првостепеном поступку и сада након тражених појашњења или каква контрадикција, онда сматрам да је основано укинути првостепену пресуду и вратити првостепеном суду на поновно расправљање и одлучивање. Ово тим више, јер само саслушање парничних странака је одвојено од материјалних доказа. Поготово у случају када материјални докази не дају цјеловиту слику о правном односу који је предмет спора. Тада је од пресудног значаја саслушање странака, јер њима су познате све одлучне чињенице, а њихов приказ спорног догађаја је најпотпунији, најсвеобухватнији и као такав, за суд, најкориснији.

С обзиром на то да је свједочење парничних странака о спорном догађају истовремено и њихов субјективни и психички поглед, који је најчешће за њих полазна тачка неке праведности према тој странци, вредновање овог доказа пред другостепеним судом се треба врло темељно сагледати. Аргумент овоме је управо чињеница да све странке у спору полазе са позиције правичности, а не законске одредбе која важи за конкретни однос међу странкама у спору. Њихова култура изражавања и богатство рјечника мора код судија (без обзира у првом или другом степену) бити посебно вредновано и окренуто ка томе да се поуздано добије чињеница на темељу које ће се примијенити конкретно материјално право.

Надлежност за рјешавање спора за који је уговорена арбитража

Сажетак

У овом раду описан је спор са међународним елементом, у коме су парничне странке правни сљедници уговорних страна некадашњих друштвених предузећа која су закључила самоуправне споразуме у вријеме постојања јединствене државе, са сједиштима у различитим државама (Република Словенија и Босна и Херцеговина). Практично, протеком времена, предметни спор прерастао је у спор из међународних економских односа. Арбитража је самосталан и независан, недржавни орган чија се надлежност уговара слободном вољом странака са циљем рјешавања спора и у конкретном случају уговорена клаузула самоуправног споразума о надлежности арбитраже не може се доводити у вези са дисолуцијом СФРЈ.

Summary

This work describes the dispute with international characteristics in which the parties are the legal successors of contractual parties previous state companies who concluded contracts in the period of existing the federal country, and now are based in independent states in different countries (Republic Slovenia and Bosnia and Herzegovina). Essentially, the dispute which initially arose between the parties both based within a unitary federal state transformed into an international financial dispute. Arbitration is an independent, impartial, and non-governmental dispute resolution body whose jurisdiction is consensually agreed by the parties in order to resolve their dispute. In the present case the existence and validity of the clause stated above cannot in any way be linked to the dissolution of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia and it should be employed according to the Court.

УВОД

Уговарање арбитраже елиминише право страна да се ради рјешавања свог спора обратe државном суду. То значи, практично, да се уговарањем арбитраже стране одричу судске заштите коју би им пружили државни судови за рјешавање спора. Странама у спору увијек стоји на располагању државни суд, но општепризнато начело о поштовању аутономије воље уговорних страна може бити

изражено и уговарањем рјешавања спорова и недржавним органима (избраном суду или арбитражи).

Дакле, арбитраже своје овлашћење заснивају на арбитражном споразуму самих странака тачније правном послу којим се утврђују права и дужности уговорених страна. Но то ипак не спречава подношење тужбе државном суду ради рјешавања спора, па ако тужилац поднесе тужбу државном суду умјесто арбитражи а

тужени не истакне приговор ненадлежности, сматра се да су се странке прећутно сагласиле да ставе споразум о арбитражи ван снаге.

Међутим, шта уколико тужени у поступку покренутом по тужби у спору за који је уговорена арбитража приговори надлежности државног суда позивом на арбитражни споразум, а тужилац истакне приговор који се односи на пуноважност и правно дејство односно примјењивост арбитражног споразума, у ком случају осим спорних материјално-правних питања у вези уговорних односа за чије је рјешавање уговорена арбитража, међу уговорним странама може бити спорно и питање самог постојања и пуноважности арбитражног споразума, што је био разлог подношења тужбе суду ради рјешења спора, у ком случају се може појавити и дилема ко је надлежан да рјешава о том спорном питању, тачније може ли државни суд да то спорно питање ријеша.

Суд је у прилици да провјерава постојање, пуноважност и примјењивост арбитражног споразума у поступку признања или извршења арбитражне одлуке или у поступку по тужби за поништај арбитражне одлуке, што све значи у постарбитражној фази, тачније након завршетка арбитражног поступка.

Да ли је могућа претходна контрола пуноважности и примјењивости арбитражног споразума од стране државног суда, тачније у поступку по тужби за рјешавање спора за који је уговорена арбитража од чега зависи надлежност државног суда за рјешење спора?

У овом раду, аутор се бави питањем испитивања пуноважности арбитражног споразума од стране суда кроз примјер из судске праксе привредних судова Републике Српске.

1. ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ СПОРА И УГОВАРАЊЕ НАЧИНА РЈЕШАВАЊА СПОРОВА

Тужилац, електропривредно предузеће са сједиштем у Словенији, поднио је тужбу Округном привредном суду у Бијељини, против туженог, електропривредног предузећа са сједиштем у Републици Српској, односно

Босни и Херцеговини, са облигационо правним захтјевом да му тужени исплати новчана средства с наслова његова удјела у заједничкој изградњи термоелектране, накнаду за господарење уложеним средствима, накнаду штете због неиспоручене електричне енергије те да тужиоцу испоручује одредјени удио електричне енергије по интерним цијенама.

Основ тужбеног захтјева тужилац налази у два самоуправна споразума, што су их закључили правни предници страна у спору, један закључен 21.12.1981. г (СаС 1) и други закључен 1988. г (СаС 2), чији је предмет био уговорање удруживања рада и средстава ради заједничке изградње и заједничког кориштења изградјеног објекта термоелектране са одговарајућим капацитетом рудника угља.

Одредбом чл. 138 СаС 1, уговорено је да спорна питања из заједничког пословања, које није могуће рјешити непосредним међусобним договарањем односно у заједничком одбору, рјешава „ад хоц“ арбитража са уговореним саставом и начином одлучивања.

Одредбом чл. 126 СаС 2, уговорено је да се СаС 1 примјењује све до ступања на снагу СаС 2, а одредбом чл. 118 СаС 2, уговорно је да се спорна питања која настану у току заједничке изградње и заједничког кориштења а која се не ријеше непосредним договарањем путем заједничког одбора, рјешавају путем арбитраже код Заједнице југословенске електропривреде.

Дакле, предници страна у спору, несумњиво су уговорили арбитражу као начин рјешавања спорних питања која настану у току заједничке изградње и заједничког кориштења електроенергетског објекта, која се не ријеше непосредним договарањем, и која би се провела код Заједнице југословенске електропривреде.

2. СПОРНА ПИТАЊА НАДЛЕЖНОСТИ ЗА РЈЕШАВАЊЕ СПОРА

За разлику од државних судова који своје овлаштење црпе из аката државне власти чији су дио, арбитраже овлаштење црпе и заснивају на сагласној вољи израженој у уговору о арбитражи.

Уговор о арбитражи дерогира надлежност државних судова за рјешавање спорова, али не представља апсолутну запреку за покретање парнице пред судом, што је случај уколико противна страна у спору пропусти да благовремено приговори надлежности државног суда због уговореног арбитражног начина рјешавања спора. То недвосмислено произлази из одредбе чл. 438 Закона о парничном поступку (Службени гласник Републике Српске бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13 – у даљем тексту: ЗПП) према којој ће се суд коме је поднијета тужба, на приговор туженога, огласити ненадлежним и укинути све радње у поступку те тужбу одбацити уколико су странке за рјешавање одређеног спора уговориле надлежност арбитраже.

Тужилац, електропривредно предузеће са сједиштем у Словенији, поднијело је тужбу Округном привредном суду у Бијељини унаточ уговореном арбитражном начину рјешавања спорова из уговора што су их закључили предници страна у спору, а тужени, електропривредно предузеће из Републике Српске односно Босне и Херцеговине, међу осталим материјално правним приговорима, којима оспорава и основаност и висину тужбеног захтјева, истакао је процесни приговор апсолутне ненадлежности суда за рјешавање спора, позивом на уговорну арбитражу.

Тужилац је оспорио истакнути приговор судске ненадлежности за рјешавање спора уз своје правно стајалиште да је уговорена арбитражна клаузула уговора била одраз тадашњих специфичних друштвених околности односно припадности јединственом државном и привредном систему услијед чега су уговорне странке сматрале сврсисходним да у свом самоуправном споразуму уговоре да евентуалне спорове рјешава арбитража Заједнице југословенске привреде, но да је та арбитражна клаузула сада без правног дејства и неподобна за примјену из разлога што је распадом Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (СФРЈ), престала постојати Заједница југословенске електропривреде.

Заједница југословенске електропривреде основана је Законом о удруживању у заједницу Југословенске електропривреде (Службени

лист СФРЈ бр. 18/78) као облик удруживања електропривредних радних организација који је имао статус правног лица, који је Закон престао да важи доношењем Закона о престанку важења Закона о удруживању у заједницу Југословенске електропривреде (Службени гласник Републике Србије бр. 104/99).

У вријеме уговарања арбитражне клаузуле, дакле, повјера арбитраже одређеној институцији, одговара специфичним друштвеним и привредним околностима и потребама уговорних страна као електропривредних друштвених предузећа која су пословала у заједничкој, једној држави, а која институција није престала постојати услијед распада бивше заједничке државе, већ на основу закона.

Дакле, међу странама у спору појавило се спорно питање пуноважности уговорене арбитражне клаузуле због престанка постојања уговореног арбитражног тијела, што је отворило даљу дилему да ли је суд овлаштен о том спорном питању рјешавати у предметом судском парничном поступку, као о претходном питању.

3. ИСПИТИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА, ПУНОВАЖНОСТИ И ПРИМЈЕЊИВОСТИ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА ОД СТРАНЕ СУДА

Одредбе домаћег процесног законодавства односно Закон о парничном поступку, не садрже основ за судско одлучивање о пуноважности и примјењивости арбитражног споразума у спору који је покренут тужбом о ствари за чије је рјешавање уговорена арбитража већ је према одредби чл. 438 ЗПП-а, приговор туженога на надлежност државног суда за рјешавање спора довољан и једини разлог да се државни суд огласи ненадлежним за рјешавање спора. Арбитражни споразум до доношења посебне одлуке о његовој неважности представља конститутивни акт за надлежност арбитраже са истовременим дерогирајућим дејством надлежности државног суда.

Према одредби чл. ИИ став 3. Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука (тзв. Њујоршка конвенција из

1958 г), коју је ратификовала СФРЈ (Службени лист СФРЈ-Медјународни уговори бр. 11/81) и која се у Босни и Херцеговини и Словенији примјењује на основу сукцесије, конкретно у Босни и Херцеговини након извршене нотификације о сукцесији, прихваћању или приступању на основу чл. 1. И дио став 4. т. 6 Уредбе са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у Босни и Херцеговини примјењују као републички закони (Службени гласник РБИХ бр. 2/92) тако да и ова конвенција чини дио правног система Босне и Херцеговине, при чему треба истаћи и то да су прописи бивше СФРЈ преузети у Републици Српској и примјеном одредбе чл. 12 Уставног закона о примјени устава српског народа у Босни и Херцеговини (Службени гласник Српског народа у Босни и Херцеговини бр. 21/92), прописано је да суд државе уговорнице којем је поднијет на рјешавање спор о неком питању о коме су странке склопиле уговор о арбитражи, упућује странке на арбитражу, осим „ако установи да је тај уговор престао бити ваљан, без дејства или неприкладан за примјену“.

Дакле, одредбе међународног споразума дају овлаштење суду пред којим је покренут спор тужбом о ствари за чије је рјешавање уговорена арбитража, да врши оцјену пуноважности арбитражног споразума и то у предарбитражној фази, тачније док још арбитражни поступак није покренут а у ситуацији када се на истакнути приговор ненадлежности државног суда за рјешавање спора одговори приговором непримјењивости арбитражног споразума.

Стога је суд имајући у виду да одредбе Главе XXX ЗПП-а које уредују поступак пред арбитражом, представљају „lex специалис“ у односу на све остале одредбе ЗПП-а, и у том смислу посебне прописе који се примјењују по питању арбитража, основном међународних споразума рјешавао питање пуноважности предметног арбитражног споразума предника парничних странака.

У смислу одредби чл. 434, 435 и 436 ЗПП-а односно чл. ИИ Њујоршке конвенције, услови пуноважности арбитражног споразума јесу писмена форма, арбитралност спора односно његова погодност да се ријешу путем арбитра-

же, способност уговарача, да је његов предмет рјешавање постојећег или будућег спора који би могао настати из одредјеног правног односа, да није ништав, без дејства или неподобан за примјену.

Арбитражни споразум из чл. 118 СаС 2, има писмену форму, у облику арбитражне клаузуле унијете у садржај самоуправног споразума. Његове уговорне стране су била правна лица, предници парничних странака, пословно способни да га закључе. Предмет споразума је био рјешавање свих спорних питања која настану у току заједничке изградње и заједничког кориштења електроенергетских капацитета заједнички градјеног објекта. Коначно, арбитражни споразум није противан начелима јавног поретка, није закључен о захтјевима којима странке не могу располагати нити је резултат мана воље (преваре, заблуде, преваре).

Дакле, арбитражни споразум из чл. 118 СаС 2 испуњава услов писмене форме, подобан је за арбитрално рјешавање, уговорачи су били пословно способни да га закључе, за предмет је имао рјешавање спора из правног посла који је уговорен самоуправним споразумима, није ништав нити рушљив.

Шта је са подобношћу и дејством арбитражног споразума из чл. 118 СаС 2 чему је приговорио тужилац? Да ли неспорни престанак постојања Заједнице југославенске електропривреде, којој је повјерена арбитража, има за посљедицу такву мањкавост уговорене арбитражне клаузуле која даје ваљану основу за судску надлежност рјешавања спора? Да ли је у конкретном случају, са аспекта протекла времена од уговарања арбитражне клаузуле као начина рјешавања спора из самоуправног споразума, уговорена арбитражна клаузула постала неподобна за примјену?

Све су ово питања на која је ваљало одговорити у одлучивању о пуноважаности уговорене арбитражне клаузуле.

Године 1974, главни тајник Међународне трговачке коморе у Паризу (ИЦЦ), Фредериц Еисеманн, употријебио је израз „патолошка клаузула“ за арбитражне уговоре и клаузуле које садрже недостатке и пропусте усљед којих је исте немогуће или тешко примијенити.

Арбитража почива искључиво на вољи уговорених страна, те је стога и питање избора мјеста, врсте односно типа арбитраже у домену жељене правне заштите у случају спора.

Према одредби чл. 99 став 2 Закона о облигационим односима (Сл.лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85 и 57/89 те Сл. гл. РС бр. 17/93, 3/96 и 39/03 – у даљем тексту: ЗОО), при тумачењу спорних одредби уговора не треба се држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намјеру уговарача.

Полазећи од правила о тумачењу уговорних одредби, суд је оцјенио да су уговарачи арбитражне клаузуле изразили сагласност својих воља да се рјешавање спорова у вези са заједничком изградњом и заједничким кориштењем енергетских капацитета будуће термоелектране изузме из судске надлежности. То недвосмислено произлази из одредбе чл. 118 и 119 СаС 2 којом је уговорено да се сва спорна питања прво рјешавају непосредним договарањем путем заједничког одбора, а ако се не ријеше на такав начин, да се спорна питања рјешавају путем арбитраже код Заједнице југословенске електропривреде.

Дакле, несумњиво је да постоји споразум да се спорна питања рјешавају путем арбитраже, при чему је уговорено да се арбитража спроведе код Заједнице југословенске електропривреде, која је у међувремену престала постојати.

Престанак постојања Заједнице југословенске електропривреде на основу закона 2009. године није довео до губитка правног дејства арбитражног споразума односно уговарања арбитраже као начина рјешавања спора, већ има за посљедицу да сада правни сљедници уговорних странака самоуправног споразума морају осмислити механизам реализације арбитражног начина рјешавања спора одабиром друге арбитражне институције.

ЗАКЉУЧАК

Коначан, правоснажан исход поступка покренутог по тужби привредног друштва са сједиштем у Словенији, против привредног друштва са сједиштем у Босни и Херцеговини односно Републици Српској пред окружним привредним судом, у спору за који је уговорен арбитражни начин његова рјешавања, био је оглашавање суда ненадлежним, укидање спроведених радњи и одбацивање тужбе јер до закључења расправљања о процесном приговору ненадлежности суда за рјешавање спора, није доказано да је предметна арбитражна клаузула из чл. 138 СаС 1 и касније одредбе чл. 118 СаС 2, стављена ван снаге, било на основу споразума странака, поништајем или да је на неки други начин престало њено правно дејство.

Предметни спор је сада спор са међународним елементом, у коме су парничне странке правни сљедници уговорних страна некадашњих друштвених предузећа која су закључила самоуправне споразуме у вријеме постојања јединствене државе, са сједиштима у различитим државама (Република Словенија и Босна и Херцеговина). Практично, протеклом времена, предметни спор прерастао је у спор из међународних економских односа. Арбитража је самосталан и независан, недржавни орган чија се надлежност уговара слободном вољом странака са циљем рјешавања спора, и у конкретном случају уговорена клаузула самоуправног споразума о надлежности арбитраже не може се доводити у вези са дисолуцијом СФРЈ.

Суд је у конкретном случају подржао арбитражу и одбио да рјешава о спору за који би иначе био надлежан да нема арбитражног споразума, имајући у виду ефикасност арбитражног начина рјешавања спорова који је бржи и мање формалан те једностепени поступак и као такав практично захтијева од суда да се уздржи од рјешавања спорова како би се арбитражи пружио прилика да испуни своју улогу вољно уговореног начина рјешавања спорова у вези са заједничком изградњом и заједничким кориштењем електроенергетских капацитета заједнички грађеног објекта (инвестициони спор).

Саобраћајно вјештачење као доказно средство, правна и техничка питања

Сажетак

Тема рада је саобраћајно вјештачење у парничном поступку, специфичности и разграничење улога суда и вјештака. Која су правна питања на које одговор треба да да судија, а на која техничка питања одговор даје вјештак, на који начин суд треба да руководи вјештачењем, шта се сматра испуњеним задатком вјештака, када треба тражити допуну вјештачења, а када суд треба да именује другог вјештака.

Кључне речи: вјештачење саобраћајне незгоде, вјештак, градација ставова вјештака, судски поступак, пропусти учесника незгоде

Summary

The paper deals with the traffic expertise in civil litigation, specificity and demarcation of the role of the court and experts. What are the legal questions that should be answered to the judge, and the technical issues of the answer given an expert on how the court should be guided by expertise, what is considered fulfilled the task of the expert witness, when you need to look for a supplement expert, and when the court should appoint another expert.

Key words: traffic accident expertise, evidence, legal and technical, experts, graduation attitudes of experts, court proceedings, omissions participant incident

УВОД

Вјештачење је једна од најважнијих процесних радњи грађанског парничног поступка. Вјештачење је доказно средство које се одређује када за утврђивање и оцјену неке важне чињенице треба прибавити налаз и мишљења лица која располажу стручним знањима, а која знања суд не посједује. Осим у парничном, вјештачење као процесну радњу налазимо и у другим правним поступцима (нпр. кривичном поступку, прекршајном поступку, разним ванпарничним поступцима, управном поступку), па оно као радња не представља посебност грађанског парничног поступка.

У судском поступку суд утврђује само постојање оних чињеница које су значајне за судску одлуку, а то чини путем доказних средстава као процесних радњи. Развој научних сазнања, као и различитост односа у које долазе субјекти у правним односима, те с тим у вези могућност настанка међусобних спорова наметнули су да вјештачење буде готово незаобилазна процесна радња, без које се успјешно у меритуму не може окончати нити један парнични поступак.

Вјештачење се у правилу спроводи ради одговора на тачно одређено чињенично питање, а никада приликом одлучивања о примјени правне норме.

Уводно треба напоменути, иако је важност вјештака као доказног средства неупитна, да вјештак као лице које спроводи вјештачење није помоћник судије у смислу суђења. То из разлога што је вјештаково мишљење о појединој чињеници као само једној од премиса за закључивање, подложно логичкој критици суда, али и поређењу с другим врстама доказа који су спроведени у поједином поступку, како појединачно тако и свих заједно.

У пракси је врло тешко раздвојити вјештачење и закључке вјештака од суђења. За успјешност конкретног вјештачења подједнако су одговорни и судија и вјештак. Судија, ако није дао вјештаку добро потребна упутства (задатак) за вјештачење, а вјештак, ако упуте није тражио или није по њима стриктно поступио.

Рад третира саобраћајно - техничко вјештачење у парничном поступку, његове специфичности и покушава да раздвоји улогу суда и вјештака, одговори која су то правна питања на које одговор треба дати судија, која чињенична питања на која треба дати одговор вјештак. Такође, у раду се врши анализа да ли и на који начин суд треба руководити вјештачењем или је то задатак странака, шта се сматра испуњеним задатком вјештака, који су обавезни саставни дијелови вјештачења, када треба вјештачење вратити на допуну, а када именовати другог вјештака.

1. ПОЈАМ ВЈЕШТАКА И ПРАВНИ ОКВИР ВЈЕШТАЧЕЊА

Вјештак је физичко лице, које посједује стручна знања, самостално и независно у обављању вјештачења, које је у раду дужно да се придржава закона и других прописа, правила струке и домаћих и међународних важећих стандарда, именовано Рјешењем министра правде РС и уписано у Именик вјештака, који води Министарство правде Републике Српске (у даљем тексту Министарство).

Законом о вјештацима Републике Српске уређују се услови за обављање послова вјештачења, поступак именовања и разрешења вјештака, поступак уписа и брисања правних субјеката, као и права и обавезе лица

која обављају вјештачење. Вјештак обавља послове вјештачења самостално или у име државног органа, републичког органа управе као институције које у оквиру законом прописаних овлаштења врше послове вјештачења, те у име јавне и приватне установе и привредног друштва који су регистровани за послове вјештачења.

Вјештачење осим вјештака врше и правни субјекти који испуњавају услове прописане законом, државни органи, републички органи управе, који у оквиру законом прописаних овлаштења врше послове вјештачења, те јавне и приватне установе и привредна друштва регистрована за послове вјештачења.

Одредбе о спровођењу вјештачења у грађанском парничном поступку правног система Републике Српске налазе се у Глави VI – ДОКАЗИ И ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА Закона о парничном поступку Републике Српске ("Сл. гласнику РС", бр. 58 од 17. јула 2003, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13) /даље у тексту: ЗПП/, конкретно, почев од члана 147. до чл. 162. под називом „Вјештаци“.

Дакле, с обзиром на задани законски оквир вјештаци, уз увиђај, исправе, свједоке и саслушање странака представљају само једно од доказних средстава, помоћу којих странке доказују своје наводе током конкретног парничног поступка. ЗПП уједно представља и супсидијарни извор права за питање спровођења доказа вјештачењем које други процесни прописи у подручју грађанског права нису другачије или уопште регулисали.

Доказивање је процесна активност у којој парничне странке предузимају парничне радње у испитивању доказних средстава ради утврђивања истинитости њихових тврдњи и претпоставки о чињеницима које су битне за примјену права. Доказивање потпада под заједнички задатак процесних субјеката - и суда и странака. Премда су правила о терету доказивања у основи правила материјалног права, у пракси их је немогуће посматрати одвојено од поступка доказивања.

Терет доказивања је дужност процесног субјекта да суду пружи доказна средства помоћу којих се суд може увјерити у истинитост

одређене тврдње или тезе на којој почива истакнути захтјев странке. Странке су дужне изнијети чињенице на којима темеље своје захтјеве и предложити доказе којима се утврђују те чињенице. Суд је овлаштен утврдити чињенице које странке нису изнијеле и извести доказе које странке нису предложиле, само ако посумња да странке иду за тим да располажу захтјевима којима не могу располагати, ако законом није другачије одређено, али суд своју одлуку не смије засновати на чињеницама и доказима о којима странкама није дата могућност да се изјасне.

Које ће чињенице узети као доказне, одлучује суд према свом увјерењу на основу савјесне и брижљиве оцјене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, а и на основу резултата цјелокупног поступка. ЗПП је прихватио систем слободне оцјене доказа, уз нека ограничења (члан 12. ст. 3. ЗПП-а, члан 221. ЗПП-а, чланови 230.-231. ЗПП-а).

За то начело карактеристично је да суд одлучује с обзиром на прилике конкретног случаја, испитујући својства и квалитет појединих доказних средстава, формирајући своје закључке индуктивном методом. Невезан строгим законским правилима, суд је дужан узети да је одређена тврдња доказана тек кад формира лично увјерење о њеној истинитости.

Доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке. Које ће од предложених доказа извести ради утврђивања одлучних чињеница одлучује (рјешава) суд.

Вјештаци су доказно средство, док је вјештачење функција (дјеловање, дјелатност, задатак, обавеза, дужност, посао, рад) вјештака.

С обзиром на раширеност, вјештаци као доказно средство, долазе у пракси одмах након доказног средства свједоцима, с тим да резултати вјештачења у доказном погледу имају апсолутну предност у односу на исказ свједока, готово може се рећи да имају снагу извјесности и објективне истине.

У грађанском поступку не постоје вјештаци тужитеља, вјештаци туженога, већ само вјештаци суда (судски вјештаци), који могу, али и не морају бити стални судски вјештаци.

Ово је битно истаћи јер се међу вјештацима често чује израз да „бране“ налаз. Вјештак је независан од странака и његов задатак може бити да објасни налаз, а не да заступа неку од страна у поступку.

Треба истаћи да постојећи прописи регулишу правну страну вјештачења, док се само вјештачење обавља у складу с правилима струке, дакле леге артис.

Постоје размишљања да се материја вјештачења законски регулише као специфична дјелатност, по узору на адвокатуру или нотаријат, те да се уз то уреде основни постулати, општа правила и кодекс поступка вјештачења до којих би субјекти сви требало да држе. То из разлога што је улога судских вјештака постала врло осјетљива и значајна, из разлога јер практично о њиховој стручности и осталим личним квалитетима, нарочито етичности, зависи да ли ће нека странка успјети у спору или ће га изгубити.

Избор особе вјештака, нарочито кад се има у виду и могућност да вјештаци своју улогу и функцију могу злоупотребити, не би смјело бити препуштено случајности. Судије би у случајевима ако нема сагласности странака око личности вјештака, требало да именују вјештака чија је специјалност најуже повезана са предметом вјештачења. Конкретно, међу вјештацима саобраћане струке, који су тема овог рада, постоје различите специјализације, па објективно није исто ако вјештачење саобраћајне незгоде у друмском саобраћају врши вјештак специјализован за жељезнички или поштански саобраћај. Сходно претходном, суд би требало да вјештачење повјери вјештаку специјализованом за вјештачење саобраћајних незгода у друмском саобраћају, који посједује одговарајућа специјалистичка знања, рачунарске програме, искуство и вјештине.

Доношењем новог закона о вјештацима 2017. године предвиђено је да примједбе на рад вјештака могу да поднесу судије, тужиоци, странке и пуномоћници странака, државни органи, републички органи управе, као и друге институције, односно установе. Примједбе се подносе Министарству правде РС. Примједбе, као и изјашњење вјештака, министар доставља

комисији, ради разматрања и предлагања одговарајућих мјера. Комисију чине два члана из реда стручњака из области за коју се именује вјештак и један члан комисије у име Министарства.

Ову „новину“ у нашем закону треба искористити да се успостави контрола и једнообразност у вјештачењима, да се вјештаци, који свој посао раде честито и у складу са струком и науком, раздвоје од вјештака који пишу наручена вјештачења у складу са жељама странака и налазима пуномоћника.

2. ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА ВЈЕШТАЦИМА

Законодавац је настојао ограничити употребу овог доказног средства од стране суда, па је нагласак стављен на иницијативу странака, као и за остале доказе (члан 147), а уједно је вјештачење у једној области ограничено на само једног вјештака (члан 149).

Ако је за извођење доказа потребно стручно знање којим суд не располаже, суд ће на приједлог странке одредити вјештачење. Странка која предлаже вјештачење дужна је у приједлогу назначити предмет и обим вјештачења, те предложити особу која ће обавити вјештачење.

Вјештачење по вјештаку саобраћајне струке се одређује ради разрешења чињеничних и техничких питања битних за доношење одлуке о кривици за настанак незгоде. Ово не значи да ће се вјештак изјашњавати о кривици, нити да ће вјештак утврђивати кршење прописа или одређивање доприноса за настанак незгоде. Вјештачење се одређује када суд не посједује стручно знање из области науке, физике, динамике, технике и сл, а које је неопходно ради утврђења или разјашњења одређених чињеница битних за одлучивање.

Вјештак, дакле, помаже суду при утврђивању или разјашњењу одређених чињеница које су важне за утврђивање истинитости навода који су предмет доказивања, тако што, на основу свог стручног знања, а посебно на основу вјештине, запажа чињенице које постоје у часу суђења и које би и сам суд могао опажати када би располагао потребним знањем, износи

суду та запажања (налаз), те даје закључак о њиховом значају, дјеловању и посљедицама. Вјештак даје своје мишљење, али то мишљење суд мора довести у везу са другим доказима и подвргнути логичкој критици.

Постоји одређена дилема у пракси, да ли парнични суд може као доказ користити налаз и мишљење вјештака о некој важној и спорној чињеници која се појављује у конкретной парници, који је налаз и мишљење сачињен у оквиру и за потребе неког другог нпр. кривичног поступка. Мишљења смо да у правилу може, али под условом да се ради о идентичним чињеницама, да су парничне странке о томе сагласне, те да се странкама транспарентно пружи могућност да расправљају о том доказу.

Изведене доказе суд просуђује по слободном увјерењу, али је дужан стечено увјерење оправдати увјерљивим и логичким разлозима, да би се могло провјерити има ли такво увјерење правну и чињеничну основу.

У парничном поступку није формално обавезно спровођење доказа вјештацима, али готово је јединствен став судске праксе да страна која пропусти предложити доказ вјештацима губи спор према правилима о терету доказивања.

3. ПРЕДМЕТ ВЈЕШТАЧЕЊА

Од посебног је значаја одређивање предмета и обима вјештачења. У пракси се вјештаци врло често позивају само да изврше вјештачење, без посебног одређења предмета и обима. Непрецизно одређивање предмета и обима вјештачења или њихов потпуни изостанак, често резултирају потребом бројних допуна налаза и мишљења, а тиме и непотребним продужењем трајања поступка. Ово се сматра пропустом суда јер закон изричито прописује ову обавезу суда.

Саобраћајно - техничка вјештачења се одређују ради разјашњења неке правно релевантне спорне чињенице, а спроводе се када је за ту активност потребно стручно знање из домена саобраћаја, технике и вјештина.

У складу са страначким начелом, вјештачење суд одређује на приједлог странке. Странка је обавезна навести прецизно обим и предмет

вјештачења те предложити личност вјештака. Судија ће, имајући у виду приједлог странака, донијети рјешење којим одређује предмет и обим вјештачења, тј. вјештаку поставља конкретна питања на која овај треба да да одговоре. Вјештак је дужан поступити у складу са правилима струке и постављеним задатком, те примијенити одговарајуће научне методе и исте образложити у свом налазу.

Вјештак мора бити у могућности да створи свеобухватну слику о предмету спора како би могао суду помоћи да утврди односно разјасни одређене чињенице. Због тога се вјештаку дозвољава разматрање списка предмета. Вјештаку се у пракси увијек даје спис на разматрање, јер само рјешење о вјештачењу обично не садржи довољно података о предмету спора. Међутим, увид у спис је од нарочитог значаја када се налаз и мишљење не могу дати на основу прегледа ствари, односно лица мјеста, јер ствари и трагови више не постоје, већ на основу доказа, исказа свједока или странака, који се налазе у спису. Из истог разлога предвиђа се и овлаштење вјештака да странкама поставља питања, а тиме и дужност странака да вјештаку дају потребна разјашњења. Ако је у предмету одређено вјештачење из различитих области од стране два или више вјештака, они могу један од другог тражити разјашњења неопходна за израду њиховог налаза и мишљења.

Ако вјештак треба да разгледа неки предмет ради вјештачења, а тај се предмет налази код неке од странака, примјењују се одредбе о дужности предаје исправа (чл. 134. и 135), па ће рјешењем суд наложити странци да у одређеном року преда предмет суду или да вјештаку омогући да предмет прегледа.

Вјештак није овлаштен да самостално прибавља било какве доказе који се не налазе у спису, уколико му то суд, на сагласан приједлог странака, искључиво не наложи. У пракси се често дешава да поједини вјештаци самостално прикупљају „недостајућу“ документацију, коју су странке пропустиле предложити у спору. Важећи ЗПП не предвиђа могућност извођења нових доказа да би се утврдиле околности које су од важности за стварање мишљења вјештака. Ако би вјештак у свом налазу и

мишљењу указао да не располаже одређеним чињеницама које су му неопходне, могло би се евентуално допустити странкама да у складу с одредбом члана 102. ЗПП накнадно предложе извођење нових доказа ради утврђивања тих чињеница, али суд сам не би могао одређивати извођење нових доказа. Ако имамо у виду законске одредбе о предлагању доказа, видимо да су странке дужне најдоцније на припремном рочишту да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтјеве и да предложе све доказе које желе извести у току поступка, те да на припремном рочишту донесу све исправе и предмете које желе употријебити као доказ. Изузетно странке могу у току главне расправе износити нове чињенице и предлагати нове доказе, само ако учине вјероватним да их без своје кривице нису биле у могућности изнијети, односно предложити на припремном рочишту.

Дакле, вјештак је у парничном поступку дужан вјештачити искључиво на основу доказа који су предложени на припремном рочишту и који се налазе у спису, а ако на основу тих доказа није могуће извршити вјештачење, суд је дужан поступити у складу са одредбама правила о терету доказивања. У пракси се, нажалост, често дешава, ако вјештак наведе да нема довољно података за вјештачење, да суд предмет упути наредном вјештаку и тако даље све док не „нађе“ вјештака који је спреман написати налаз без довољно доказа.

4. ДОМЕН РАДА ВЈЕШТАКА

На основу рјешења суда, којим се одређује предмет вјештачења, вјештак ће у складу са правилима струке сачинити налаз и мишљење. Без обзира на наведени обим и предмет вјештачења наведен у рјешању, вјештачење садржи минимално анализу података о:

- учесницима незгоде;
- путу, саобраћајној сигнализацији и времену;
- повредама учесника;
- оштећењима возила;
- траговима саобраћајне незгоде;
- брзини и динамици кретања возила;

- временско просторну анализу (непосредно прије, као и у тренутку настанка незгоде) могућности избјегавања незгоде;

На основу напријед наведених анализа података вјештак ће сачинити налаз и изнијети своје мишљење о току настанка незгоде. Мишљење које вјештак износи треба да буде ослобођено коментарисања правних прописа, али то не значи да их вјештак неће примјењивати. Вјештак неће на непосредан начин тумачити правне норме, али у свом раду је неопходно да има висок степен познавања истих. Вјештак саобраћајне струке поред познавања научних принципа и достигнућа из области физике, математике и других природних наука, мора имати изражена стручна знања из области регулисања саобраћаја, пројектовања саобраћајница, израде и карактеристика возила, постављања и важења саобраћајне сигнализације и сл.

Из претходног видимо да нпр. на питање важења одређеног саобраћајног знака заједнички дају одговор и суд и вјештак, при чему је задатак вјештака да утврди да ли је постављени саобраћајни знак израђен и постављен у складу са техничким стандардима које прописује Правилник о саобраћајној сигнализацији (материјал, боја, рефлексија, облик, висина, видљивост и сл), а задатак суда је да техничке чињенице које је утврдио вјештак подведе под важење и значење конкретне правне норме. Овај однос се може посматрати и као однос форме и садржине. Вјештак је тај који суду даје знање о техничким детаљима садржине одређене чињенице, а суд је тај који ту суштину формализује и уобличава у складу са постојећим саобраћајним прописима.

Анализа саобраћајне незгоде је анализа начина на којој се незгода догодила и под којим околностима би могла бити избјегнута и то је основни задатак вјештака. Ова анализа нужно у себи садржи и одговоре на нека правна питања, а нарочито питања која се односе на примјену техничких стандарда пута, сигнализације, возила и сл.

Задатак суда би био да на основу такве анализе вјештака утврди које су то правно релевантне чињенице. Суд би на основу тих чињеница и

других доказа требало да закључи о узроку настанка незгоде и посљедицама, односно о околностима и доприносима учесника за настанак незгоде.

5. РЕЗУЛТАТ ИЗВОЂЕЊА ДОКАЗА ВЈЕШТАЦИМА - НАЛАЗ И МИШЉЕЊЕ ВЈЕШТАКА

По обављеном вјештачењу, вјештак подноси суду извјештај о свом налазу и даје мишљење. Чињенице које вјештак сазна или опази истраживањем у складу са правилима науке, струке или вјештине представљају налаз. Вјештак мора описати предмет вјештачења, и то према стању предмета у тренутку када се поступак вјештачења спроводи.

Налаз и мишљење вјештака, поред уводног дела у коме су дати основни подаци о незгоди и учесницима незгоде, и налаза у коме се анализирају технички параметри настанка, а посебно могућности избјегавања незгоде, крунисан је мишљењем, у којем је неопходно да вјештак објасни који су то пропусти учесника незгоде, односно шта је то учесник учинио, а није требало да учини и/или није учинио, а био је дужан да учини. Јасно дефинисање пропуста у великој мјери олакшава стварање слике о значају и величини пропуста учесника незгоде и на тај начин помаже креирању правилних судских одлука.

Основна улога саобраћајно-техничких вјештака односи се на стручно тумачење и анализу трагова (посљедица) саобраћајне незгоде, откривање законитости њиховог настанка и поуздано утврђивање важних околности настанка незгоде, уз обавезно давање стручног мишљења. Вјештак одређује пропусте који могу бити: пропусти у вези са стварањем опасне ситуације, пропусти у вези са могућностима избегавања незгоде, пропусти у вези са евентуалним доприносом тежини посљедица незгоде. Дефинисање пропуста од стране вјештака јесте дефинисање различитости понашања учесника у незгоди од просјечног учесника у саобраћају који се понаша у складу са правилима саобраћаја. Вјештак се не изјашњава о пропустима у смислу повреде конкретних правних норми, али његов

задатак је да првенствено анализира исказано понашање учесника у незгоди, а затим да то понашање упореди са правилним понашањем. Овде истина вјештак улази дијелом у примјену права, али ако имамо у виду да су саобраћајни инжењери ти који су овлаштени за обучавање возача и конструисање путева, очигледно је да посједују одговарајућа знања и за давање таквог мишљења. Ипак ради неповредивости права на независност и самосталност судова, такво мишљење суд не мора прихватити.

Суд ће сачињени писани налаз и мишљење доставити странкама прије рочишта, на којем ће се о њима расправљати. Вјештак увијек мора усмено на расправи пред судом изнијети свој налаз и образложити своје мишљење (начело непосредности извођења доказа).

На основу утврђених чињеница приказаних у налазу, вјештак је дужан изнијети своје мишљење о предмету вјештачења. Вјештак је, дакле, дужан суду изнијети и методе којима се служио при запажању чињеница, те правила науке или вјештине која је примијенио. Ова дужност вјештака да да образложење свог мишљења одраз је права суда и странака да рад вјештака подвргну анализи и критици. То мишљење мора бити јасно, документовано и логички изложено. Дужност је вјештака да потпуно и прецизно образложи своје мишљење, да се изјасни како је дошао до своје оцјене, односно закључка у вези са испитаним и утврђеним чињеницама.

Ако суд пропусти да од вјештака затражи да се на тражење странке изјасни о одређеној одлучној околности у вези с налазом и мишљењем, сматраће се да је тој странци онемогућено право на расправљање пред судом. Овакав пропуст суда се сматра битном повредом одредаба парничног поступка.

Суд мора оцијенити налаз и мишљење вјештака, прије свега у садржајном погледу, тако да га схвати и процијени.

У поступку спровођења доказа вјештачењем, странке могу стављати приговоре на конкретан садржај налаза и мишљења вјештака, нарочито ако су налаз и мишљење нејасни, непотпуни, необјективни или противрјечни. Странка која приговара налазу и мишљењу

вјештака дужна је истаћи конкретне примједбе. Изјашњење парничне странке о налазу и мишљењу мора бити изричито, одређено и у њему се мора тачно навести у чему се састоји нестручност вјештака. Приликом оцјене примједби странака, суд мора образложити зашто те примједбе сматра неоснованим. Ако у току поступка прихвати примједбе странака, суду стоји на располагању могућност за санацију пропуста у вјештачењу у распону од тражења додатних разјашњења од вјештака до обнове поступка вјештачења са другим вјештацима.

Ако су налаз или мишљење нејасни, непотпуни или противрјечни, суд ће позвати вјештака да их допуни или исправи, уз напомену о томе у којем је смислу потребно извршити допуну или исправку, те ће му за то оставити накнадни рок. Ако се на самој главној расправи на основу примједби странака, утврди да је налаз непотпун или противрјечан, или ако се вјештак на ове примједбе не може изјаснити на самој главној расправи, суд би, на захтјев странке, морао наложити вјештаку да достави писану допуну или исправку, те би то био оправдан разлог за одлагање у смислу члана 112. ст. 1. тачка 2. У том случају, поново би требало одредити рок за доставу допуне или исправке налаза, имајући у виду да оне, као и првобитни налаз, морају бити достављене странкама најмање осам дана прије одржавања сљедећег рочишта за главну расправу. Ако вјештак не поступи по позиву суда, суд ће поступити као да налаз није ни достављен, тј. одредиће другог вјештака.

6. КО СУДИ СУДИЈА ИЛИ ВЈЕШТАК?

У пракси, нарочито у парничним поступцима са сложенијим чињеничним супстратом, гдје је помоћ вјештака у утврђивању чињеница неопходна и незамјењива, вјештак изналази и утврђује правно релевантне чињенице, као премисе миор за разрјешавање спора странака. Судија у вршењу своје функције, служећи се логичким силогизмом утврђене чињеничне премисе које је утврдио (и) вјештацима супсумира под правна правила као премисе маиор, да би у коначници мисаоним

процесом судије, изрека пресуде представљала конклузију, која чини извор права интер парес. Вјештак у свом раду примјењује научне методе, правила људског искуства и вјештина, а судија у суђењу логичке постулате. Судија је у оцјени доказа слободан, али га ипак везују правила поступка и људске логике. Слободно судијско увјерење значи дискреционо право да се на основу познавања ствари доносе одлуке.

Да ли суд може другачије утврдити чињенице од оних на које указује вјештак у свом налазу, односно да ли је суд везан налазом и мишљењем вјештака?

У теорији процесног права готово јединствено је мишљење да је суд дужан подвргнути налаз и мишљење вјештака својој оцјени, као и сваки други спроведени доказ. У даљој разради, долазимо готово до апсурдне ситуације, тј. да суд може критички оцијенити налаз и мишљење вјештака, када му управо недостаје оно неопходно стручно знање због којег је одређено вјештачење. Ипак, рјешење тог парадокса налазимо у основној поставци сваке правне државе, а то је независност судова, јер пресуда мора бити у складу са схватањем суда, који сноси и одговорност за своју одлуку.

То је уједно и одговор на постављено питање овог поднаслови. Међутим, што ако се суд не сложи са коначним налазом и мишљењем вјештака?

Приклањамо се мишљењу да тада треба сматрати да је вјештачење неуспјело, односно да је чињеница која је требало да буде утврђена вјештацима, остала неутврђена и да суд треба поступити према правилу о терету доказивања.

ЗАКЉУЧЦИ

Резимирајући ову тему можемо закључити да је улога саобраћајно – техничког вјештачења у парничном поступку непроцјењивог значења. Вјештачење, као функција вјештака требало би да буде егзактан, емпиријски рад базиран на науци, струци односно вјештини, ослобођен субјективности и пристраности, а да ли је увијек тако, видимо код практичног спровођења тог доказа у бројним парничним поступцима.

Вјештаци морају бити свјесни своје велике одговорности које имају у парничном поступку, тим више што пракса судова показује да се врло риједко догађа да суд иде противно налазу и мишљењу вјештака од којег је затражио помоћ у утврђивању поједине чињенице.

На крају морамо изрећи помало горку истину да је судбина постављеног тужбеног захтјева често у рукама вјештака, а не квалификованог и независног суда.

ЛИТЕРАТУРА

1. Коментари закона о парничном поступку,
2. Грађанско парнично процесно право, Загреб. 1986., стр. 434 и Дика - Чизмић, Коментар Закона о парничном поступку ФБиХ, Сарајево, 2000., стр. 433
3. Коментар Закона о парничном поступку, Зечевић, Сарајево, 2004.ЗПП
4. О доказу вјештачењем у парничном поступку, Привредно-правни приручник број 10/68 Правољуб Бојаџић
5. Дефинисање и класификација пропуста учесника саобраћајне незгоде, Крсто Липовац, дипл. инж; Душко Пешић, дипл. инж; Милан Божовић, дипл. инж. Стручни рад, Врњачка Бања 2009.
6. Разграничење правних и саобраћајно - техничких питања код настанка опасне ситуације, Милан Бане Стевовић, адвокат, Стручни рад, Перућац 2015.
7. Вјештаци - доказно средство у грађанском парничном поступку, Никола Опатић, судија Жупанијског суда у Великој Горици, Стручни рад, Загреб 2004.
8. Домен рада вјештака саобраћајно техничке струке, М. Вујанић Д. Обрадовић, М. Божовић, Стручни рад, Златибор 2012.
9. Правно питање и саобраћајно-техничко питање у судској пракси, Весна Стевовић, Стручни рад, Златибор 2012.

Јединствена заштита људских права у Европи - осврт на Европску конвенцију о људским правима

Сажетак

До краја друге половине двадесетог и почетком двадесет првог века свуда у свету, посебно у Европи, идеја о афирмацији људских права је ојачана. За европских земаља, идеја о успостављању јединствене заштите људских права и основних слобода је правно обликован усвајања Европске конвенције о људским правима. Одредбе Конвенције који се састоји од каталога конвенционалних права су формулисани на апстрактан начин који је у духу европског-континенталног правног система. У раду се анализирају Право на живот (члан 2); Забрана мучења (члан 3); Забрана ропства и принудног рада (члан 4); Право на слободу и сигурност (члан 5); Право на правично суђење (члан 6); Нема казне без закона (члан 7); Право на поштовање приватног и породичног живота (члан 8); Слобода мисли, савести и вероисповести (члан 9); Слобода изражавања (члан 10); Слобода окупљања и удруживања (члан 11); Право на брак (члан 12); Право на дјелотворан правни лијек (члан 13); Забрана дискриминације (члан 14).

Summary

By the end of the second half of the twentieth and beginning of the twenty-first century everywhere in the world, especially in Europe, the idea of affirmation of human rights was strengthened. For European countries, the idea of establishing a unique protection of human rights and fundamental freedoms has been legally shaped by the adoption of the European Convention on Human Rights. The provisions of the Convention that consists of a catalog of conventional rights are formulated in an abstract manner which is in the spirit of the European-Continental legal system. The paper analyzes Right to life (Article 2); Prohibition of torture (Article 3); Prohibition of slavery and forced labour (Article 4);

* Република Србија, email:advokatsandacorac@gmail.com

Right to liberty and security (Article 5); Right to a fair trial (Article 6); No punishment without law (Article 7); Right to respect for private and family life (Article 8); Freedom of thought, conscience and religion (Article 9); Freedom of expression (Article 10); Freedom of assembly and association (Article 11); Right to marry (Article 12); Right to an effective remedy (Article 13); Prohibition of discrimination (Article 14).

УВОД

Усвајање Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту "Конвенција")¹ након Другог светског рата представља својеврсну реакцију на драматично искуство нацизма и фашизма, као и на масовна кршења људских права. Непоштовање људских права од стране утицајних вођа тог времена, довело је до познатих трагичних последица. Због тога, Конвенција представља правни израз политичке воље европских држава, који за циљ има спречавање појаве нових недемократских режима, али и намеру да учврсте мир и осигурају јединство континента успостављањем јединствене заштите људских права и индивидуалних политичких слобода у Европи.²

Као правни акт Савета Европе, Конвенција је усвојена 1950. године у Риму. Усвајање и примена Конвенције, у делу правне теорије, оцењује се као најзначајнији корак у развоју права у европској историји и крунско достигнуће Савета Европе.³ Означена је и као есенцијални део заједничког европског наслеђа, изузетно сведочанство европске етичке и правне културе.⁴ Некадашњи председник Европског суда за људска права (Rolv Ryssdal), описао је Конвенцију као

"основни закон Европе".⁵ О њеном значају говори и констатација да се сви документи европског права људских права који садрже детаљније разрађене гаранције појединих специфичних људских права или појединих група људских права, по правилу, већ у својим преамбулама, позивају на Конвенцију, признајући јој тако статут *lex generalis* и *lex superior* у европском систему људских права.⁶ Током низа година од доношења, Конвенција је постала најчвршћи и најкохерентнији систем заштите људских права у међународној заједници.⁷

Сврха доношења Конвенције је гарантовање корпуса права, па онда и успостављање механизма њихове заштите на европском континенту. Замишљена је као систем "раног реаговања" (*early weaking system*) који треба да спречи да државе западну у тоталитаризам и има улогу својеврсног "појаса за спасавање", којим треба обухватити оне повреде људских права које су измакле контроли националних судова.⁸

Приступањем Конвенцији државе преузимају обавезу поштовања њених одредби, с обзиром да овај међународни инструмент има облик уговора.⁹ При томе, Конвенција не прецизира начин на који ће свака страна уговорница

¹ Примењује се и у Републици Србији, на основу Закона о ратификацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, *Сл. лист Србије и Црне Горе-Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005.

² J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava (Strasbourgški acquis)*, Zagreb, 2013, str. 13.

³ M. O'Boyle, *On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, Issue 1, 2008, p. 268.

⁴ L. Wildhaber, *Annual Report 2004 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*, Strasbourg, 2005, p. 33, доступно на http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2004_ENG.pdf

⁵ Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, Књига прва, Београд, 2005, стр. 5.

⁶ В. Јончић, М. Петровић, *Конвенција о људским правима и биомедицини и европски систем гаранције људских права*, Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније (II), Београд, 2012, стр. 668.

⁷ М. Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993, стр. 9.

⁸ М. Настић, *Уставноправни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, докторска дисертација, Ниш, 2012.стр. 29.

⁹ Уговорни облик је намерно изабран, као и у многим другим међународним организацијама које су прихватиле дотадашњи начин стварања правних правила, како се члановима организације не би аутоматски наметала правила понашања; та правила важе само за државе које их изричито прихвате, што се најбоље постиже путем уговора који се (бар теоријски) слободно прихватају. М. Милојевић, *Европска конвенција о људским правима и дужности држава и Европска конвенција унутрашње право*, Ревизија за европско право бр. 2-3, Крагујевац, 2008, стр. 7.

обезбедити поштовање гарантованих права. То је домен сваке државе појединачно. Ратификацијом Конвенције оне преузимају обавезу да сваком лицу под својом јурисдикцијом фактички осигурају поштовање гарантованих права.¹⁰ При томе, неопходно је истаћи да су гарантована само она права која су сматрана суштинским за интеграцију европске демократије, која је било могуће јединствено формулисати и, што је још важније, за која је постигнут договор о међународном надзору над њиховим спровођењем.¹¹ Самим тим, каталог гарантованих права није свеобухватан. Он представља минимум (доњу границу) права, који државе уговорнице морају поштовати, с тим да их могу проширити и допунити другим правима.

Уз гарантовање низа супстанцијалних права Европска конвенција успоставља и посебан систем њихове заштите оснивањем Европског суда за људска права и прописивањем низа организационих и функционалних правила његовог рада.¹²

ПРЕГЛЕД САДРЖИНЕ ПРАВА ГАРАНТОВАНИХ ЕВРОПСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Конвенција се састоји од преамбуле, основног текста и 14 протокола.¹³

У преамбули је наглашено да државе, усвајањем Конвенције, предузимају прве кораке ка зајед-

ничкој заштити људских права наведених у Универзалној декларацији, а са циљем постизања већег јединства међу државама уговорницама. Један од начина за остварење тог циља је очување и развијање основних људских права. Зато би се могло рећи да преамбула говори не само о "заштити" већ и о "развоју основних права и слобода", указујући на овај начин да предмет није статичан и дефанзиван, већ динамичан и офанзиван.¹⁴ Овај динамизам је тековина једног еволутивног процеса са тенденцијом да се све више и више ограничи суверенитет држава и поспешити хармонизација права.¹⁵ Уз то, потребно је нагласити и доминантан карактер принципа владавине права (*the rule of law*) у преамбули, који је заједно са гарантовањем основних права и слобода претпоставка за изградњу и очување демократског друштва.¹⁶

У основном тексту Конвенције, у чл.1 дефинисана је обавеза поштовања људских права, односно обавеза држава уговорница да свакоме ко потпада под њихову надлежност гарантују права и слободе одређене у Делу I Конвенције.¹⁷

Сама права гарантована Конвенцијом можемо груписати према доминантним карактеристикама и у наставку нису приказана према редоследу наведеном у Конвенцији. Најпре су ту права која су апсолутно заштићена и не подлежу било каквим ограничењима. Такво је право на живот, које се свакако може окарактерисати као најелементарније, од којег Конвенција

¹⁰ Иако су Конвенцијом државе прихватиле одређене дужности оне су задржале велику слободу у законском уређивању услова за уживање права и слобода, укључујући знатна овлашћења у погледу увођења ограничења у општем друштвеном интересу, као и право да стављају резерве на поједине одредбе Конвенције и протокола у случају њихове несагласности са законом. *Ibid.*

¹¹ М. Настић, *op.cit.*, стр. 32.

¹² Вид. нпр., чл. 32., у погледу надлежности за све предмете који се тичу тумачења и примене Европске конвенције и протокола уз њу.

¹³ Основни текст Конвенције састоји се из три дела. Део I садржи каталог гарантованих права (чл.2-18); Део II уређује организацију, овлашћења и надлежност Европског суда за људска права (чл.19-51); Део III садржи остале одредбе којима се регулишу процедурална питања и надлежности које се односе на потписивање, ратификовање, тумачење Конвенције и њену примену (чл.52-59). Текст Конвенције доступан је на http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/163_ekljp_-_tekst_konvencije.pdf

¹⁴ З. Поњавић, *Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота*, Правни живот, бр.9/2003, стр. 824.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд, 2006, стр. 49.

¹⁷ Овакво дефинисан први члан Конвенције тумачи се у литератури као прилично непрецизан. Као први разлог наводи се чињеница да Део I обухвата и чланове 15-18 који уопште не гарантују права, док је други разлог што права гарантована протоколима нису њиме обухваћена. Ch.Grabenwarter, *European Convention on Human Rights (Commentary)*, München, 2014, p. 2.

у установљавану и заштити права полази. Оно има посебан статус и даје основ и смисао осталим вредностима које човек има.¹⁸ Конвенција не гарантује безусловну заштиту живота, нити његов одређени квалитет, већ једино обавезу државе да људски живот као такав штити. При томе, не сматра се противправним лишењем живота оно које проистекне из употребе силе која је апсолутно неопходна приликом одбране неког лица од незаконитог насиља, извршења законитог лишења слободе или спречавања бекства лица законито лишеног слободе или законитих мера које се предузимају ради сузбијања нереда или побуне. У групу апсолутно заштићених спада и право којим се забрањује мучење, нечовечно или понижавајуће поступање или кажњавање, гарантовано чл.3 Конвенције.¹⁹ Овим чланом обезбеђује се заштита моралном и физичком интегритету људских бића, а било који вид злостављања представља "флагрантну негацију човечности".²⁰ Уживање овог права не може бити ограничено ни позивањем на неке посебне околности (нпр. ванредно или ратно стање).²¹ Ипак, да би се могло говорити о повреди овог права, потребно је да повреда буде знатно већег интензитета од уобичајеног, односно да достигне минимални ниво суровости (*minimal level of severity*). Забрана ропства или ропског положаја гарантована чл.4 Конвенције, такође се убраја у апсолутно заштићена права и не може се укинути ни у

једној ситуацији и ни под каквим условима.²² Аутономија воље странака на основу које би неко лице пристало на ропски положај и тиме се одрекло ове гаранције није допуштена, јер је супротна *jus cogens*-у међународног права. Други став чл.4 забрањује обављање принудног или обавезног рада, док су трећим ставом предвиђене ситуације које се не могу подвести под појам "принудни или обавезни рад" и то су: а) рад уобичајен у склопу лишења слободе одређеног у складу чл.5 Конвенције или током условног отпуста; б) службу војне природе или, у земљама у којима се признаје приговор савести, службу која се захтева уместо одслужења војне обавезе; ц) рад који се захтева у случају кризе или несреће која прети опстанку или добробити заједнице; д) рад или службу која чини саставни део уобичајених грађанских дужности.

Другу групу конвенцијских права чине она која трпе извесна ограничења. Претходно је потребно напоменути врло корисну класификацију ових ограничења постављену у теорији. Наиме, наводи се да су државе уговорнице свих међународних инструмената којима се гарантују основна права овлашћене да у тачно утврђеним ситуацијама ова права подвргну одређеним ограничењима, па чак и да нека од њих ставе извесно време ван снаге.²³ Зависно од врсте и значаја појединих права могуће је говорити о

¹⁸ У чл. 2/1 Конвенција прописује да је право на живот сваке особе заштићено законом и да нико не може бити лишен овог права, осим у случају извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.

¹⁹ Мучење представља нечовечно поступање које проузрокује озбиљну и сурову физичку или душевну патњу. Нечовечно поступање подразумева изазивање јаким физичких или душевних патњи. Понижавајуће поступање или кажњавање представља злостављање које унижава особу, умањује њено достојанство, изазива осећај страха и душевне патње способне да сломи морал неке особе, према О. Рачић, Б. Милинковић, М. Пауновић, *Људска права: пет деценија од усвајања Опште декларације о правима човека*, Београд, 1998, стр. 90.

²⁰ М. Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда...*, стр. 52.

²¹ Савет Европе је у заштити овог права отишао и корак даље усвајањем Европске конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака (вид. Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, изменене и допуњене Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, "Службени лист СЦГ - Међународни уговори", бр. 9/2003 од 26.12.2003.). Значај наведене конвенције је између осталог и у томе што установљава Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања. Овај посебан механизам састављен је од експерата различитих струка и не разматра појединачне представке, нити по њима поступа, већ надгледа поштовање и имплементацију преузетих обавеза од стране држава уговорница.

²² Појмови "ропство" и "ропски положај" свакако нису идентични. У чл.1 Конвенције о ропству из 1926. године потврђене и у нашој држави ("Службене новине", бр. 234/29), ропством се сматра потпуно власништво једног лица над другим, док се ропски положај дефинисан у чл.7 Допунске Конвенције о укидању ропства, трговине робљем и институцијама и пракси сличних ропству из 1956. године ("Службени лист ФНРЈ"-Додатак, бр. 7/1958), тиче мањих ограничења слободе, где постоје услови рада или службе који су изван контроле појединца.

²³ М. Пауновић, *Основи људских права – изворник и појмовник*, Београд, 2002, стр. 60.

три врсте оваквих ограничења: стављање ван снаге (дерогација) појединих људских права, потом постоје тзв. инхерентна (утрађена) ограничења неких категорија људских права и на крају држави стоје на располагању и факултативна ограничења која она може, али не мора увести ослањајући се на тзв. рестриктивне (ограничавајуће) клаузуле које прате неке од заштићених права.²⁴

Најпре, дерогација је као вид ограничења предвиђена Конвенцијом у чл. 15 и везује се за неке ванредне околности. У том смислу овај члан, између осталог, предвиђа да у доба рата или друге опште опасности која прети опстанку нације, свака држава уговорница може предузети мере које одступају од њених обавеза по овој конвенцији. При томе, одступање у ванредним околностима могуће је само у најнужнијој мери коју ситуација изискује, уз испуњење два услова: да таква мера мора бити у складу са обавезама државе које она има према међународном праву и уз услов да је надлежни орган (генерални секретар Савета Европе) о томе обавештен.

Друга врста тзв. инхерентних (утрађених) ограничења конвенцијских права подразумева да су ова права ограничена у самој формулацији, дакле стално. Ова ограничења дефинисана су прецизним набрајањем изузетака када се одређено право не може користити, односно када се на њега нико не може позвати.²⁵ Пример ове врсте ограничења права евидентан је у чл. 5 Конвенције. Овим правом првенствено се штити појединац од арбитарног хапшења и лишења слободе, па се наводи да свако има право на слободу и безбедност личности и нико не може бити лишен слободе осим у тачно наведеним случајевима и у складу са законом

прописаним поступком. Исти став одређује дозвољене основе за лишење слободе, пописујући списак изузетака од општег правила. Стога, чл. 5 ствара обавезу да свако хапшење или лишење слободе буде у складу са законом (процесним и материјалним) и да је *de facto* извршено из Конвенцијом набројаних околности. То истовремено значи и да државе уговорнице немају дискреционо право да стварају нове врсте оправдања за лишавање слободе или хапшење, већ да морају поступати у оквирима које утврђује Конвенција.²⁶

Посебан тип допуштених ограничења представљају факултативна ограничења, односно овлашћења државе да по различитим основама, у општем друштвеном интересу, ограничи вршење појединих права.²⁷ У члановима 8-11 Конвенције груписана су права која садрже овај вид ограничења, а тичу се душевног и моралног интегритета личности.

Конвенција, у чл. 8 штити право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке. Тиме се штити приватна сфера појединца, право човека да живи како жели, заштићен од јавности, а до извесне мере обухвата и право на успостављање и неговање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања сопствене личности.²⁸ Слобода мисли, савести и вероисповести зајамчена је чл. 9. Ово право укључује и слободу промене вере или уверења, слободу појединца да сам или у заједници, јавно или приватно испољава веру или уверење и то молитвом, проповедањем, обичајима и обредом.²⁹ Слобода изражавања гарантована је чл. 10 Конвенције.³⁰ Право на слободу изражавања, у разним видовима и начинима, није само један од камена темељаца демократије, већ и предуслов за

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ М. Настић, *op.cit.*, стр. 33.

²⁷ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2013, стр. 69.

²⁸ А. Drzemczewski, *The right to respect for private and family, home and correspondence, Human right files*, No.7, Strasbourg, 1984, p. 7-8.

²⁹ О праву на слободу мисли, савести и вероисповести често се говори као једном од темеља демократског друштва. Ово право је, у својој верској димензији, један од најзначајнијих елемената идентитета верника и њиховог схватања живота, али је уједно и од вредности за атеисте, агностике, скептике, као и за оне који су незаинтересовани (*Case of Kokkinakis v. Greece*, No. 14307/88 од 25. маја 1993., §31).

³⁰ За разлику од чл. 9 који гарантује неометан и слободан унутрашњи, филозофски и психолошки живот појединца, чл. 10 гарантује тзв. *forum externum*, односно слободу комуникације. А. Јакшић, *Европска конвенција...*, стр. 292.

остваривање многих других права и слобода предвиђених Конвенцијом. Ово право укључује слободу сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја, без мешања јавне власти и без обзира на границе. Члан 11 тиче се слободе окупљања и удруживања са другима, укључујући право оснивања синдиката и учлањивање у њега ради заштите својих интереса. Институти слободног окупљања и удруживања су веома блиски и из тог разлога су регулисани истим чланом.³¹ У случају јавних окупљања неопходно је прибавити дозволу државе која је у том случају у обавези да његове учеснике заштити. У том смислу наглашава се да овај члан подразумева различите позитивне обавезе државе, посебно у законодавству.

Номотехника при формирању ових чланова је идентична и сваки од њих има по два става, с тим што се у првом признаје право или слобода, и то увек на идентичан начин да "свако има право". Текст ових норми, дакле, не дефинише ко су лица која имају могућност да траже заштиту гарантованих права. Јасно је самим тим и да нико нема примат у тражењу заштите. Термин "свако" подразумева да сви држављани који се налазе под јурисдикцијом државе уговорнице могу тражити заштиту гарантованих права. Осим држављана, заштиту могу тражити и друга лица (нпр. странци или апатриди), такође уз услов да се налазе у надлежности државе уговорнице. Ова лица се у делу правне теорије означавају као бенефицијари.³² Израз "бенефицијар" упућује на темељно очекивање онога коме људска права припадају, а то је корист, бенефиција, која се очекује од вршења, односно уживања права.³³

Другим ставом чл. 8-11 предвиђене су тзв. из-узимајуће клаузуле (*exception clause*), односно

предвиђена су одређена ограничења (о којима ће се више говорити у посебној целини). Реч је о условима који се законито могу применити од стране јавних власти држава уговорница у погледу вршења или уживања права признатих овим члановима, или једном речју њиховог остваривања. Кључно је да ова врста ограничења дозвољава државама могућност да одлучују само у погледу обима тог остваривања. У том смислу, прописано је да се у њиховом остваривању јавне власти неће мешати, осим ако то није у складу са законом, неопходно у демократском друштву, у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља и морала или ради заштите права и слобода других.

Надаље, када се говори о садржини права гарантованих Конвенцијом, треба рећи да се чл. 12 гарантује право на склапање брака и заснивање породице. Овај члан је најтешње повезан са чл. 8, и њиме се заправо штити традиционалан брак између лица супротног биолошког пола. Мушкарци и жене одговарајуће доби имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са националним законима који уређују вршење овог права. Тако се, овим чланом, упућује на национално право, чиме се прихватају могуће разлике између правних система држава уговорница.³⁴

Право које је од суштинске важности за функционисање сваког демократског друштва гарантовано је чл. 6. Реч је о правичном суђењу, које представља "отелотворење" правне државе, без којег нема ни поштовања осталих људских права.³⁵ Права из овог члана односе се на основне принципе на којима треба да се заснива грађански и кривични судски посту-

³¹ Слобода окупљања сматра се мање формалном од слободе удруживања и подразумева све врсте јавних и приватних скупова, јавне шетње, изузев демонстрација у којима постоји намера употребе силе.

³² У том смислу, реч страног порекла "бенефицијар", може се заменити и домаћим изразима "корисник права" и "уживалац права". С. Гајин, *Људска права – правно системски оквир*, Београд, 2012, доступно на http://www.nvo.org.rs/fileadmin/user_upload/Sasa_Gajin__Ljudska_prava__E_izdanje_.pdf, стр.137.

³³ *Ibid.*

³⁴ У признавању права грађана на склапање брака национално право позвано је да регулише форму склапања брака и способност особа за брак (минималну животну доб) те поједине забране, односно сметње (нпр. сродство и сл). Слобода државе у одређивању претпоставки за склапање брака ограничена је утолико што прописани стандарди не смеју бити арбитрарни, нити такви да признатом праву одузимају његову садржину, односно смисао конвенцијске одредбе. М. Алинчић, *Zaštita prava na sklapanje braka i osnivanje obitelji u europskim dokumentima o ljudskim pravima i u nacionalnim zakonodavstvima*, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, бр.1, 2013, стр.25.

³⁵ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *op.cit.*, стр.167.

пак. Осим тога, садржи гаранције једнакости странака и то пре свега право на приступ суду без икакве дискриминације и једнак третман у поступку. Подразумева и да суд мора бити састављен тако да омогући доношење правичне пресуде, а осим тога мора неизоставно бити заснован на закону.³⁶ Овим је чланом обезбеђена и претпоставка невиности, као једно од најважнијих јемстава правичног суђења у кривичном поступку. Осим тога, обезбеђена је и јавност суђења, као и суђење у разумном року.³⁷ У ставу 3. овог члана оптуженом у кривичном поступку гарантује се обавештење о природи и разлозима оптужбе, могућност припремања одбране, право на браниоца, право на испитивање сведока, као и право на бесплатну помоћ преводиоца.

Одредба чл. 7 садржи основно начело кривичног закона *nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege*. Потребно је, дакле, да је неки облик понашања прописан законом као забрањен, како би свако лице знало да нешто представља недозвољен облик понашања и било одговорно за евентуално кршење прописане забране. Из тога даље произилазе два начела: најпре да се овим чланом забрањује ретроактивна примена кривичног закона, док друго начело захтева довољну доступност и одређеност кривичног закона. Ипак, ово правило познаје изузетак, који се односи на чињеницу да ово право може утицати на суђење и кажњавање неког лица за чињење или нечињење које се у време извршења сматрало кривичним делом према општепризнатим правним начелима.

Права гарантована чл. 13³⁸ и чл. 14³⁹ нису самостална и позивање на њихову повреду условљено је позивањем на повреду неког другог конвенцијског права, укључујући и права садржана у протоколима. Иако нису формулисана као самостална права, у судској пракси је и праву на делотворан правни лек (чл. 13) и праву на недискриминацију (чл. 14) признат аутономан карактер. Наиме, аутономност значи да примена ових одредби не претпоставља нужно да је претходно почињена повреда неког другог супстанцијалног права из Конвенције.⁴⁰

Одредбе Конвенције које чине каталог конвенцијских права формулисане су на апстрактан начин што је у духу европско-континенталног правног система. Како конвенцијска права нису дефинисана, односно појмовно на јединствен начин одређена, у теорији се сматра да садрже пре начела него правне прописе.⁴¹

ЛИТЕРАТУРА

1. Ch.Grabenwarter, *European Convention on Human Rights (Commentary)*, München, 2014.
2. J.P. Costa, *The Evolution and Current Challenges of the European Court of Human Rights*, *Regent Journal of Law & Public Policy*, Washington & Lee Law School, Vol.1, No.1, 2009.
3. L. Wildhaber, *Annual Report 2004 of the European Court of Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2005, p. 33, доступно на http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2004_ENG.pdf

³⁶ Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012, стр. 251.

³⁷ Текст ове одредбе не прописује трајање односно дужину поступка пред националним судом, на основу кога би се могло оценити да разуман рок није прекорачен.

³⁸ Конвенција у чл. 13 гарантује право на делотворни правни лек. У њему се наводи да свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству. Суштина овог члана је да лица имају могућност да добију задовољење на националном нивоу пре него што покрену поступак пред Судом.

³⁹ Гаранције прописане чл. 14 забрањују дискриминацију. Уживање права и слобода предвиђених у Конвенцији мора се обезбедити без дискриминације по било ком основу. Лице је дискриминисано, уколико се, по недозвољеном основу, са њим поступа другачије него са другим лицима у сличној ситуацији и ако не постоји разумно или објективно оправдање разлике у поступању. При томе, позитивна дискриминација није аутоматски забрањена по чл. 14 и она ће зависити од оправдања за разлику у поступању у сваком конкретном случају.

⁴⁰ М. Настић, *op.cit.*, стр.36.

⁴¹ Тако судија Jean-Paul Costa наводи да су "многобројне одредбе Конвенције састављене тако да укључују начела". J.P. Costa, *The Evolution and Current Challenges of the European Court of Human Rights*, *Regent Journal of Law & Public Policy*, Washington & Lee Law School, Vol.1, No.1, 2009, p. 28, према J. Omejec, *op.cit.*, str. 857.

4. M. Alinčić, *Zaštita prava na sklapanje braka i osnivanje obitelji u europskim dokumentima o ljudskim pravima i u nacionalnim zakonodavstvima*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, бр.1, 2013.
5. M. O'Boyle, *On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, Issue 1, 2008.
6. M. Милојевић, *Европска конвенција о људским правима и дужности држава и Европска конвенција и унутрашње право*, Ревизија за европско право бр. 2-3, Крагујевац, 2008.
7. A. Drzemczewski, *The right to respect for private and family, home and correspondence*, *Human right files*, No.7, Strasbourg, 1984.
8. A. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд, 2006.
9. В. Јончић, М. Петровић, *Конвенција о људским правима и биомедицини и европски систем гаранције људских права*, Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније (II), Београд, 2012.
10. Д. Поповић, *Европско право људских права*, Београд, 2012.
11. З. Поњавић, *Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота*, *Правни живот*, бр.9/2003.
12. J. Omeјес, *Jasna, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški acquis)*, Zagreb, 2013.
13. М. Настић, *Уставноправни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима*, докторска дисертација, Ниш, 2012.
14. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Београд, 2013.
15. М. Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993.
16. М. Пауновић, *Основи људских права – изворник и појмовник*, Београд, 2002.
17. О. Рачић, Б. Милинковић, М. Пауновић, *Људска права: пет деценија од усвајања Опште декларације о правима човека*, Београд, 1998.
18. С. Гајин, *Људска права–правно системски оквир*, Београд, 2012, доступно на http://www.nvo.org.rs/fileadmin/user_upload/Sasa_Gajin__Ljudska_prava__E_izdanje_.pdf
19. Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, Књига прва, Београд, 2005.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

20. Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, измењене и допуњене Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, "Службени лист СЦГ - Међународни уговори", бр. 9/2003 од 26.12.2003.).
21. Конвенција о ропству ("Службене новине", бр. 234/29),
22. Допунска Конвенција о укидању ропства, трговине робљем и институцијама и пракси сличних ропству ("Службени лист ФНРЈ"-Додатак, бр. 7/1958)

ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

23. *Case of Kokkinakis v. Greece*, No. 14307/88 од 25. маја 1993.

Комуникација са свједоцима ТОКОМ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Сажетак

Свједоци су особе које имају сазнања о одређеним чињеницама и о истим могу говорити у кривичном поступку. Кривично процесно законодавство Босне и Херцеговине прописује обавезу свједочења, односно обавезу одазивања позиву за свједочење, као и обавезу казивања истине. С обзиром на то да се ради о посебно осјетљивим доказима, неспорно је да се мора осигурати и интегритет таквог доказа у кривичном поступку, а Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине је као један од начина таквог осигурања прописао обавезу да се свједоци у кривичном поступку саслушавају појединачно, односно одвојени једни од других. Међутим, пракса је указала на потребу регулисања питања комуникације са свједоцима током кривичног поступка, како од стране која је свједока позвала као „свог“ свједока, тако и од супротне стране. Домаћа судска пракса ово питање још увијек није детаљно разрадила, али су Међународни кривични суд и *ad hoc* међународни судови већ расправљали о овом питању и донесене су одлуке које могу представљати добар основ за уређење овог питања у кривичним поступцима који се воде у Босни и Херцеговини. Овај рад ће указати на проблеме до којих може доћи у вези са комуникацијом са свједоцима током кривичног поступка, а посебно на проблеме који утичу на осигурање правичног суђења осумњиченим и оптуженим у кривичном поступку, али ће понудити и рјешења таквих проблема, руководећи се већ успостављеном судском праксом међународних судова.

Кључне ријечи: свједок, комуникација, састављање записника, објелодањивање доказа, право на правично суђење

Summary

Witnesses are persons who have knowledge of certain facts and can speak about them in criminal proceedings. The legislation governing criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina imposes the duty to testify and respond to summons to give testimony, as well as the duty to tell the truth. Considering that witness testimony constitutes is particularly sensitive evidence, ensuring the integrity of such evidence in criminal proceedings is paramount. As one of the methods to insure integrity of evidence, the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina prescribes the obligation for witnesses to be heard

individually or separately from each other in criminal proceedings. The practice has demonstrated that there is a need to regulate the matter of communication with witnesses during criminal proceedings, both communications by the party who has called the witness as "their" witness and by the opposing party. The domestic case-law has yet to elaborate this matter in detail, however the case-law of the International Criminal Court and ad hoc international courts has already discussed this matter and decisions have been made that can constitute a good basis for regulation of this issue in the criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina. This paper will highlight the problems that arise in connection with witness communication during criminal proceedings, and in particular the problems that affect the fair trial of the suspects and the accused in criminal proceedings, notwithstanding of which it will also offer solutions to such problems, guided by the case law already established in the international courts.

Key words: witness, communication, record-keeping, disclosure of evidence, right to fair trial

УВОД

Свједоци су особе које су дужне дати исказ о чињеницама које се утврђују у неком поступку (парничном, кривичном, прекршајном, управном и сл), при чему говоре о чињеницама које су спознали властитим опажањем (свједок очевидац) или чули од других особа (свједок по чувању).

Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине (у даљем тексту: ЗКП БиХ), али и законима који регулишу ову област на нивоу ентитета, прописано је да се свједоци „саслушавају када постоји вјероватноћа да ће својим исказом моћи дати обавијести о кривичном дјелу, учинитељу и другим важним околностима“. Свједочење представља општу грађанску дужност која обухвата обавезу одазивања позиву процесног органа, обавезу свједочења, обавезу давања исказа и обавезу давања истинитог исказа. Повреда ових обавеза може довести до одређених процесних посљедица, док давање лажног исказа представља кривично дјело.

Неспорно је да исказ свједока представља посебно осјетљив доказ у кривичном поступку, тако да се и интегритет тог доказа мора осигурати, што се, између осталог, постиже на начин да се осигура да свједок изнесе своја сазнања у вези са предметом свједочења, као и да укаже на извор тих сазнања. Како би се осигурало да на исказ свједока не утичу ис-

кази других свједока, одредбама ЗКП-а БиХ је прописано да се свједоци саслушавају појединачно и у одсуству других свједока. То је опште правило које нема изузетака, тако да се свједоци увијек саслушавају један по један и не могу присуствовати саслушању других позваних свједока прије него што дају свој исказ.

Свједоке је могуће саслушавати током истраге и на главном претресу у кривичном поступку. Ток саслушања свједока регулисан је одредбама члана 86. ЗКП-а БиХ, а у вези са саслушањем у току истраге одредбама ЗКП-а БиХ је посебно апострофирано да ће свједок након општих питања изнијети своја сазнања о кривичном дјелу, учинитељу и другим важним околностима за поступак. Свједок своја сазнања износи у неометаном излагању, након чега му се могу постављати питања, вршити провјеравања, допуне и разјашњења онога што је изјавио. При томе се приликом саслушања свједока није дозвољено служити обманом, која представља свако понашање онога ко саслушава свједока, усмјерено на то да се код њега створи погрешна представа о околностима о којима треба да се изјасни. Исто тако је забрањено свједоку постављати тзв. сугестивна питања, којима му се предочавају неке околности које би требало сазнати тек из његовог одговора, приликом његовог саслушања у истрази. Иако ЗКП БиХ то изричито не говори, забрањено је и постављање капциозних питања, тј. питања која се постављају

на темељу претпоставке да је особа која треба дати одговор претходно већ одговорила, а заправо није. Начин саслушања током главног претреса и испитивања од стране странака, бранилаца и суда на главном претресу у кривичном поступку је уређен другим одредбама ЗКП-а БиХ, које у овом чланку неће бити посебно елабориране.

Свакако се саслушање свједока мора забиљежити током поступка, а ЗКП БиХ је оставио могућност да се саслушање свједока може снимати аудио или аудио-визуелним средствима у свим фазама поступка, док је обавеза таквог снимања прописана када се ради о малолетним особама које нису навршиле 16 година и које су оштећене кривичним дјелом, као и ако постоје основе за бојазан да се свједок неће моћи саслушати на главном претресу (нпр. тешко болестан свједок). Такво снимање аудио-визуелним средствима се обавља у смислу одредби члана 155. ЗКП-а БиХ.

У сваком случају, ЗКП БиХ је прописао обавезу сачињавања записника, на начин да ће се о свакој предузетој радњи у току кривичног поступка сачинити записник истовремено када се та радња и обавља, док је само изузетно прописано да је могуће непосредно послје такве радње сачинити записник, уколико истовремено поступање није било могуће. Поступак сачињавања, садржај и вођење записника су детаљно уређени одредбама ЗКП-а БиХ.

При томе је неспорно и да се обавеза сачињавања записника о свим предузетим радњама односи и на радње које се предузимају након што је окончана истрага и након што је започео главни претрес. Таква обавеза се не односи само на радње које се предузимају пред судом, него и од стране тужилаштва и других истражних органа који поступају по налогу тужилаштва, с обзиром на то да ЗКП БиХ обавезу састављања записника прописује изричито у односу на сваку радњу у току кривичног поступка, што подразумијева све фазе кривичног поступка.

У циљу осигурања правичног суђења, сав доказни материјал, укључујући и записнике о саслушању свједока, али и записнике о радњама предузетим након њиховог саслушања,

нпр. поновно саслушање свједока или контактирање свједока по било којем основу, мора бити објелодањено одбрани.

1. КОМУНИКАЦИЈА СА СВЈЕДОЦИМА ПРИЈЕ ПОЈАВЉИВАЊА СВЈЕДОКА ПРЕД СУДОМ НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Питање комуникације са свједоцима током кривичног поступка је питање које су разматрали домаћи и међународни судови.

Неспорно је да ће страна која планира саслушати свједока са истим обавити разговор прије него што његово саслушање буде предложено у току главног претреса. Цијенећи одредбе ЗКП-а БиХ, обавеза сачињавања записника о саслушању свједока се односи искључиво на поступање истражних органа, али не и на одбрану. Иако се може чинити да је тужилачка страна усљед тога у неповољнијем положају, то је само привид, јер тужилаштво на располагању има много већа средства и могућности од одбране, па тако је и самим одредбама ЗКП-а БиХ исказ свједока дат у истрази допуштен као доказ на главном претресу и може бити кориштен приликом директног или унакрсног испитивања. Такви записници о саслушању свједока могу чак бити и прочитани у случају ако су испитане особе умрле, душевно оболеле или се не могу пронаћи или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан из важних разлога. С друге стране, то није допуштено у случају да је свједок исказ дао браниоцу.

Дакле, неспорна је чињеница да се о саслушању свједока и у току истраге и касније мора сачинити записник према одредбама ЗКП-а БиХ.

Међутим, приликом контактирања са свједоком и његовог испитивања могуће је да дође до неколико ситуација. У пракси и литератури се проблематизују двије ситуације, конкретно „припрема“ свједока и тзв. „цо-ацхинг“ или „подучавање“ свједока. Када се говори о тзв. „припреми“ свједока, такво поступање је у већини система дозвољено и препознато као значајан алат у помагању

свједоку да разумије значај истинитих изјава и шта да очекује од друге стране или суда. Припрема може такође подразумијевати и дискусију о могућим унакрсним питањима или документима о којима може бити говора, али не и разговор о одговорима које би свједок требало да да. С друге стране, тзв. „подучавање“ свједока може бити неетично, па је углавном и забрањено. Такво поступање може подразумијевати охрабљивање свједока да дају лажне исказе, погрешно презентовање доказа или на указивање да прећуте кључне детаље.

Анализирањем уводно интерпретираних одредби ЗКП-а БиХ јасно је да и кривично законодавство Босне и Херцеговине забрањује тзв. „подучавање“ свједока, што неспорно произлази из забране лажног свједочења, забране постављања сугестивних питања током истраге, обавезе сачињавања записника, предвиђања да свједок прво сам говори о догађајима и ономе што му је познато, да су дозвољена питања у циљу појашњења одређених ситуација и недоумица итд. Идентична рјешења се налазе и у законодавствима других држава, али и међународних судова.

Даље се поставља питање дозвољености и тзв. „припремних“ разговора са свједоцима прије него што исти буду саслушани на главном претресу, дакле након окончања истраге и након што свједоцима буде уручен позив. Ни ово питање није уређено одредбама ЗКП-а БиХ, иако се показало као пракса да страна која позива свједока прије његовог појављивања пред судом обавља разговор са таквим свједоком. Међутим, и у таквој ситуацији је нпр. тужилаштво обавезно сачинити записник о тој радњи који мора одражавати ток и садржај предузетих активности. Правдање тзв. „припремних“ разговора и одсутства записника о таквим радњама пуким упознавањем свједока са током поступка нпр. пред Судом БиХ је неосновано, јер управо пред Судом БиХ постоји Одјел за заштиту свједока који пружа такву врсту помоћи и асистенције свједоцима којима се упуту позив за саслушање. Стога се оправдано поставља питање о чему се са свједоцима разговара прије њиховог саслушања на главном претресу, у одсуству било каквог

записника о таквој радњи. Одбране већином и не дођу до сазнања да је супротна страна са свједоком комуницирала, а по правилу, не постоје записници о таквим разговорима, што одбрану одмах ставља у неповољнији положај у односу на тужилаштво, посебно са аспекта једнакости страна у поступку и објелодањавања доказа. Сачињавање записника о тзв. „припремним“ разговорима је неопходно, не само да би одбрана имала увид у исте, него, што је још битније, да би Суд био у могућности да процијени да ли је свједок саслушан у складу са законом, тј. да није кориштена обмана, сугестивна или капциозна питања, те да се није прибјегло подучавању свједока о томе шта и како треба да свједочи.

Домаћа судска пракса је оскудна када се говори о рјешавању овог конкретног питања. Међутим, Међународни кривични суд (у даљем тексту: МКС) је у предмету Тужилац против Лубанге 08.11.2006. године донио Одлуку о пракси упознавања свједока са правилима поступка и припремним разговорима са свједоцима, којом је забранио Тужилаштву да контактира свједоке у циљу вршења тзв. „припремних“ разговора, с обзиром на то да такви разговори нису предвиђени Правилником о поступку МКС, као ни Статутом МКС, нагласивши да управо за те потребе постоји одјел при МКС који свједоцима пружа сву неопходну помоћ.

С друге стране, *ad hoc* међународни судови су дозволили такве „припремне“ разговоре, али уз обавезу сачињавања записника и благовременог достављања таквих записника одбрани. Тако је Међународни кривични суд за бившу Југославију (у даљем тексту: МКСЈ) у предмету Тужилац против Лимаја и др. 10.12.2004. године донио Одлуку о поднеску одбране о пракси Тужилаштва о обављању припремних разговора у којој је заузео став да су „припремна“ саслушања свједока дозвољена, али да записници са истих морају на вријеме бити достављени одбрани. Штавише, МКСЈ је на стр. 2 ове одлуке навео: „Веома је битно да припремни разговори омогућавају да се разлике у сјећању, а нарочито додатна присјећања, идентификују и да се о томе обавијести одбрана прије свједочења, и на

тај начин се смањи могућност да одбрана у цјелости буде изненађена“.

Жалбено вијеће Међународног кривичног суда за Руанду (у даљем тексту: МКСР) је у предмету Тужилац против Каремере и др. у Одлуци о интерлокуторној жалби у вези са припремним разговорима са свједоцима од 11.05.2007. године потврдило став Претресног вијећа о дозвољености припремних разговора под условом да исти не представљају манипулацију, да се ради о упознавању свједока са поступком пред Судом, да се ради о уочавању разлика и неконзистентности и освјечавања памћења свједока са претходним исказима, при чему је објелодањивање нових сазнања одбрани обавезно, без обзира иду ли таква сазнања на терет или у корист оптуженог. И Специјални суд за Сијера Леоне (у даљем тексту: СЦСЛ) је у предмету Тужилац против Сесауа и др. у Одлуци о заједничком поднеску одбрана за успостављање јединствене праксе за узимање изјава од свједока од 26.10.2005. године заузео став да без обзира да ли се ради о изјави свједока сачињеној у првом лицу или записнику сачињеном у трећем лицу изјава представља све што долази из уста свједока и потпада под обавезу објелодањивања одбрани, тако да и свака нова чињеница до које се дође током тзв. „припремних“ разговора мора бити објелодањена одбрани.

Према томе, домаћа судска пракса би се у случају ове правне празнине требало да руководи праксом међународних судова, имајући у виду да, као што правилници о поступку и доказима међународних судова не регулишу ову материју изричито, као ни ЗКП БиХ, судска пракса је изградила јасне смјернице у поступању приликом обављања припремних разговора.

Даље је могуће да се током кривичног поступка појави потреба супротне стране да контактира са свједоком којег је предложила друга страна у поступку. У принципу, одредбе ЗКП-а БиХ такво што не забрањују, изузев уколико су нпр. осумњиченом/оптуженом изречене мјере забране контактирања са одређеним особама. У сваком случају ЗКП БиХ не уређује ово питање, али је могуће исто ријешити у пракси на начин што ће

супротна страна тражити дозволу од суда да контактира свједока, након чега суд може, али и не мора поставити услове у којима се такав разговор има одвијати.

О овом питању су расправљали и међународни судови, па је и МКС издао Практични приручник за вијећа, у којем је детаљно разрађено питање поступања судског вијећа у оваквим ситуацијама.

Тако пред МКС, изузев под тачно одређеним условима, није дозвољено контактирати или вршити интервју са свједоцима супротне стране када је супротна страна већ саопштила своју намјеру да такву особу позове за свједока или када је таква намјера очита. Штавише, јасно су прописане и обавезе пријаве уколико супротна страна дође до сазнања о мјесту пребивалишта или другим подацима заштићеног свједока којем су осигуране мјере заштите. У сваком случају, први услов под којима МКС дозвољава контакт са свједоцима супротне стране јесте да је свједок пристао на такав контакт. При томе страна која тражи разговор са свједоком мора о таквој намјери обавијестити супротну страну која таквог свједока жели позвати као свог свједока, након чега та страна мора у року од пет дана питати свједока да ли пристаје на такав разговор. Ово питање је, у смислу обавезе поступања страна, детаљније уређено предметним приручником. Друго, приручником је уређен и цијели поступак разговора уколико свједок пристане на исти. Тако су уређена питања поступања са посебно осјетљивим свједоцима, питања осигурања помоћи и евентуално заступника таквом свједоку, питања договарања мјеста разговора или вршења истог путем нпр. видео-линка. Исто тако је уређено и да заступник стране која има намјеру позвати свједока или друга особа која је присутна таквом разговору не утиче на свједока на начин да спречава свједока да слободно одговара на питања. Треће, прописано је да се видео или аудио-запис таквог разговора има доставити супротној страни, сада страни која намјерава позвати свједока као свог и то што је прије могуће након завршетка разговора.

2. КОМУНИКАЦИЈА СА СВЈЕДОЦИМА НАКОН ШТО ПОЛОЖЕ ЗАКЛЕТВУ ПРЕД СУДОМ

Полагање заклетве, односно давање изјаве, обавеза је која је ЗКП-ом БиХ прописана за све особе које се саслушавају у својству свједока. Таквом заклетвом, односно изјавом, особа се обавезује да ће о свему што пред судом буде питана говорити истину и да ништа од онога што му/јој је познато неће прешутјети. Дакле, таквим чином особа постаје тзв. „свједок истине“, односно свједок суда, без обзира која је страна предложила саслушање таквог свједока. Управо је такав закључак заузео и МКСЈ у предмету Тужилац против Купрешкића и др. у Одлуци о комуникацији између странака и њихових свједока од 21.09.1998. године, гдје је наглашено да је „свједок, да ли Тужилаштва или одбране, након што он или она положи заклетву у складу са Правилем 90(Б) Правила (...), свједок истине пред Трибуналом и, уколико колико се од њега или ње захтијева да допринесе проналаску истине, није искључиво свједок једне стране“.

Управо је МКСЈ у предмету Тужилац против Купрешкића и др. још 1998. године расправљао о питању комуницирања са свједоцима након што исти положи заклетву пред Судом, те је нашао да је таква комуникација забрањена. Оваква одлука је донесена када је одбрана указала на комуникације Тужилаштва са свједоцима након што су започела њихова сједочења и истакла проблем одбране да се у таквим ситуацијама суочава са доказима који одбрани раније нису објелодањени. МКСЈ је ово препознао као изузетно важан проблем, те је првенствено наглашено и да таква одлука ни на који начин не указује да је Тужилаштво на било који начин непримјерено поступало према свједоку или утицало на било који начин на свједока, с обзиром на то да је Тужилаштво истицало како је сам свједок добровољно информацију пренио Тужилаштву током паузе, а таква информација је касније била предмет доказивања. Препознајући важност проблема који се у конкретном случају јавио на страни одбране, али који се може јавити у свим ситуацијама када страна контактира са свједоком

који је већ започео своје свједочење, без обзира што је то страна која је позвала свједока, МКСЈ је посебно нагласио и да је Тужилаштво не само страна у поступку, него и орган међународне кривичне правде чији је задатак не само да осигура правду, него да презентира тужилачки случај, што не подразумева само доказе који говоре о кривњи појединца, него и ослобађајуће доказе, све како би помогло вијећу да дође до истине у правном систему какав је постављен.

Даље је МКСЈ у предметној одлуци од 21.09.1998. године нашао и да би дозвола било којој страни да комуницира са свједоком након што је исти започео са својим свједочењем, чак и ненамјерно, довела до расправе о садржини свједочења које је већ дато, а тиме и до утицаја на будући исказ свједока на начин који није у складу са духом Статута и Правила МКСЈ. Због тога је МКСЈ донио одлуку којом је Тужилаштву и одбрани забранио да убудуће комуницирају са свједоцима након што свједок положи заклетву и започне са својим свједочењем и то о предмету садржаја свједокова исказа, изузев уколико то Суд дозволи.

При томе је уређено и поступање у случају да свједок жели контактирати са страном која га је позвала, у којем случају се дјелује путем Одјела за жртве и свједоке који је давао подршку свједоцима. У сваком случају је Суд морао донијети одлуку којом би одобрио такву комуникацију, а овлаштен је и зависно од околности одредити да се таква комуникација одвија искључиво у присуству представника Одјела за жртве и свједоке.

Пракса судова у Босни и Херцеговини је оскудна по овом питању, али је Суд Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Суд БиХ), недавно, донио неколико одлука у којима је расправљао питање комуникације са свједоцима након што положи заклетву и започну своје свједочење.

Тако је у предмету Суда БиХ Тужилац против Радончић Фахрудина и др. одбрана поставила захтјев да се Тужилаштву Босне и Херцеговине (у даљем тексту: Тужилаштво БиХ) забрани сва комуникација са свједоком након што је исти положио заклетву и започео своје свједочење пред Судом БиХ. Првобитно је такав

захтјев одбране одбијен, али је у току поступка одбрана дошла у посјед података да је управо тај свједок 10 пута евидентиран приликом улазака у Тужилаштво БиХ, без сачињавања записника о предузетим радњама, док је указано да су такви разговори са свједоком обављани и прије наредног одржавања главног претреса када је свједок требало да да исказ. С обзиром на то да се јавила потреба да одбрана испита управо тог свједока у директном испитивању, одбрана је поновно поставила захтјев да се Тужилаштво БиХ забрани комуникација са тим свједоком. Захтјев одбране је тада усвојен процесном одлуком Суда БиХ од 24.01.2018. године. Како је дошло до процесних ситуација које су захтијевале појашњење такве процесне одлуке Суда БиХ у каснијем току кривичног поступка, Суд БиХ је Тужилаштво БиХ наложио доставу писаних захтјева за евентуални контакт са дотичним свједоком. По таквом писаном захтјеву донесена је и процесна одлука којом се Тужилаштво БиХ дозвољава контакт са свједоком под одређеним условима, и то: 1) да се контакт са свједоком обави у просторијама Суда БиХ, Одјел за подршку свједоцима уз надзор овлаштених особа Одјела; 2) да се са свједоком контактира само ради прикупљања података због припреме унакрсног испитивања тачно одређених свједока; 3) забрањена су питања у вези са околностима за које је одбрана тражила забрану; 4) цијели контакт се има снимати уређајем за пренос слике и звука; 5) снимак се има похранити у посебном омоту у судском спису, а у случају оправдане и аргументоване сумње да није поступљено по налогу Суда БиХ вијеће може одлучити да се снимак прегледа на главном претресу.

Поред тога, Суд БиХ је у вези са овим питањем донио и одлуку у предмету Тужилац против Нинковић Милана и др. која се у цјелости позива на ставове судског вијећа МКСЈ узетог у раније цитираној одлуци у предмету Тужилац против Купрешкић и др.

Недавна пракса Суда БиХ показује да су очито и судови у Босни и Херцеговини препознали потребу регулисања питања комуникације са свједоцима, посебно у ситуацији када је свједок већ положио заклетву и започео са свједочењем.

3. ОБАВЕЗА ОБЈЕЛОДАЊИВАЊА ДОКАЗА

Како је претходно и образложено, није спорно да стране у поступку имају право комуницирати са свједоцима. Ово је чак неопходно прије него што особа буде предложена у току главног претреса да се саслуша у својству свједока. Међутим, одредбе ЗКП-а БиХ су и више него јасне о обавези сачињавања записника о свим радњама које се предузимају током кривичног поступка. Практика указује на потребу посвећивања посебне пажње управо сачињавању записника приликом сваког контакта са свједоцима, као и објелодањивања таквих записника одбрани.

Ова обавеза произлази из права осумњиченог, односно оптуженог који има право већ приликом првог саслушања да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете, што подразумевијева да су му објелодањени сви докази који га терете, али и они који му иду у корист. Даље, ово произлази свакако и из права на једнакост у поступању, усљед којег је управо суд дужан да свакој страни и браниоцу пружи једнаке могућности у погледу приступа доказима и њиховом извођењу на главном претресу. Услјед тога је ЗКП-ом БиХ браниоцу и осигурано право да прегледа списе и документацију и то, прво, у току истраге оне који иду у корист осумњиченом, уз изузетак када је постављен приједлог за одређивање притвора, и друго, након подизања оптужнице, право прегледа списа и доказа се односи на апсолутно све списе и доказе.

У коначници, сва горе наведена права своје коријене имају у праву на правично суђење које се осумњиченом, односно оптуженом гарантује како одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), тако и Уставом Босне и Херцеговине, али и другим актима.

Цијенећи све раније наведено, неспорно произлази да постоји обавеза тужилаштва да, прво, о свакој предузетој радњи у току кривичног поступка сачини записник, па тако и о свим разговорима са свједоцима, и друго, да о свему обавијести одбрану, с обзиром на то да је чланом 47. став 4. ЗКП-а БиХ прописа-

на обавеза тужилаштва да када дође у посјед новог доказа или било које информације или чињенице која може послужити као доказ на суђењу да исте стави на увид браниоцу, односно оптуженом.

У циљу осигурања правичног суђења, неопходно је да се и питање комуникације са свједоцима током кривичног поступка детаљније уреди кроз судску праксу, а најбоље смјернице за такво поступање су постављене управо у судској пракси међународних судова, како је то изложено у овом раду.

ЛИТЕРАТУРА

1. Правни лексикон, Лексикографски завод Мирослава Крлеже, Загреб, 2007.;
2. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине (Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/005, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13);
3. Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, Сарајево, 2005;
4. International Criminal Court, Chambers Practice Manual, 2017;
5. МКС, Тужилац против Лубанге, Одлука број: ИЦЦ-01/04-01/06 од 08.11.2006. године;
6. МКСЈ, Тужилац против Лимаја и др, Одлука о поднеску одбране о пракси Тужилаштва о обављању припремних разговора, број: ИТ-03-66-Т од 10.12.2004. године;
7. МКСЈ, Тужилац против Купрешкића и др, Одлука о комуникацији између странака и њихових свједока, број: ИТ-95-16 од 21.09.1998. године;
8. ИЦТР, Тужилац против Каремере и др, Одлука о интерлокуторној жалби у вези са припремним разговорима са свједоцима, број: ИЦТР-98-44-АР73.8 од 11.05.2007. године;
9. СЦСЛ, Тужилац против Seseya и др, Одлука о заједничком поднеску одбрана за успостављање јединствене праксе за узимање изјава од свједока, број: СЦСЛ-04-15-Т од 26.10.2005. године;
10. Суд БиХ, Тужилац против Радончић Фахрудина и др, предмет број: С1 2 К 20433 16 К;
11. Суд БиХ, Тужилац против Нинковић Милана и др, предмет број: С1 1 К 020503 16 Кри;
12. <https://www.criminaldefenselawyersinorlando.com/blog/2016/05/whats-the-difference-between-witness-coaching-and-preparation.shtml>.

Умишљај код кривичног дјела угрожавање јавног саобраћаја у Републици Српској

Сажетак

Садржину рада чини стручна анализа утврђивања умишљаја код кривичног дјела угрожавање јавног саобраћаја из члана 402. став 1. Кривичног законика Републике Српске, сходно новом законском рјешењу овог кривичног дјела у Републици Српској. Централни дио рада чини анализа облика који се могу сматрати умишљајно понашање учесника у саобраћају, а према аналогном тумачењу Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини. У овом раду се уводи шест нових могућих случајева умишљаја у саобраћају који до сада нису разматрани или су ријетко разматрани као облици умишљаја, како у правној теорији, тако и у судској пракси, ни у Републици Српској, а ни на подручју бивше СФРЈ. До ових шест случајева се дошло анализом одредаба Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима, који се у пракси примјењује као бланкетни закон, јер је ово кривично дјело, дјело са бланкетном диспозицијом.

Кључне ријечи: Умишљај, Кривични законик Републике Српске, Закон о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини.

Summary

The content of this work is an expert analysis on how to determine the existence of the intent within the criminal offense of 'Endangering of the Public Traffic' from the Article 402, paragraph 1 of the Criminal Code of Republic of Srpska, all in reflection to the new legislature for this particular criminal offense in Republic of Srpska.

The essential part of the work shows the analyses different forms of conduct that could be taken as the intent when it comes to participants of the public traffic (road users), all in reflection to the stipulations of the Law on the Basis of Traffic Safety on the Roads in Bosnia and Herzegovina. This work shows 6 possible cases of intent that have not been considered so far, or have been poorly considered as forms of intent in the public traffic offences, both in legal theory and in judicial practice in Republic of Srpska nowadays, as well as in former Yugoslavia. Given the fact that this criminal offense is stipulated as the offense with the blanket disposition, these 6

cases have arisen on basis of the analyses of the provisions of the Law on the Basis of Traffic Safety on the Roads in Bosnia and Herzegovina, that is enforced in practice as an blanket Law.

Keywords: *Intent, Criminal Code of Republic of Srpska, Law on the Basis of Traffic Safety on the Roads in Bosnia and Herzegovina*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Одвијање јавног саобраћаја једна је од најважних друштвених потреба, јер је саобраћај и значајна привредна дјелатност.

Развој саобраћаја, прије свега јавног, а посебно путне мреже, од вишеструког је значаја за сваку земљу.

Јавни саобраћај спада у оне дјелатности које су, саме по себи, природно опасне. Развојем саобраћаја, са значајним повећањем броја возила, појавио се већи број саобраћајних несрећа, које за последицу имају губитак живота, тешке тјелесне повреде или велике материјалне штете. У посљедњих неколико деценија, јачина саобраћајних средстава се у знатној мјери појачала.

У кривично-правном смислу, кривична дјела из области саобраћаја се појављују први пут 1951. године, када су била смјештена у групу дјела против сигурности.

Развојем кривичног законодавства, крајем седамдесетих година 20. вијека, појављује се као посебна грана кривичних дјела.

Тако и кривично законодавство Републике Српске, у своја до сада четири законска оквира, дефинише дјела из области јавног саобраћаја као посебну групу дјела.

Основни облик овог дјела који је у вези са јавним саобраћајем се дефинише, као "угрожавање јавног саобраћаја". У неким законодавствима на подручју бивше СФРЈ и даље постоје најмање два кривична дјела, у вези са јавним саобраћајем.

1. ПОЈАМ И ЗАКОНСКО ОБИЉЕЖЈЕ КРИВИЧОГ ДЈЕЛА

У Кривичном законнику Републике Српске ово дјело је дефинисано као санкционисање

учесника у саобраћају који се не придржава саобраћајних прописа и услед непридржавања саобраћајних прописа узрокује саобраћајну незгоду са последицом у виду тешких тјелесних повреда или смрти неког лица. (1)

Из обиљежја дјела видљиво је да је заштитни објекат дјела само тјелесни интегритет неког лица, а не и имовина, како је то раније био случај.

У Републици Српској постоји само једно кривично дјело које дефинише јавни саобраћај. У њему су садржани и основни и квалификовани облик. Насупрот томе, у КЗ ФБиХ и КЗ БД су задржана ранија рјешења у два кривича дјела у облику „угрожавање јавног промета“ и квалификовани облик са називом „тешка кривична дјела против сигурности јавног промета“, а постоји и кривично дјело „угрожавање јавног промета услед омамљености“.

Само обиљежје овог дјела се састоји у радњи извршења која дефинише понашање учесника који се не придржава саобраћајних прописа.

Из саме законске дефиниције овог кривичног дјела видљиво је да се ради о дјелу са бланкетном диспозицијом.

(1)

Угрожавање јавног саобраћаја

Члан 402.

(1) *Учесник у саобраћају на путевима који се не придржава саобраћајних прописа и тиме тако угрози јавни саобраћај да доведе у опасност живот људи, па услед тога код другог наступи тешка тјелесна повреда, казниће се казном затвора од шест мјесеци до пет година.*

(2) *Извршилац кривичног дјела из става 1. овог члана који је приликом извршења дјела био под утицајем алкохола преко*

1,50 г/кг алкохола у крви или под утицајем наркотичких средстава или који је возио брзином која прелази 50 км/х изнад допуштене брзине, казниће се казном затвора од једне до осам година и казном забране управљања моторним возилом.

- (3) *Ако је дјело из става 1. овог члана учињено из нехата, учинилац ће се казнити новчаном казном или казном затвора до три године.*
- (4) *Ако је услед дјела из ст. 1. или 2. овог члана наступила смрт једног или више лица, учинилац ће се за дјело из става 1. овог члана казнити казном затвора од двије до дванаест година и казном забране управљања моторним возилом, а за дјело из става 2. овог члана казниће се казном затвора од три до петнаест година и казном забране управљања моторним возилом.*
- (5) *Ако је услед дјела из става 3. овог члана наступила смрт једног или више лица, учинилац ће се казнити казном затвора од једне до осам година и казном забране управљања моторним возилом*

Одредбе о саобраћају на путевима садржане су у великом броју прописа које доносе законодавни органи Босне и Херцеговине, ентитета и Брчко Дистрикта, ту су бројни законски и подзаконски акти.

У свим тим прописима садржана су правила о понашању учесника у саобраћају, на путевима, чијим би кршењем могло доћи до извршења овог кривичног дјела.

Сви учесници у јавном саобраћају су дужни да се понашају према правилима јавног саобраћаја.

Поред обавезе понашања према правилима, у кривичноправној теорији постоји и „начело повјерења“ у саобраћају, које се појављује у случају кад један од учесника у саобраћају поступа у складу са саобраћајним прописима, али истовремено није довољно обазрив у односу на непрописно понашање другог учесника. Овом начелу се давао различит значај у судској пракси и законодавству.

Закон инкриминише понашање учесника у саобраћају „на путевима“. Као пут дефинише сваки јавни пут, па и некатегорисане путеве на којима се одвија јавни саобраћај. Дакле, за постојање овог дјела потребно је да је извршено на путу, без обзира о којој врсти пута се ради.

Извршилац овог дјела може бити само учесник у саобраћају на путевима. Закон о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини одређује ко се сматра учесником у саобраћају.

То су: лица која на путу управљају моторним возилом, друга лица која се налазе у возилу, али возилом не управљају, лица која тјерају, воде или јашу животиње на путу, лица која послове свог радног мјеста проводе на путу и пјешаци.

Посљедица овог дјела се састоји у опасности за живот људи, услед које је дошло до тешке тјелесне повреде или смрти неког лица. Дакле, посљедица овог кривичног дјела је конкретна, огледа се у тешким тјелесним повредама неког лица или смрти неког лица.

При извршењу овог дјела, ако је извршено у квалификованим облицима прописаним у ставу 2, 4. и 5. прописана је као казна и забрана управљања моторним возилом.

Забрана управљања моторним возилом је као казна прописана одредбама члана 51. Кривичног законика РС.

Ова врста казне раније је у кривичном законодавству третирана као мјера безбједности. Као мјера безбједности (сигурности) је задржана у КЗ ФБиХ и КЗ БД.

2. УТВЂИВАЊЕ ВИНОСТИ ИЗВРШИЛАЦА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ИЗ ЈАВНОГ САОБРАЋАЈА

Код анализе садржине кривичног дјела угрожавања јавног саобраћаја, појављује се проблем виности. Кривичноправна теорија и пракса о појму виности имају различита схватања. Преовладало је схватање да је људски фактор узрок саобраћајне незгоде. Питање виности важно је с обзиром на специфичност

ове врсте деликата у структури савременог кривичноправног законодавства.

Код разматрања питања виности преовладало је схватање да се кривично дјело "Угрожавање јавног саобраћаја" у суштини не би могло извршити са директним умишљајем. Уколико би радњом учиниоца била остварена обиљежја овог кривичног дјела, али у погледу виности установљен директан умишљај учиниоца, онда се не би радило о кривичном дјелу из безбједности саобраћаја, већ о некој другој врсти кривичног дјела.

Када је ријеч о овом кривичном дјелу, у правној теорији и судској пракси, као посебна тешкоћа се појавило разграничавање евентуалног умишљаја и свјесног нехата. У конкретним случајевима, тешко је утврдити да ли учесник у саобраћају који је свјестан да поступа супротно саобраћајним прописима „пристаје“ да на тај начин угрози јавни саобраћај и доведе у опасност живот или тијело или само „олако држи“ да та посљедица неће наступити. У правној теорији се најчешће за разграничење евентуалног умишљаја и свјесног нехата користи Франкова формула. У принципу код саобраћајних деликата се она најмање може користити. Стога су и теорија и пракса покушавале да пронађу употребљивије критеријуме.

Тако се у теорији, а и пракси, уводи термин „безобзирности“. Безобзирност постоји кад се неко у саобраћају понаша тако да уопште не рачуна о интересима других учесника у саобраћају. Ни безобзирност не помаже много код разграничавања умишљаја и нехата. Појам безобзирности се појављује 1961. године, након Савјетовања у Савезном суду. Под појмом безобзирности се сматра кад се неко понаша у саобраћају тако да уопште не води рачуна о интересима и добрима других учесника у саобраћају. Безобзирност се не сматра сама по себи умишљајем, него се процјењује према конкретној опасности. Безобзирно понашање у саобраћају, као такво, треба да је неприхватљиво.

Умишљај и нехат, како су одређени одредбама члана 32. и 33. Кривичног законика Републике Српске, не представљају задовољавајуће оквире за разликовање умишљаја и нехата, код

овог кривичног дјела. Основни је проблем да се одреди однос свијести и воље према посљедици, како код евентуалног умишљаја, тако и код свјесног нехата.

Ипак, у досадашњој пракси, евентуалним умишљајем код овог кривичног дјела би се сматрало такво понашање лица код којих би се утврдило више од 1,5 г/кг алкохола у крви или лице које би безобзирно управљало возилом, превеликом брзином, као и случај када неко управља возилом, а да није оспособљен за управљање возилом, што се у сваком конкретном случају доказивало.

Ови случајеви су сматрани за умишљајно поступање оног учесника у саобраћају који је узроковао саобраћајну незгоду, у којој је неко лице било тешко тјелесно повријеђено, односно у којој је наступила смрт неког лица. Наравно сви ови случајеви су били случајеви гдје је евентуални умишљај при поступању био узрок саобраћајне незгоде, а посљедица незгоде би увијек била нехатна.

Међутим, код дефинисања кривичног дјела угрожавање јавног саобраћаја из члана 402. Кривичног законика РС, видљиво је да је законодавац, облике који су раније у судској пракси сматрани умишљајем дефинисао као квалификоване облике дјела у ставу 2. овог члана.

3. УТВРЂИВАВАЊЕ УМИШЉАЈА УЗ ПОМОЋ ЗАКОНА О ОСНОВАМА БЕЗБЈЕДНОСТИ САОБРАЋАЈА НА ПУТЕВИМА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Поставља се питање, која непридржавања саобраћајних прописа би се могла сматрати понашања која су, у смислу става 1. члана 402. КЗ РС, таква да су довољно тешка да би се могла третирати као облици евентуалног умишљаја, у односу на узрок саобраћајне незгоде.

За разјашњење овог питања потребно је користити одредбе Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини, који закон дефинише понашање учесника у саобраћају.

Поменути пропис, поред диспозитивних одредби којима дефинише понашање учесника

у саобраћају, прописује и санкције у виду прекршаја, диспозитивних норми.

Овај закон, у прекршајним одредбама, врши градацију прекршаја по тежини. Тако су у члану 234а. Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини прописане најоштрије казне за оне прекршаје, који представљају најтежа поступања против безбједности јавног саобраћаја.

Сматрам да се нека непридржавања саобраћајних прописа, дефинисана у члану 234а став 1 и 2, Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини (у даљем тексту Закон) могу дефинисати као случајеви умишљаја и то:

- 1) возач који управља или почне управљати возилом у саобраћају на путу или код којег се утврди количина алкохола у крви од 1,0 г/кг до 1,5 г/кг ;
- 2) инструктор вожње док оспособљава кандидата за возача моторног возила у практичном управљању возилом, код којег се утврди количина алкохола у крви од преко 1,5 г/кг;
- 3) возач који се возилом на путу у насељу креће брзином која је више од 30 км на час већа од дозвољене брзине;
- 4) возач који учествује у саобраћају са возилом које је нерегистровано или чија је потврда о регистрацији возила истекла за више од 30 дана;
- 5) возач који на возилу користи регистарске таблице које нису издате за то возило;
- 6) возач који у саобраћају на путу управља моторним возилом у вријеме кад му је изречена забрана за управљање моторним возилом; или му је возачка дозвола привремено одузета на лицу мјеста или возачка дозвола трајно одузета.

Да су ова понашања тешка, види се што је законодавац за њихово постојање предвидио обавезно изрицање заштитне мјере забрана управљања моторним возилом.

Сва ова поступања учесника у саобраћају су тако тешка, што и сам законодавац предвиђа, да представљају случајеве који се могу сматрати

умишљајним дјеловањем учесника у саобраћају кад за посљедицу имају саобраћајну незгоду, у којој је неко лице задобило тешке тјелесне повреде или је наступила смрт неког лица .

Ако све ове случајеве анализирамо, видјећемо сљедеће;

а) Када се сматра да учесник у саобраћају управља возилом под утицајем алкохола прописано је Законом о основама безбједности саобраћај на путевима у БиХ у члану 174. У ставу 2. истог члана, гдје стоји да се сматра да је возач под дејством алкохола кад се утврди да у организму има више 0,3 г/кг. Став 4. истог члана прописује да лица која управљају возилом категорије Ц, ЦЕ, Д и ДЕ и подкатегије Ц1, Ц1Е, Д1, и Д1Е, возачи који обављају јавни превоз – за вријеме обављање јавног превоза, као и возач коме је управљање возилом једино занимање, при управљању возилом морају имати 0,0 г/кг алкохола у крви.

Управљање моторним возилом под утицајем алкохола мора бити такво да је возач због тога „очигледно наспособан за безбједну вожњу“. Поставља се питање шта је очигледна неспособност за безбједну вожњу. Према неким схватањима очигледна неспособност за безбједну вожњу постоји кад возач управља возилом под било којом, па и најмањом количином алкохола у крви. Према другом схватању, потребне су видљиве манифестације да је возач неспособан за безбједну вожњу.

Судско-медициска наука и пракса разликује неколико фаза пијанства;

Прва фаза, је стадијум лаког пијанства. Обично се јавља при концентрацији алкохола од 0,5 0/00 (промила) до 1,5 0/00. Дио аутора ову фазу дијеле на „припитост“ од 0,5 до 1,0 и фазу лаког пијанства са алкохолом од 1,0 до 1,5 промила. Ову фазу карактерише губитак континуитета мисли, објективност уступа све више субјективним процјенама, смањује се могућност реаговања на саобраћајну ситуацију. Према неким ауторима, овакви возачи представљају највећу опасност у саобраћају.

Друга фаза, алкохолисаности је фаза правог пијанства или пијано стање, кад је

концентрација алкохола 1,5 промила до 2,5 промила. Фазу карактерише непоузданост у покретима и ходу, несигурности, смањење коштаних и мишићних осјетљивости.

Траћа фаза, је стадијум тешко пијано стање или наркотичног дејства при алкохолемији од 2,5 промила до 3,5 промила. Карактеристика ове фазе је одузетост, неспособност концентрације и пажње.

Четврта фаза, или стадијум је тешко тровање алкохомом или коматозни стадијум са концентрацијом алкохола од преко 3,5 промила. При овом стању долази до пада тјелесне температуре, тромог реаговања. Понекад у оваквог стању може наступити и смрт лица.

Кад анализирамо све ове облике пијанства сматрам да у случају да возач који у криви има од 1,0 г/кг до 1,5 г/кг није способан за безбједну вожњу.

б) Инструктор вожње док оспособљава кандидата за возача моторног возила у практичном управљању возилом, код којег се утврди количина алкохола у крви од преко 1,5 г/кг, се сматра одговорним за незгоду, коју је изазвао кандидат кога он обучава, ако је био у пијаном стању. Према одредбама члана 174. став 3. тачка 4. Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у БиХ, инструктор не смије обучавати кандидата ако има више од 0,0 г/кг, алкохола у крви. Неспорно је да кандидат за управљачем возила, али инструктор има дупле команде, којима може реаговати на понашање кандидата.

в) Брзина кретања возила је веома чест узрок саобраћајне незгоде. Закон о основама безбједности саобраћаја на путевима дефинише брзину кретања у два члана.

Први облик је прилагођена брзина коју дефинише у члану 43. Закона. Прилагођена брзина је она брзина која је прилагођена особинама и стању пута, видљивости, прегледности, атмосферским приликама, стању возила и терета, густини саобраћаја, саобраћајним знацима и другим саобраћајним условима. При вожњи, возач мора да прилагоди брзину кретања возила овим условима, тако да на сваку препреку возило може да заустави. У пракси се прила-

гођена брзина утврђује саобраћајно-техничким вјештачењем.

За разлику од прилагођене брзине, Закон у члану 44. одређује прописану брзину.

Тако је у члану 44. став 1. Закона прописано да се на путу, у насељу, возач не смије возилом кретати брзином већом од 50 км на час. У истом члану прописана је ограничена брзина и то: 130 км на час на аутопутевима, 100 км на час на брзим путевима, а 80 км на час на осталим путевима.

Возач који се возилом на путу, у насељу, креће брзином која је за више од 30 км на час већа од дозвољене брзине понаша се непрописно, јер је насеље, као мјесто у коме се управља моторном возилом, специфично због великог броја учесника.

Кад возач управља возилом при брзини од 100 км на час, за 1 секунду пређе раздаљину од око 27 м. При великој брзини, смањује се могућност правовременог реаговања на насталу саобраћајну ситуацију. Због тога је брзина један од честих узрока саобраћајних незгода.

г) Да би учествовала у сабораћају, моторна и прикључна возила морају да буду регистрована. О регистрацији возила се води посебна евидениција у надлежним органима. При управљању возилом возач код себе мора да има и важећу потврду о регистрацији, за то возило, као и полису осигурања од аутомобилске одговорности, која важи за територију Босне и Хецеговине. Поред потврде о регистрацији возила, полисе, возило мора имати и одговарајуће регистарске таблице, које издаје надлежни орган. Возило које није регистровано или оно које нема полису осигурања, или оно чија је потврда о регистрацији возила истекла више од 30 дана, сматра се возилом неисправним за саобраћај. Самим тим не може учествовати у саобраћају.

д) При учешћу у саобраћају возила морају да буду регистрована. Поред потврде о регистрацији, полисе осигурања, возило мора да има и регистарске таблице. Регистарске таблице могу бити: за моторна возила, за прикључна возила, за мотоцикле, за дипломатска и конзуларна возила, за возила за извоз, пробне и

преносиве. Чињеница да возила на себи имају таблице, потврђује да су возила регистрована за саобраћај. Она возила која на себи немају припадајуће таблице, сматра се да нису регистрована за саобраћај. Према неким ставовима судске праксе, стављање неприпадајућих таблица на моторно возило се само по себи сматра кривичним дјелом „фалсификовање исправе“.

ђ) Возач не смије да управља возилом уколико му је одлуком надлежног органа забрањено управљање моторним возилом. Забрана управљања моторним возилом се може изрећи на основу прекршајног налога полицијског органа или од стране суда. Не смије управљати возилом ни возач коме је возачка дозвола привремено одузета на лицу мјеста, у ситуацији када овлаштено лице утврди да је возач у таквом психо-физичком стању, да није способан безбједно управљати возилом. Оваквом возачу је забрањено да учествује у саобраћају у том својству.

Према томе, сматрам да су сва ова поступања таква да би се могла окарактерисати као поступања са евентуалним умишљајем, па их тако треба третирати у судској пракси.

ЗАКЉУЧАК

Кад анализирамо све аспекте овог кривичног дјела може се са сигурношћу тврдити да је законодавац оваквим дефинисањем овог

кривичног дјела желио да поопштри казне за учеснике у саобраћају чије понашање је узрок саобраћајне незгоде, а која за посљедицу има тешку тјелесну повреду или смрт неког лица, а све због великог броја погинулих у саобраћају. Тако је у Републици Српској у 2016. години у саобраћају погинуло око 130 лица, а у цијелој Босни и Херцеговини у 39.543 саобраћајне незгоде је погинуло 321 лице.

ЛИТЕРАТУРА

1. Коментар Кривичног закона Републике Србије, Пето измијењено и допуњено издање, Коментар саставили: Срзентић Никола и др издавач „Савремена администрација“ Београд, 1995.
2. „Правна медицина“ проф. др Јован Марић, проф. др Михајло Лукић, Београд 1998. године
3. Кривични законик Републике Српске / „Службени гласник Републике Српске“ број 64/17/
4. Закон о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини „Службени лист Босне и Херцеговине, број 6/06-8/17“.

Правна природа стварних права на туђим стварима

Стварна права на туђим стварима подразумијевају да титулар овог права има ужа овлашћења од власника ствари, што произилази из раније наведеног закључка: да службености представљају ограничење права власништва. Суштински, та овлашћења се најчешће свде на право употребе ствари на различите начине, зависно од врсте права и врсте саме ствари. Да би се одредила правна природа службености, потребно је утврдити да ли ово право спада у стварна или облигациона права, које питање има и практичан значај, у вези са дејством, настанком, престанком и заштитом ових права.

Битно је напоменути да је подјела субјективних права на стварна и облигациона настала још у римском праву, па према Росу Алфу, преовлађујућа доктрина дефинише фундаменталну разлику између права диспонирања (иус ин рем) и права захтјева (иус ин персонам), тако што тврди да је прво непосредно право на ствар, а друго право против лица. У једном случају, обавеза се примјењује само на једно или више одређених лица и њена садржина може бити дефинисана позитивно или негативно. У другом случају, обавеза се примјењује према свима и њена садржина је негативно дефинисана, као дужност да се не омета употреба и уживање. Међутим, грађанскоправни односи међу лицима захтјевају усавршавање и калкулацију разних потреба учесника овог односа, због чега у теорији и пракси имамо велики број института са елементима и стварног и облигационог права (нпр. залога, закуп, послуга). Ово из разлога што је право суштински свеобухватно и у великом броју случајева подразумијева елементе више грана права, па и појмови и дефиниције несумњиво морају имати ту одлику, која је утицала на то

да се појаве права суи генерис (међуправа), која истовремено садрже овлашћења ерга омнес и интер партес.

Према једном мишљењу, службеност је стварно право, за разлику од сличних облигационих права, чија се садржина такође састоји у кориштењу ствари (нпр. закуп), а кориштење, које представља суштину службености, састоји се у извлачењу плодова са туђе ствари, употреби или другим користима. Уколико један институт има особине и једног и другог права, приликом одређивања његове правне природе, треба имати у виду дејство оног елемента, који изражава саму суштину института. Опет, да би се схватила суштина неког института треба увидјети какви се односи стварају поводом истог и са којом садржином. Тако, стварна права на туђим стварима стварају унутрашњи однос између власника и титулара права, али и спољни однос, који настаје између титулара права и трећих лица, а из садржаја ових односа несумњиво произилази и правна природа ових права.

Тако у теорији налазимо мишљења да је однос између титулара службености и власника такође, стварноправни однос, али није типичан стварноправни однос. Стварноправни је због тога што титулар своја овлашћења може, по правилу, истаћи против свих власника одређене ствари. По садржини, тај однос се поклапа са многим облигационоправним односима (нпр. ако неко има право пролаза на туђој земљи, то може бити и обичан уговорни однос између два власника). Ипак, иако им је садржина иста или слична, службености се разликују од наведених облигационих права по свом стварноправном дејству, које се огледа у односу титулара службености према трећим

лицима: овлаштења титулара службености дјелују према свим трећим лицима, исто као и власништво, па он може непосредно тужити свако треће лице, које му вријеђа службеност.

Затим, да службеност, као грађанско право, почива на грађанскоправном основу (титулусу) и стварно је право, чиме се садржајно разликује од сличних права на кориштење туђом ствари, која почивају на облигационим уговорима, као што су закуп и кирија, уз закључак да се од случаја до случаја треба утврђивати да ли је право на искориштавање једног земљишта службеност или тражено право.

Други аутори, у својим дјелима наводе да је било спорно јесу ли се као стварне службености признавале само оне тачно одређеног садржаја, које су се већ типизирале или су странке осим њих могле оснивати и другачије, па да их се ипак сматра стварним правима, а не правима из облигационог односа. С друге стране, као посебна разлика између стварних и облигационих права наводи се принцип нумерус цлаусус, односно ограничење броја стварних права, на начин да су сва регулисана законом, гдје воља појединца не може конституисати нове типове службености, што није случај са институтима облигационог права.

Будући да су сва ова права регулисана законом, одатле произилази и садржина унутрашњег правног односа, која се суштински своди на овлаштења титулара права и има облигационоправни карактер. Тако власник и титулар права претходно стварају један облигационоправни однос (закључују уговор) у сврху установљавања одређеног права титулара права (нпр. на основу уговора о плодуживању, власник се обавезује да послужну ствар преда на кориштење плодуживаоцу, који уговор представља претходни акт у функцији конституисања права, након чега настају овлаштења и обавезе за субјекте тог односа). Након заснивања тог односа, настају стварна права на туђим стварима и отпочиње један стварноправни однос. Из овог стварноправног односа даље произилазе садржаји у вези са спољним односом, између титулара права и трећих лица, који се тиче заштите или престанка овог права.

Због тога, може се закључити да стварна права на туђим стварима садрже неке облигационоправне елементе, али да на страни титулара права преовлађују елементи са стварноправним дејством, који као такви и суштински одређују ова права. Стварноправна природа ових права се огледа у томе што: дају титуларима права непосредну правну власт на туђој ствари, независну од власникове власти; сродна су са власништвом, односно обухватају поједине елементе власништва, али су у суштини ограничена права; штите се специфичним тужбама; власници ствари, која је оптерећена било којим од ових права, имају само негативне обавезе према титулару - да се уздржавају од радњи којима би могли ометати вршење тог права.

Може се закључити да темељ стварноправних односа може потицати из облигационоправног односа, као што је нпр. правни посао, односно уговор, али ови односи ипак претежно садрже стварноправна овлаштења (што подразумијева права и обавезе учесника односа), која их одређују и дефинишу као посебне институте. На овакав закључак упућује и чињеница произашла из прегледа историјског слиједа развоја службености, које су се из несамосталног ограничења права власништва својим значајем и заступљеношћу у реалном животу „избориле“ за самосталну регулативу, базирану на посебним дефиницијама, начелима и садржају.

У коначници, тако дуга историјска борба није могла измијенити праву правну природу ових права, будући да представљају ограничење права власништва, на којем се заснива цјелокупан систем стварних права, па је сасвим логично да, без обзира на начин заснивања, њихова природа буде стварноправног карактера, јер је основ њиховог настанка најважнији стварноправни институт - већ поменуто власништво. Дакле, без обзира на чињеницу шта представља темељ заснивања ових права, она суштински имају стварноправну природу, изражену кроз дефиницију и садржину права, што истовремено одређује права и обавезе учесника овог односа. Значајан елемент за утврђење правне природе овог права, поред наведеног, представљају овлаштења титула-

ра овог права, која су чисто стварноправног карактера.

У вези са тим изнесено је мишљење да код стварних службености налазимо стварноправни карактер на активној и на пасивној страни. Напротив, код личних службености стварноправни карактер налазимо само на пасивној страни (што је битније за закључак да власник ствари, на којој постоји лична службеност у нечију корист, може своје право власништва пренијети на другога, али таква промјена у особи власника не дира овлаштениково право личне службености). Како год, обје врсте службености имају стварноправни карактер, који као такав опредјељује наше схватање суштине овог појма, инсистирајући на правима и обавезама, које настају за учеснике овог односа након заснивања права, према којим титулар права има могућност да неометано користи туђу ствар и обавезу да поштује садржину и границе тог односа, примјењујући одговарајућа начела, а власник послужног добра је дужан да се уздржи од било каквих радњи,

којима би ометао или спречавао вршење овог права.

У сваком случају, када се сумирају сва досадашња мишљења, изнесена поводом утврђења правне природе службености, може се закључити да основ настанка овог права може бити облигационоправне или стварноправне природе, али да та чињеница не игра велику улогу приликом одређивања правне природе овог института стварног права. Суштину, односно „срце“ овог појма представљају својеврсне „посљедице“ заснивања овог права, а то су права и обавезе, које произилазе за учеснике, а нарочито за титулара права. Ово посебно код чињенице да се заштита овог права може остваривати према свим трећим лицима, што носиоцима овлаштења пружа велику сигурност и могућност несметане експлоатације овог права, кроз адекватно кориштење туђе ствари.

Терет доказивања у случајевима дискриминације

УВОД

Уставом Босне и Херцеговине, члан II тачка 2. одређено је да се сва права и слободе предвиђене Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и њеним протоколима директно примјењују у Босни и Херцеговини, те да ови акти имају приоритет над свим осталим законима.

На основу члана IV 4. а) Устава Босне и Херцеговине, Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине на 57. сједници Представничког дома, одржаној 8. јула 2009. Године, и на 33. сједници Дома народа, одржаној 23. јула 2009. године, усвојила је Закон о забрани дискриминације. Овим законом се, како то пише у члану 1. Закона, „успоставља оквир за остваривање једнаких права и могућности свим лицима у Босни и Херцеговини и уређује систем заштите од дискриминације.“

ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ОКВИРИМА

Забрана дискриминације саставни је дио бројних међународних докумената.

Универзална декларација о људским правима (UDHR) гарантује свим људима слободу и једнакост у достојанству и правима, без обзира на било какву разлику као што је раса, боја коже, пол, језик, вјера, политичко или неко друго увјерење, национално, друштвено поријекло, имовина, рођење или неки други статус. Члан 7. Декларације утврђује да су сви пред законом једнаки и сви имају право на једнаку правну заштиту, без икакве дискриминације. Сви имају право на једнаку заштиту од било којег облика дискриминације којим се крши ова

декларација, као и од сваког подстицања на такву дискриминацију.

Повеља Уједињених нација обавезује све чланице на поштовање људских права и основних слобода за све, без разликовања расе, пола, језика или вјере.

Пакт о грађанским и политичким правима (ICCPR) у члану 26. каже да су сва лица једнака пред законом и имају право, без икакве дискриминације, на једнаку законску заштиту. Закон треба да забрани сваку дискриминацију и да гарантује свим лицима једнаку и дјелотворну заштиту против дискриминације, било на основу расе, боје коже, пола, језика, вјере, политичког и другог мишљења, националног и друштвеног поријекла, имовине, рода или било које друге околности.

Европска конвенција о људским правима, члан 14 гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој конвенцији обезбјеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вјероисповијест, политичко или друго мишљење, национално или социјално поријекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.“

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА

Значај доношења Закона о забрани дискриминације (поред тога што Устав Босне и Херцеговине члан II тачка 2. одређује да се права и слободе из Европске конвенције примјењују директно) је изузетан. Наиме, Законом се одређују механизми заштите од дискриминације, али и чланом 15. Закона, пребацује терет доказивања на тужену страну. Овакво рјешење

је у потпуности у складу са стандардима међународног права, ставовима Европског суда за људска права и директивама Европске уније.

У пресуди Европског суда Опуз против Турске, Суд износи став да након што тужилац докаже да је с њим поступано другачије, тужени има обавезу да докаже како је то било оправдано.

Директива Европске уније о расној дискриминацији (члан 8), те Директива о једнаком третману у области рада и запошљавања (члан 19), садрже посебне чланове који се баве питањем терета доказивања. Истиче се да је у случајевима дискриминације довољно да тужилац изнесе чињенице које оправдавају сумњу у постојање дискриминације, односно да уколико се утврде чињенице из којих се може претпоставити да је дошло до дискриминације, терет доказивања прелази на тужену страну, која је дужна доказати да није било дискриминације.

Истина је да је, према Закону о парничном поступку Републике Српске, свака странка дужна да докаже чињенице на којима заснива свој захтјев, али пребацивањем терета доказивања у случајевима дискриминације на страну туженог, постиже се начело једнакости страна у поступку. Шта више, горе поменута Директива о једнаком третману у области рада и запошљавања, охрабрује државе да уведу правила доказног поступка која су повољнија за тужиоца.

ЗАКЉУЧАК

Доношење Закона о забрани дискриминације, доприноси заштити од дискриминације. Члан 15. Закона, нарочито доприноси антидискриминаторним тужбама, јер у случају да правила пребацивања терета доказивања нема, заштита од дискриминације, на коју нас обавезују и устав и европске конвенције, остала би у великој мјери мртво слово на папиру. Чињеница је да би било ко тешко признао да је према неком лицу поступао другачије због неке његове карактеристике.

Из ових разлога, сви судови морају обратити посебну пажњу на очекивани ниво доказаних чињеница које износи тужилац у поступцима против дискриминације. Судије би требало да воде поступак на начин да када тужилац само поткрепи наводе о томе да је забрана дискриминације прекршена, очекују од наведеног прекршиоца да докаже да није прекршио принцип једнаког поступања или забране дискриминације у предмету расправе.

Уколико судови не би прихватили овакву праксу, њихово поступање било би у потпуној супротности са директивама Европске уније и што је најважније, са праксом Европског суда за људска права.

Начело „ne bis in idem“ у Босни и Херцеговини и пракса Европског суда за људска права

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У савременим правним системима забрана да се појединцу два пута суди по истој ствари представља једно од основних људских права.

За разлику од англосаксонског правног система у коме се заштита од double jeopardy (забрана да се појединцу суди два пута, код кога су ослобађајуће одлуке пороте коначне, као и ослобађајуће одлуке суда у жалбеном поступку) схвата као право појединца, начело ne bis in idem (лат. не може се два пута судити о истој ствари), у континенталном праву се схвата уз правну традицију као гаранција правне сигурности.

Одредбама члана 4. Закона о кривичном поступку БиХ регулисано је начело „ne bis in idem“ које прописује да „нико не може бити поново суђен за дјело за које је већ био суђен и за које је донесена правоснажна судска одлука“.

Идентична одредба уграђена је и у ЗКП ФБиХ, ЗКП РС и ЗКП БД.

Ово начело је уграђено у правни систем БиХ, у складу са међународним документима (чл.14. став 7. МПГПП и чл. 4. Протокола бр. 7 уз ЕКЉП и сл.), као и уставним одредбама Устава БиХ.

Ова забрана се односи прије свега на забрану двоструког суђења у истој ствари. Ово начело постоји ако су се испунила два основна услова: прво, да је вођен кривични поступак против неког лица и друго, да је донесена правоснажна судска одлука. Није неопходно да је вођен кривични поступак, него да је вођен судски поступак. Стога, први предуслов јесте вођење судског поступка, што значи кривичног, прекршајног и слично, да је догађај обухваћен у цјелости и као такав да је донесена правоснажна судска одлука - није важно каква.

Ово начело је уграђено у одредбе члана 283. став 1. тачка е) ЗКП БиХ, гдје је прописано да ће се оптужба одбити уколико је оптужени већ правоснажно осуђен. Истовјетно рјешење је и у ЗКП РС, ЗКП ФБиХ и ЗКП БД.

Дакле, правоснажна осуђујућа или ослобађајућа пресуда представља процесну сметњу за покретање новог кривичног поступка.

У правној теорији и судској пракси када се расправља о овом начелу расправља се о кривичном поступку.

Међутим, када су у питању кривични и прекршајни поступак, досадашња и теорија и пракса су били јединствени да се могу водити и кривични и прекршајни поступци. Па

тако, „ранија одлука која служи као повод за одбијање оптужбе треба да је кривична, не административно - казнена или дисциплинска. Одлука може бити и војног или специјалног кривичног суда. Пресуда иностраног суда је основ за одбијање оптужбе, ако се према прописима кривичног закона узима у обзир у нашој земљи“ (Коментар закона о кривичном поступку - Т. Васиљевић, М. Грубач).

Сличну праксу раније је имао и Уставни суд БиХ. У предмету АП-2373/08 се наводи да се у конкретном случају нису водила два поступка, него да противправно понашање повлачи и кривичну и прекршајну одговорност, јер су ови поступци независни један од другог.

Слично је и у предмету Уставног суда БиХ АП-1615/08, гдје је оптужени у прекршајном поступку кажњен за ремећење јавног реда и мира, а у кривичном поступку за nanoшење тешке тјелесне повреде.

У предмету АП-965/08 Уставни суд БиХ закључује, с обзиром на то да је апелант кажњен прекршајно за повреде Закона о шумама, јер је након бесправне сјече, покушао да стабла превезе без отпремнице и без жигосања, а чињеница је и да је вођен кривични поступак због шумске крађе, „да се нису водила два поступка за један исти деликт, већ да се у радњама апеланта стичу обиљежја недопуштеног понашања која повлаче одговорност по два основа (прекршајном и кривичном) која су независна један од другог, због чега је апелант за прекршај одговарао пред надлежним судом уз примјену Закона о шумама, а за кривично дјело пред надлежним судом уз примјену ЗКП РС и КЗ РС, па слиједи да оспорене пресуде не крше принцип не бис ин идем.

Дакле, могућност вођења и кривичног поступка након прекршајног или паралелно није спорно уз услов урачунавања казне.

ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

У пракси Европског суда за људска права забрањује се двоструко суђење истом лицу за исту ствар, али не искључује се могућност да различите јурисдикције познају различита

кажњива дјела произашла из истог кажњивог понашања.

Да ли нека мјера изречена поводом неког кажњивог понашања представља казну у смислу чл. 7. ЕКЉП, Европски суд цијени по свом аутономном тумачењу примјеном критерија и то: циљ и природа мјере, квалификација у унутрашњем праву, поступци повезани са доношењем казне и њеним извршењем, као и садржина казне. Основна претпоставка за начело не бис ин идем је да ли се кривични поступак завршио осуђујућом или ослобађајућом пресудом.

Насупрот томе, у случају кад је тужилац одустао од оптужбе, таква пресуда нема карактер ослобађајуће или осуђујуће пресуде па не долази у обзир примјена начела *ne bis in idem*.

Европски суд за људска права је флексибилан када је у питању тумачење појма „пресуда“, па тако пресудом сматра и одлуку административног органа који нема карактер судског тијела, а којом одлуком се изриче новчана казна (пр. Оливеира против Швајцарске).

ЕКЉП појам правоснажности тумачи, у начелу, као пресуде против којих се по унутрашњем праву не може изјавити редован правни лијек.

Једно од најсложенијих питања код примјене начела *ne bis in idem* је питање идентитета кажњивих дијела у „првом“ и „поновном“ суђењу. Питање идентитета кажњивих дјела рјешава се по читавом низу критеријума, од сврхе појединог поступка, лица против кога се води поступак, чињеничног стања, до правне квалификације дјела.

Пресуда Марести против Хрватске

Насупрот оваквој пракси у Босни и Херцеговини, коју смо раније напоменули, Европски суд за људска права, у предмету „Марести против Хрватске“ (захтјев број 55759/07), заузима нешто другачије становиште.

Уколико разматрамо околности предмета видјећемо следеће:

Дана 16.07.2005. године, Полицијска постаја Пазин поднијела је Прекршајном суду у Пазину захтјев за покретање прекршајног поступка

против А. Марести. У захтјеву се наводи да је дана 15.07.2005. године, око 19,00 сати, на аутобуском колодвору у Пазину, иако је био под утицајем алкохола, вербално напао извјесног Д.Р, ударио га шаком неколико пута у главу и наставио га ударати ногама и шакама по тијелу. А. Марести је оглашен кривим за дрско и непристојно понашање на јавном мјесту, на тај начин да је напао друго лице и реметио јавни ред и мир. Тиме је починио прекршај из чл. 6. Закона о прекршају против јавног реда и мира, те му је изречена казна затвора у трајању од 40 дана.

Ова пресуда гласи:

„Окривљени, А. Марести

Крив је

Што је дана 15.07. 2005. године, у 19,00 сати на аутобуском колодвору у Пазину, док је био под утицајем алкохола... прво вербално напао Д.Р., а онда га гурнуо објема рукама, и кад му је овај узвратио, опетовано га почео ударати шакама у главу, а након тога је наставио ударати га шакама и ногама по цијелом тијелу...“

Дана 14.07.2005. године Опћинско државно одвјетништво у Пазину поднијело је оптужни приједлог са казним налогом Опћинском суду у Пазину, оптуживши А. Марестија за nanoшење тешких тјелесних повреда.

Дана 12.04.2006. године Опћински суд је спојио три одвојена кривична поступка против А. Марестија у један.

Дана 19. свибња 2006. године Опћински суд у Пазину је А. Марестија огласио кривим, а у тачки 2. пресуде стоји:

„Окривљени, А. Марести

Крив је

Што је:

2). Дана 15.06.2005. године око 19,00 сати на аутобуском колодвору у Пазину, док је био под утицајем алкохола... дошао до Д.Р... и прво га вербално напао..., а онда га гурнуо објема рукама, те га након тога почео ударати шакама у главу, сломивши му зубну протезу, а када је Д.Р. покушао отићи окривљени га је уловио,

гурнуо на под, ударао по цијелом тијелу на- нијевши му бројне озљеде и подливе...“

Првостепени Опћински суд у Пазину је оптуженом А. Марестију изрекао јединствену казну затвора од годину дана.

Оптужени А. Марести је поднио жалбу Жупанијском суду у Пули и, између осталог, у жалби навео да је провријеђено правило ne bis in idem.

Другостепени суд је преиначио првостепену пресуду и изрекао казну затвора од седам мјесеци, али је одбацио жалбу у дијелу који се односи на повреду овог начела.

Против правоснажне пресуде подносилац захтјева (А. Марести) поднио је и уставну тужбу: Уставни суд је одбацио исту јер се није тицала меритума предмета.

Подносилац захтјева пред Европским судом за људска права у предмету Марести против Хрватске се жалио на повреду права на приступ суду, зајамченог у члану 6. став 1. ЕКЉП.

Влада Републике Хрватске је оспорила тврдњу да се ради о суђењу два пута.

Европски суд истиче да је подносилац захтјева имао приступ суду у смислу да је имао право поднијети правни лијек, али да такав приступ суду не исцрпљује све захтјеве из члана 6. став 1. ЕКЉП.

Исто тако, суд оцјењује да се право на приступ суду може ограничити роковима, али начин примјене рокова у конкретном случају може резултирати повредом члана 6. ст. 1. ЕКЉП. Овакво становиште суда темељи се на чињеници да је у конкретном случају једну од одлука примила мајка подносиоца, која је болесна, а чију болест је медицински документовао подносилац захтјева.

У вези питања да ли се два пута судило, Европски суд за људска права наводи да се природа казне изречене у прекршајном поступку не може цијенити само према националном законодавству, него према различитим критеријумима које је суд поставио у својој пракси, а то су: законска квалификација кажњивог дјела према унутрашњем праву, сама природа кажњивог дјела и тежина запријеђене казне.

Европски суд за људска права примјењује да

је подносилац захтјева А. Марести проглашен кривим у поступку вођеном према Закону о прекршајима, те осуђен на 40 дана затвора. Према Хрватској правној квалификацији није сасвим јасно да ли се прекршаји могу третирати као кривична дјела. Стога, да би суд утврдио да ли је А. Марести већ „правоснажно ослобођен или осуђен у складу са Законом о кривичном поступку неке државе“, прво треба дати одговор на питање „да ли се тај поступак односи на кривичну ствар, у смислу чл. 4. Протокола 7“.

Ако анализирамо оцјену суда по овом предмету, суд прво наводи да подносилац захтјева, А. Марести, приговара да му је два пута суђено за исто дјело, односно исти инцидент који се догодио 15.06.2005. године, око 19,00 сати, на аутобуској станици у Пазину, и позива се на чл. 4. Протокола бр. 7 уз Конвенцију, који гласи:

„1). Нико ме се не може поново судити, нити га се може казнити у кривичном поступку у истој држави за кривично дјело за које је већ био правоснажно ослобођен или осуђен, у складу са Законом и кривичним поступком те државе.

2). Одредбе претходног става не спречавају поновно разматрање случаја у складу са Законом и кривичним поступком дотичне државе, ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је у претходном поступку дошло до битних повреда, које су могле утицати на рјешење случаја.“

Европски суд за људска права надаље истиче да упућивање на „лакшу“ природу одређеног дјела само по себи не искључује тога дјела као „кривичног“ примјеном аутономног тумачења ЕКЉП, а с обзиром на то да конвенцијски текст не садржи нужно и одређени степен тежине дјела да би оно по својој природи било кривично дјело. Напротив, главни критеријум одређивања природе кажњивог дјела у конкретном случају је казна и застрашивање карактеристично за кривичне санкције.

Надаље, Европски суд за људска права закључује да запријеђена казна, као и казна која је подносиоцу захтјева изречена у прекршајном поступку, укључује губитак једне личне слободе, што оправдава претпоставке да су оптужбе против подносиоца захтјева биле кривичне (казнене).

У оцјени јесу ли кажњива дјела за која је подносиоцу захтјева суђено у прекршајном поступку, иста кажњива дјела, Европски суд за људска права се позвао на критеријуме утврђене у предмету Золотукхин против Русије, према којима начело не бис ин идем забрањује прогон или суђење за друго „кажњиво дјело“, ако произилази из идентичних или битно истих чињеница.

При оцјени да ли се подносиоцу захтјева судило два пута у истој ствари, Европски суд за људска права се ослањао на то да су и прекршајни и кривични поступак покренути на основу пријаве полиције. Европски суд за људска права наводи да је другостепени суд, иако се подносилац захтјева у жалби другостепеном суду жалио на повреду начела не бис ин идем, потврдио првостепену пресуду.

По мишљењу Европског суда за људска права, у конкретном случају је дошло до дуплирања поступка, према подносиоцу захтјева, па је тиме повријеђено право зајамчено чланом 4. Протокола 7 уз ЕКЉП.

Томасовић против Хрватске

Сличну праксу Европски суд за људска права заузима у предмету Томасовић против Хрватске (захтјев број 53785/09).

Када разматрамо околности предмета, видјећемо да је 25.3.2004. године, сплитска полиција поднијела Прекршајном суду у Сплиту захтјев за покретање прекршајног поступка против подносиатељице захтјева.

Дана 3.3.2006. године, Прекршајни суд у Сплиту утврдио је да је подносиатељица захтјева дана 15.3.2004. године, око 22,35 часова, била у посједу 0,21 грама хероина, што представља прекршај из члана 3. став 1. Закона о сузбијању злоупотребе опојних дрога. На основу тога Прекршајни суд у Сплиту јој је изрекао новчану казну од 1700 хрватских куна (ХРК).

Дана 8.2.2005. године, Опћинско државно одвјетништво у Сплиту је поднијело Опћинском суду у Сплиту оптужни приједлог против подносиатељице захтјева, оптуживши је за посједовање хероина.

Опћински суд у Сплиту ју је дана 19.3.2007. године, у кривичном предмету прогласио кривом, јер је дана 15.3.2004. године, око 22,35 часова, посједовала 0,14 грама хероина, те јој изрекао новчану казну од 1526 хрватских куна (ХРК) и наложио јој да снесе трошкове кривичног поступка.

Жупанијски суд у Сплиту потврдио је првостепену казну, с тим што је умјесто новчане казне изрекао условну осуду, тако што је изрекао казну затвора од четири мјесеца условно на једну годину.

Уставни суд Републике Хрватске је 7.5.2009. године одбио њену уставну тужбу, у којој наводи да нема повреде начела ne bis in idem.

Европски суд за људска права примјећује да је подносиатељица захтјева 3.3.2006. године проглашена кривом у поступку вођеном на основу Закона о прекршајима.

Суд надаље истиче да према хрватском правном разврставању није сасвим јасно треба ли „прекршај“ сматрати „казненим“. Да би се ово питање разријешило треба поћи од члана 4. Протокола бр. 7.

Суд понавља да правна категоризација према националном законодавству не може бити једино мјерило код примјене начела не бис ин идем.

Суд се даље позива на успостављене критеријуме у пракси суда, који су познати као „критеријуми Енгел“ (Енгел против Холандије).

При оцјени да ли је против подносиатељице захтјева вршен кривични прогон (идем), суд закључује да су чињенице које представљају прекршај за који је подносиатељица захтјева осуђена у бити исте као и оне које представљају кривично дјело за које је она осуђена.

Код оцјене да ли је дошло до дуплирања поступка (бис) суд налази да је подносиатељица захтјева гоњена и да јој је суђено по други пут за дјело за које је већ била суђена. Стога је дошло до повреде члана 4. Протокола бр.7. Поред тога суд је подносиатељици захтјева досудио и износ од 1000 ЕУР на име нематеријалне штете јер је два пута суђена.

Пресуда Муслија против Босне и Херцеговине

Европски суд за људска права је дана 14.1.2014. године донио пресуду у предмету Муслија против Босне и Херцеговине.

Поступак по овом предмету покренут је по апликацији број 32042/11 коју је поднио А. Муслија.

А. Осуда за прекршај

Дана 13.02.2003. године, полиција у Какњу поднијела је захтјев за покретање прекршајног поступка против овог лица, да би дана 16.8.2004. године Суд за прекршаје Какањ одбио рјешење којим кажњава апликанта и изриче му новчану казну од 150,00 КМ.

У рјешењу стоји:

„Оптужени Муслија Аднан.. крив је што је

Дана 12.02.2003. око 19,00 сати у Какњу у Ул. Руди Чајавец бб, ушао у стан у коме станује његова бивша супруга М.П. ... и ухватио је рукама у предјелу врата и више пута је ударио песницом у предио главе, стомака и лица, којом приликом јој је нанио тешку тјелесну повреду у виду пријелома доње вилице ... и више лаких тјелесних повреда ...“

Кантонални суд је потврдио ово рјешење.

Б. Осуда за кривично дјело

Дана 18.09.2003. године, Кантонално тужилаштво подигло је оптужницу, по којој је Опћински суд у Какњу дана 9.1.2008. године, оптужног огласио кривим за кривично дјело тешка тјелесна повреда из члана 177. став 1. и 3. КЗ ФБиХ, при чему му је изрекао казну затвора у трајању од три мјесеца.

Ова пресуда гласи:

„Оптужени Муслија Аднан.. крив је што је

Дана 12.02.2003. око 19,00 сати у Какњу у Ул. Руди Чајавец бб, ушао у стан у коме станује његова бивша супруга М.П. ... и ухватио је рукама у предјелу врата и више пута је ударио песницом у предио главе, стомака и лица, којом приликом јој је нанио тешку тјелесну повреду у виду пријелома доње вилице ... и више лаких тјелесних повреда ...“

Дана, 07.04.2008. Кантонални суд у Зеници је потврдио ову пресуду.

Ц. Поступак пред Уставним судом БиХ

Дана 04. 06. 2008. године, апликант је поднио апелацију Уставном суду БиХ, који је дана 11.01.2011. године апелацију одбио.

У поступку пред Европским судом за људска права, суд је утврдио допуштеност апликације, а при оцјени суда требало је ријешити:

а) Је ли прва казна по својој природи кривична

Уз анализу свих одлука, како одлука прекршајног суда, тако и одлуке Опћинског суда, коју је потврдио Кантонални суд, Суд полази од тога да: “Заједничка карактеристика свих кривично-правних система јесте да се нека кривична дјела санкционирају новчаном казном, док друга за собом повлаче лишавање слободе. У овом предмету, казна затвора која је изречена апликанту у кривичном поступку касније је претворена у новчану казну у износу од 9.000 КМ. Два критеријума, природа дјела те природа и ступањ тежине казне, представљају алтернативне, а не нужно кумулативне критеријуме. Довољно је да је са становишта Конвенције дјело о којем је ријеч по својој природи кривично дјело (види Лауко против Словачке, 2.09.1998. § 56, Извјештаји о пресудама и одлукама 1998-ВИ; Кадубец против Словачке, 2.09.1998. § 52, Извјештаји о пресудама и одлукама 1998-ВИ; и Тсонуо Тсоневпротив Бугарске (бр. 2), бр. 2376/03, § 49, 14.01.2010.).”

Стога Суд закључује да је “у свјетлу наведених разматрања, природа предметног дјела таква да осуду апликанта од 16.08.2004. године доводи у сферу „кривичног поступка“ у смислу члана 4. Протокола бр.7.”

(б) Јесу ли дјела за која је апликант био кривично гоњен била иста(идем)

При разматрању овог питања Суд је тумачећи одребе члана 4. Протокола бр 7, сматра да исти треба тумачити да друго “дјело” је оно које произијази из идентичних чињеница или чињеница које су биле исте.

Код анализе чињеница које су описане у донесеним одлукама, Суд закључује да се пуптуно

односе на исти догадјај, па се чињенице које се односе на ова два дјела морају сматрати истим.

(ц) Је ли постојала двострукост поступка (бис)

Код разматрања питања о двострукости поступка, основно питање које је суд рјешавао да ли је одлука “правоснажна”. Да би нека одлука била правоснажна треба да је неопозива, односно да против ње не постоји никакав правни лијек.

Како су оба поступка трајала истовремено, прва правоснажна одлука је одлука прекршајног суда. У таквом случају, Суд сматра да је Опћински суд трабало да обустави поступак након доношења “правоснажне” одлуке у прекршајном поступку.

(д) Закључак

По ставу Суда апликант је већ “осуђен” у прекршајном поступку, који се у смислу Конвенције изједначава са “кривичним поступком”. Након што је “осуда” у прекршајном поступку постала правоснажна, апликант је оглашен кривим и за кривично дјело, које се односило на исто понашање, односно на исте чињенице.

На основу свега, суд је заузео становиште да је дошло до кршења 4. Протокола бр. 7.

Пресуда Уставног суда БиХ АП 133/09

Насупрот ранијој пракси Уставни суд БиХ у предмету АП 133/09 је утврдио да је повријеђен члан 4. став 1. Протокола број 7. уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода.

Овом пресудом је укинута пресуда Кантоналног суда у Зеници и предмет је враћен том суду који је дужан да донесе нову одлуку у складу са Конвенцијом.

Нурис Селимановић из Високог, по свом браниоцу, поднио је апелацију Уставном суду БиХ против Пресуде Кантоналног суда у Зеници број 004-0-КЖ-08-000 240 од 10. 12. 2008. године и Пресуде Опћинског суда у Високом број 041-0-К-08-000067 од 09.07.2008. године.

Чињенично стање

Уставни суд је утврдио чињенично стање из апелантових навода и докумената предочених

Суду из чега произлази следеће:

Опћински суд у Високом је одлучујући о захтјеву ПУ Високо, рјешењем број 041-0-ПР-07-001 709 прогласио одговорним апеланта за прекршај из члана 3. став 1. тачка 2. Закона о јавном реду и миру („Службене новине ЗЕ-ДО кантона број 8/00 и 15/03) и изрекао му новчану казну од 200,00 КМ, за следеће чињеничне наводе:

„8. јула 2007. године око 14:45 сати у мјесту Шошње, испред куће бр. 41 апелант се, управљајући мотокултиватором, кретао некатегорисаним путем поред куће, власништво Х.М, а из куће су изашле сестре Б.М. и Се.М. и стале на пут у намјери да му онемогуће пролаз. Б.М. је почела да псује и стала испред мотокултиватора, али је апелант наставио с вожњом и том приликом је дошло до контакта предњег дијела машине и лијеве ноге М.Б. у предјелу бутине. Након тога га је М.Б. покушала ударити дрвеном граном, од чега се он одбранио рукама. При томе је пустио управљач због чега је дошло до превртања мотокултиватора. Тада је апелант шаком два пута ударио Се.М. у лице, те дрвеном граном у главу, а затим отишао својој кући гдје је дошао Са.М. и уз пријетње га позивао да изађе да се физички обрачунају.“

Опћински суд у Високом је својом пресудом број 041-0-К-08-000067 од 9. јула 2008. године апеланта прогласио кривим и осудио за кривично дјело лака тјелесна повреда из члана 173. став 1. у вези са чланом 54. КЗ ФБиХ, те му изрекао условну осуду - јединствену казну затвора у трајању од три мјесеца, која се неће извршити ако у року од једне године не учини ново кривично дјело.

Кантонални суд је својом пресудом број 004-0-КЖ-08-000240 од 10. децембра 2008. године, одбио апелантову жалбу као неосновану и потврдио пресуду првостепеног суда за следеће чињеничне наводе:

„8. јула 2007. године око 13:30 сати у мјесту Шошње, на путу испред куће Б.М, након краће препирке са Б.М. у вези с путем, апелант је возећи трактор кренуо у правцу Б.М. и њиме је ударио у лијеву ногу, нанијевши јој лаку тјелесну повреду у виду нагњечења с накупинама крви у лијевој наткољеници, а када је Се.М.

чула галаму и пошла у апелантовом правцу у намјери да помогне М.Б, апелант је ушао у двориште куће, те од Се.М. отео дрво дужине око два метра којим ју је ударио у главу и врат, нанијевши јој лаке тјелесне повреде у виду нагњечења у затиљном дијелу главе и врата са огуљотином коже.“

Меритум

Код одлучивања о меритуму апелације Уставни суд наводи да је апелант поднио апелацију због наводног кршења права на правично суђење из члана ИИ/3.е. Устава Босне и Херцеговине и члана 6. Европске конвенције и права да не буде суђен или кажњен два пута по истом предмету из члана 4. став 1. Протокола број 7. уз Европску конвенцију.

Приликом рјешавања да ли се ради о суђењу или кажњавању два пута по истом предмету Уставни суд БиХ је морао да разријеша следећа питања:

- а. Да ли је прва казна по својој природи кривичноправна?
- б. Да ли је дјело због којег је апелант кривично гоњен исто (идем)?
- ц. Да ли је постојала двострукост поступка (бис)?

а) У односу на питање да ли је прва казна по својој природи била кривичноправна Уставни суд примјећује да је апелант рјешењем Општинског суда од 21. марта 2008. године проглашен одговорним у поступку вођеном према Закону о прекршајима, те су за почињене прекршаје изречене новчана казна и укор. Према правној квалификацији, није сасвим јасно могу ли се „прекршаји“ третирали као „кривична дјела“.

За ово питање суд је требало да утврди да ли је апелант „правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком“.

Према становишту Европског суда правно означавање поступка према националном праву не може бити једино мјерило релевантности за примјену начела не бис ин идем на темељу члана 4. став 2. Протокола 7. Појам „кривични поступак“ у смислу текста члана 4. Протокола 7. треба тумачити у свјетлу општих начела која

се односе на одговарајуће ријечи „оптужба за кривично дјело“ и „казна“ у смислу члана 6. и 7. Европске конвенције. Уставни суд је примјенио праксу Европског суда постављену као три мјерила која су опште позната као „мјерила Енгел“. Прво мјерило је право разврставање дјела према националном праву, друго је сама природа дјела, а треће степен тежине казне којој је дотична особа могуће изложена.

У конкретном случају апелант је проглашен одговорним у прекршајном поступку за два дјела која пред домаћим правом представљају прекршаје, али је Европски суд утврдио како одређена дјела имају кривичноправну конотацију, иако се према мјеродавном домаћем праву сматрају превише тривијалним да би се на њих примјењивало кривично право и поступак.

Уставни суд закључује да је укључивање конкретних дјела у Закон о јавном реду и миру послужило као јемство заштите људског достојанства јавног реда и ова одредба је усмјерена према свим грађанима. Позивање на „лакшу“ природу дјела само по себи не искључује његово разврставање као „кривичног“ у смислу Европске конвенције, јер у њој ништа не упућује на то да би кривична природа дјела нужно тражила и одређени степен тежине.

У погледу степена тежине мјере, она се утврђује с обзиром на највећу могућу казну коју предвиђа мјеродавно право. Стварно запријећена казна мјеродавна је за ово утврђење али не може умањити важност онога што се првобитно доводи у питање. У конкретном случају за прекршаје за које је апелант проглашен одговорним члан 6. Закона о јавном реду и миру предвиђа новчану казну од 200,00 до 500,00 КМ, односно члан 6. Закона о прекршајима, новчану казну, увјетну осуду, укор и заштитну мјеру. Апеланту су за прекршаје за које је проглашен одговорним изречене новчана казна од 200,00 КМ и укор.

Према становишту Европског суда, а у складу са критеријумима енгел, дјело по својој природи мора бити кривично дјело, те за починиоца таквог дјела мора бити прописана казна која по својој природи и степену тежине уопште припада кривичној области.

У конкретном случају Уставни суд примјећује да је сврха казне у прекршајном поступку одвраћање и кажњавање без обзира на степен њене тежине, односно да природа дјела за која је апелант проглашен одговорним улази у сферу „кривичног поступка“.

б) У односу на питање да ли је дјело због којег је апелант кривично гоњен исто, суд сматра да постојање разних приступа при одлучивању је ли дјело за које се подносила захтјева казно гонио уистину исто као оно за које је већ био правомоћно ослобођен или осуђен ствара правну неизвјесност неспојиву с темељним правом, и то правом да се не буде казно гоњен два пута за исто дјело.. У том контексту Суд је позван дати усклађено тумачење појма „истог дјела“.

Стога, узимајући у обзир члан 4. Протокола 7, Суд сматра да се мора тумачити правило „идем“ тако да се забрањује казни прогон или суђење за друго „дјело“ уколико оно произилази из истих чињеница или чињеница које су биле исте.

ц) У односу на питање да ли је постојала двострукост поступка (бис), Суд закључује да је апелант изричито указивао да је за исти догађај код истог суда покренут и један и други поступак.

Уставни суд примјећује да другостепени суд може испитивати само ону повреду материјалног права на коју се у жалби указује.

Уставни суд закључује да је у околностима конкретног случаја дошло до двоструког поступка, с обзиром на то да је рјешење из прекршајног поступка стекло својство рес јудицата прије него што је кривични поступак покренут и за исто дјело окончан. При том Уставни суд примјећује да се кривични поступак вођен против апеланта не може сврстати под изузетке прописане ставом 2. члана 4. Протокола 7, односно да је у конкретном случају повријеђено његово право из члана 4. став 1. Протокола број 7 уз Европску конвенцију.

Уставни суд закључује да постоји повреда права из члана 4. став 1. Протокола број 7 уз Европску конвенцију када природа дјела улази у оквир „кривичног поступка“, у смис-

лу наведеног члана, те када је такво дјело предмет прекршајног и кривичног поступка против истог лица и ако произлази из истих чињеница или чињеница које су битно исте, па одлука донијета у једном поступку која је стекла својство рес јудицата и којом је утврђена одговорност и изречена казна, није била препрека да против истог тог лица и у другом поступку, који није окончан, такође буде донесена одлука.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Посљедице ових одлука, како Европског суда за људска права тако и Уставног суда Босне и Херцеговине, дубоко су се одразиле и на судску праксу у Босни и Херцеговини.

И судови поступајући по овој одлуци ЕСЉП као и Уставног суда БиХ, код ових случајева примјењују овај принцип.

Да би се избјегло да дође до примјене овог правила у пракси се прибјегава разним рјешењима.

Тако је главни окружни тужилац у Бањој Луци дана 4.3.2014. године, доставио полицији на подручју које ово тужилаштво покрива, упутство, у виду препорука о избјегавању овог правила.

Након тога је и главни републички тужилац Републике Српске под бројем А-253 од 18. 8. 2016. године, донио Упутство за поступање

у кривичним и прекршајним предметима у ситуацијама када постоји могућност повреде начела „ne bis in idem“. Ово упутство је обавезујућег карактера за сва тужилаштва у Републици Српској.

С обзиром на то да у Босни и Херцеговини има веома велики број агенција за спровођење закона, да би се колико-толико направило реда, у пракси, требало би као у случају састављања Протокола о сарадњи тужилаца и овлашћених службених лица у провођењу радњи доказивања у току истраге, који је под покровитељством ВСТС, састављен и закључен, на сличан начин и ово питање ријешити.

Нешто слично је у Републици Хрватској, гдје су главни државни одвјетник и директор полиције закључили споразум о превазилажењу проблема из овог правила.

Осим органа за спровођење закона, потребно је и да доносиоци прописа, законодавци приликом прописивања неких понашања као кривичних дјела и приликом прописивања прекршаја избјегну међусобну сличност поменутих деликата.

Раскид уговора о доживотном издржавању

(члан 142. Закона о наслеђивању „Сл. гласник РС”, бр. 1/09, 55/09, 91/16)

КАДА СЕ У СУДСКОМ ПОСТУПКУ УДОВОЉИ ЗАХТЈЕВУ ЗА РАСКИД УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ, ТАКВА ПРЕСУДА ИМА КОНСТИТУТИВАН КАРАКТЕР И ЊОМЕ СЕ ТУЖЕНОМ НЕ НАЛАЖЕ НИКАКВА ЧИНИДБА ВЕЋ СЕ САМО ПРАВНО СТАЊЕ КОЈЕ ПОСТОЈИ ПРЕИНАЧАВА ТАКО ДА СЕ РАЗРЈЕШАВА ПРАВНИ ОДНОС КОЈИ ЈЕ НА ОСНОВУ

УГОВОРА НАСТАО ИЗМЕЂУ ДАВАОЦА И ПРИМАОЦА ИЗДРЖАВАЊА. УГОВОР ЈЕ РАСКИНУТ ДАНОМ ПРАВОСНАЖНОСТИ ПРЕСУДЕ, ШТО ЗНАЧИ ДА ОНА ДЈЕЛУЈЕ ЕХ НУНЦ, ИАКО СУ ЧИЊЕНИЦЕ КОЈЕ СУ РАЗЛОГ ЗА РАСКИД УГОВОРА НАСТУПИЛЕ МНОГО РАНИЈЕ НЕГО ШТО ЈЕ ТУЖБА ЗА РАСКИД УГОВОРА ПОДНЕСЕНА.

(Врховни суд Републике Српске, број: 86 о П 039145 18 Рев, 14.06.2018. године)

Испуњење уговорне обавезе

(члан 17. став 1. и члан 262. став 1. Закона о облигационим односима „Службени лист СФРЈ“, број 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, те „Службени гласник Републике Српске“, број 17/93 и 74/04)

КАДА ПОРАВНАЊЕ НЕ САДРЖИ ЕЛЕМЕНТЕ УГОВОРА О ПОРАВНАЊУ, ВЕЋ СУ СТРАНКЕ УЧИНИЛЕ НЕСПОРНИМ ДА ПОСТОЈИ ПОТРАЖИВАЊЕ ТУЖИТЕЉА ПРЕМА ТУЖЕНОМ, ИЗНОС ТОГ ПОТРАЖИВАЊА, НАЧИН И РОК ИСПЛАТЕ, ЗА РАЗРЈЕШЕЊЕ СПОРНОГ ОДНОСА НИСУ МЈЕРОДАВНЕ ОДРЕДБЕ КОЈЕ ВАЖЕ ЗА ПОРАВНАЊЕ, ВЕЋ ОДРЕДБЕ КОЈЕ ВАЖЕ ЗА ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРНИХ ОБАВЕЗА.

Из образложења:

Споразум нема карактер уговора о поравнању јер не садржи битни елемент узајамног попуштања странака, већ само констатацију висине потраживања тужитеља према туженом, начин и услове под којима ће тужени испунити своју обавезу. Овај Споразум, стога, има карактер исправе којом уговарачи сагласно, у складу са одредбама члана 17. став 1. и члана 262. став 1. ЗОО, потврђују да су се налазили у пословном односу, да постоји дуговање туженог према тужитељу из тог односа, колики је дуг, на који начин и у ком временском периоду ће бити плаћен.

(Врховни суд Републике Српске, број: 57 о Пс 110605 18 Рев, од 06.06.2018. године)

Раскид уговора и застара

(члан 124. у вези са чланом 371. Закона о облигационим односима „Службени лист СФРЈ“, број 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, те „Службени гласник РС“, број 17/93 до 74/04)

У СИТУАЦИЈИ КАДА ЈЕ ЗАСТАРЈЕЛО ПОТРАЖИВАЊЕ ПОВЈЕРИОЦА И КАДА ДУЖНИК ВИШЕ НИЈЕ ДУЖАН ДА ИЗВРШИ УГОВОРНУ ОБАВЕЗУ, НИТИ СЕ ТО МОЖЕ ОСТВАРИТИ ПРИНУДНИМ ПУТЕМ, ТУЖИТЕЉ НЕ МОЖЕ РАСКИНУТИ УГОВОР ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.

Из образложења:

Поставља се питање, да ли повјерилац може раскинути уговор због неизвршења обавезе дужника и у ситуацији у којој је већ наступила застарјелост потраживања извршења уговорене обавезе. Приговор застарјелости је материјалноправни приговор кога тужени може истаћи све до закључења главне расправе, тако да његов пропуст да га истакне у одговору на тужбу или на припремном рочишту, нема за посљедицу губитак тог права, како ревизија жели да прикаже. Једино ограничење у погледу истицања приговора застаре, јесте у томе да се тај приговор не може први пут изнијети у жалби (члан 207. став 3. ЗПП). Када је такав приговор истакнут у току поступка пред првостепеним судом, онда и другостепени суд и ревизиони суд,

по службеној дужности, у жалбеном и ревизионом поступку морају да пазе на правилну примјену материјалног права. Када је у парници у току првостепеног поступка истакнут приговор застарјелости, тада суд, првенствено, мора да оцијени да ли је овај приговор основан, а тек потом, уколико нађе да наведени приговор није основан, упустиће се у извођење доказног поступка и расправљање о основаности и висини самог потраживања.

Како тужитељ није у законом прописаном року тражио извршење уговорене обавезе, нити обавјестио другу уговорну страну да раскида уговор, он је, својим пропустима, довео до застарјелости потраживања..

(Врховни суд Републике Српске, број: 72 о П 003332 18 Рев, од 05.07.2018. године)

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ

(члан 58. Закона о стварним правима „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08, 58/09, 95/11 и 60/15)

КОД ЧИЊЕНИЦЕ ДА СЕ РАДИ О ФАКТИЧКОЈ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈИ ПРЕДМЕТНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ, У ТАКВОЈ СИТУАЦИЈИ ДРЖАВИНА ТУЖЕНОГ НИЈЕ САВЈЕСНА, ЈЕР ОН ЗНА ДА ЈЕ ФАКТИЧКИМ ПУТЕМ ЕКСПРОПРИСАО НАВЕДЕНУ НЕПОКРЕТНОСТ ОД МАЈКЕ ТУЖИОЦА ЧИЈИ ЗАКОНСКИ НАСЉЕДНИК ЈЕ ТУЖИЛАЦ, А ДА НИ ДО ДАНАС НИЈЕ ПЛАТИО НАКНАДУ ЗА ФАКТИЧКИ ИЗУЗЕТУ НЕПОКРЕТНОСТ, ПА КАКО ЈЕ САВЈЕСНОСТ УСЛОВ КОЈИ УВИЈЕК МОРА БИТИ ИСПУЊЕН ДА БИ СЕ ОДРЖАЈЕМ (КАКО РЕДОВНИМ ТАКО И ВАНРЕДНИМ) СТЕКЛО ПРАВО СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ И КАКО НА СТРАНИ ТУЖЕНОГ НЕ ПОСТОЈИ ТАЈ УСЛОВ, НЕОСНОВАНО ЈЕ ОД СТРАНЕ ТУЖЕНОГ ИСТИЦАНО ДА ЈЕ ПРОТЕКАО РОК ОД 20 ГОДИНА ЊЕГОВОГ НАВОДНО САВЈЕСНОГ, НЕСМЕТАНОГ И НЕПРЕКИДНОГ ПОСЈЕДА ПРЕДМЕТНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ ТЕ ДА ЈЕ

ОН КАО НАВОДНО САВЈЕСНИ ДРЖАЛАЦ ОДРЖАЈЕМ СТЕКАО ПРАВО СВОЈИНЕ НА ТОЈ НЕПОКРЕТНОСТИ.

Из образложења:

Из предметног списка поуздано произлази, што међу странкама и није спорно, да је тужени правни насљедник ранијег предузећа.. Тужени не спори ни да је за потребе изградње електроенергетских објеката на подручју општине Лакташи правни предник туженог фактички изузео предметно земљиште од мајке тужеоца... што произлази и из доказа у виду потврде, број 10173/87 од 21.06.1989. године, издате од стране предузећа ... Наиме, и у том доказу је потврђено да је од стране ООУР... за потребе изградње електроенергетских објеката на подручју општине Лакташи изузето земљиште укупне површине 17 м², за изградњу МБТС „Земљорадничка задруга“ 20/0,4 кВ, а која се налази на парцели... власништво и посјед са 1/1... Најзад, међу странкама није спорно

да је тужилац једини законски наслѣдник иза умрле ..., што произлази поуздано и из правноснажног рјешења Основног суда у Бањалуци, број 71 о О 192203 14 О од 19.11.2014. године, које се затиче у спису и изведено је као доказ на главној расправи.

Полазећи од претходно наведених доказа и чињеница, основано се жалбом тужиоца

наводи да се у конкретном случају ради о фактичкој експропријацији која представља основ за остваривање права на накнаду у складу са одредбама Закона о експропријацији, као и да то право не застаријева.

(Окружни суд у Бањој Луци, број 71 о Мал 212342 17 Гж, од 06.03.2018. године)

Право на приватни и породични живот-обавеза издржавања

(члан ИИ/3.ф) Устава Босне и Херцеговине и члана 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, члан 259. односно 263. став 2. Породичног закона)

УСТАВНИ СУД ЗАКЉУЧУЈЕ ДА У КОНКРЕТНОМ СЛУЧАЈУ ПОСТОЈИ КРШЕЊЕ ПРАВА НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА ИЗ ЧЛАНА ИИ/3.Ф) УСТАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЧЛАНА 8. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЈЕР СУ СЕ РЕДОВНИ СУДОВИ НЕЗАКОНИТО УМИЈЕШАЛИ У АПЕЛАНТОВО ПРАВО НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ КАДА СУ ГА ОБАВЕЗАЛИ НА ПЛАЋАЊЕ ИЗДРЖАВАЊА МЛДБ. ТУЖИТЕЉИЦИ ТРИ ГОДИНЕ УНАЗАД ОД МОМЕНТА ПОДНОШЕЊА ТУЖБЕ ПРИМЈЕНОМ ЧЛАНА 372. СТАВ 1. ЗОО, А НИСУ ПРИМИЈЕНИЛИ ЧЛАН 259. ОДНОСНО 263. СТАВ 2. ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА КАО ЛЕХ СПЕЦИАЛИС ЗАКОНА КОЈИ СЕ МОРАО ПРИМИЈЕНИТИ НА КОНКРЕТНУ СИТУАЦИЈУ, ТЕ КАДА ОСПОРЕНИМ ОДЛУКАМА РЕДОВНИХ СУДОВА ПРИЛИКОМ УТВРЂИВАЊА ВИСИНЕ ИЗДРЖАВАЊА КОЈУ АПЕЛАНТ ТРЕБА ПЛАЋАТИ УБУДУЋЕ, ТЈ. ПРОЦЕНТА ОД АПЕЛАНТОВОГ ЛИЧНОГ ДОХОТКА НИЈЕ УСПОСТАВЉЕНА РАЗУМНА РЕЛАЦИЈА ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ ИЗМЕЂУ МИЈЕШАЊА И ЗАКОНИТОГ ЦИЉА КОЈЕМ СЕ ТЕЖИ.

Из образложења:

Чланом 372. став 1. ЗОО прописан је трогодишњи рок за застарјелост потраживања

издржавања, а насупрот томе, према члану 259. став 1. и члану 263. став 2. Породичног закона суд може обавезати лице које је дужно да даје издржавање само на плаћање будућих мјесечних износа издржавања, односно права и обавезе утврђене измијењеном одлуком о издржавању не могу дјеловати прије подношења захтјева. Овакве ситуације, према мишљењу Уставног суда, представљају неусклађености правног система. Међутим, Уставни суд подсјећа да правни поредак садржи средства за уклањање антиномија, односно за њихово свођење на најмању мјеру. Та правила се традиционално изражавају као лех постериор дерогат леги приори (каснија норма укида ранију норму исте правне снаге која јој противрјечи), лех супериор дерогат леги инфериори (виша норма укида нижу норму која јој противрјечи), те лех специалис дерогат леги генерали (специјална норма која уређује само једну подврсту неког односа, укида општу норму која јој противрјечи, а ова општа норма уређује читав однос). У конкретном случају, према мишљењу Уставног суда, Породични закон је вишеструко лех специалис у односу на ЗОО. Породични закон садржи норме исте правне снаге као ЗОО, али је касније донесен. Поред тога, ЗОО генерално прописује рокове застаре који врједје у свим случајевима изузев уколико је исто питање на друкчији начин ријешено другим специјалним законом, а управо је то случај с Породичним законом који у оквиру породично-правних односа регулише и питање издржавања, и то на друк-

чији начин него ЗОО. Због свега наведеног, у конкретном случају редовни судови нису могли примијенити одредбе члана 372. став 1. ЗОО на питање издржавања, већ су били дужни примијенити релевантне одредбе чл. 259. или 263. Породичног закона (на које су се такође позвали) као лех специалис, чијом

примјеном су апеланта као лице које је дужно да даје издржавање могли обавезати да даје издржавање само за убудуће.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП 4636/15, од 10.04.2018. године)

Право на имовину-стицање укњижбом

(члан ИИ/3.к) Устава Босне и Херцеговине и члана 1. Протокола број 1 уз Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, члан 53. Закона о стварним правима)

УСТАВНИ СУД ЗАКЉУЧУЈЕ ДА У СПЕЦИФИЧНИМ ОКОЛНОСТИМА КОНКРЕТНОГ СЛУЧАЈА ПОСТОЈИ ПОВРЕДА ПРАВА НА ИМОВИНУ ИЗ ЧЛАНА ИИ/3.К) УСТАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЧЛАНА 1. ПРОТОКОЛА БРОЈ 1 УЗ ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ, КАДА У ОКОЛНОСТИМА КОНКРЕТНОГ СЛУЧАЈА МИЈЕШАЊЕ У АПЕЛАНТКИЊИНО ПРАВО НА ИМОВИНУ, ИАКО ЗАКОНИТО И У СЛУЖБИ ЛЕГИТИМНОГ ЦИЉА ЗА АПЕЛАНТКИЊУ РЕЗУЛТИРА ПРЕТЈЕРАНИМ ТЕРЕТОМ КОЈИ СЕ НЕ МОЖЕ ОПРАВДАТИ ЛЕГИТИМНИМ ЦИЉЕМ У ЧИЈОЈ ЈЕ СЛУЖБИ.

Из образложења:

Уставни суд сматра да мијешање у апеланткињино право на мирно уживање имо-

вине, иако засновано на закону и у служби легитимног циља, на апеланткињу ставља претјеран терет који се не може оправдати њеним пропустом да се прије покретања извршног поступка укњижи као власница предметног стана, с обзиром на чињеницу да је прије покретања извршног поступка закључивањем уговора са извршеником, коме је у цјелини исплатила купопродајну цијену за предметни стан, стекла право на посјед и право да се укњижи као његова власница, а која права нису престала ни укњижбом рјешења о извршењу, нити је укњижба рјешења о извршењу, како је утврђено правоснажном пресудом, била препрека да апеланткиња на основу ваљаног уговора са извршеником стекне право власништва на предметном стану и право да се на њему укњижи.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП 2326/18, од 17.07.2018. године)

Правна квалификација дјела, примјена блажег закона

(члан 195. став 1 и став 4. Кривичног закона "Сл. гласник РС", бр. 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13, те члан 172. Став 7 Кривичног закона Републике Српске "Сл. гласник РС", бр. 64/17)

ПО ОЦЈЕНИ ОВОГ СУДА, РАДЊЕ ОПТУЖЕНОГ ЧИЊЕНИЧНО ОПИСАНЕ У ТАЧКИ 2. ИЗРЕКЕ ПОБИЈАНЕ ПРЕСУДЕ, НИСУ ПРАВИЛНО ПРАВНО КВАЛИФИКОВАНЕ КАО

КРИВИЧНО ДЈЕЛО ПОЛНОГ НАСИЉА НАД ДЈЕТЕТОМ ИЗ ЧЛАНА 195. СТАВ 4. У ВЕЗИ СА СТАВОМ 1. КРИВИЧНОГ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ. ОВО ИЗ РАЗЛОГА ЈЕР РАДЊЕ ОПТУЖЕНОГ ИЗ ИЗРЕКЕ ПРЕСУДЕ НЕ ПРЕДСТАВЉАЈУ ПОЛНЕ РАДЊЕ КОЈЕ СУ ИЗЈЕДНАЧЕНЕ СА ОБЉУБОМ, ПА ПОШТО ЈЕ ОВАЈ ОБЛИК ИЗВРШЕЊА ДЈЕЛА У ЧЛАНУ 172. СТАВ 7. КРИВИЧНОГ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ПРОПИСАНА МАЊА КАЗНА ЗАТВОРА У ОДНОСУ НА КРИ-

ВИЧНИ ЗАКОН РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ КОЈИ ЈЕ ВАЖИО У ВРИЈЕМЕ ИЗВРШЕЊА ДЈЕЛА, ТО ЈЕ УСМИСЛУ НАЧЕЛА „ПРИМЈЕНЕ БЛАЖЕГ ЗАКОНА“, КРИВИЧНИ ЗАКОНИК БЛАЖИ ЗА УЧИНИОЦА. С ТОГА ЈЕ ОВАЈ СУД, У ОВОМ ДИЈЕЛУ УВАЖИО ЖАЛБУ БРАНИОЦА ОПТУЖЕНОГ, ТЕ ЈЕ ПРЕИНАЧИО ПОБИЈАНУ ПРЕСУДУ У ПОГЛЕДУ ПРАВНЕ ОЦЈЕНЕ ДЈЕЛА, ТАКО ШТО ЈЕ РАДЊЕ ОПТУЖЕНОГ, ПРАВНО КВАЛИФИКОВАО КАО КРИВИЧНО ДЈЕЛО ОБЉУБА СА ДЈЕТЕТОМ МЛАЂИМ ОД ПЕТНАЕСТ ГОДИНА ИЗ ЧЛАНА 172. СТАВ 7. У ВЕЗИ СА СТАВОМ 3. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА.

Из образложења:

Међутим, насупрот томе, по оцјени овог суда, радње оптуженог чињенично описане у тачки 2. изреке побјане пресуде, нису правилно правно квалификоване као кривично дјело полног насиља над дјететом из члана 195. став 4. у вези са ставом 1. КЗ РС. Наиме, одредбом члана 172. новог Кривичног законика Републике Српске ("Службени гласник Републике Српске" број 64/2017) прописано је кривично дјело

обљуба са дјететом млађим од петнаест година и у ставу 1. је прописано да ко изврши обљубу или са њом изједначену полну радњу са дјететом млађим од петнаест година, казниће се казном затвора од двије до десет година. Ставом 3. цитиране одредбе предвиђени су квалификовани облици овог дјела и у истом је, између осталог, прописан квалификовани облик ако постоји велика несразмјера у зрелости и узрасти између учиниоца и жртве. Ставом 7. наведене одредбе између осталог, прописано је да ако је нека друга полна радња извршена под условима из става 3. истог члана, учинилац ће се казнити казном затвора од једне до осам година. За разлику од новог Кривичног законика, КЗ РС који је важио у вријеме извршења предметних кривичних дјела, у члану 195. став 1, као и у самом називу дјела, изједначава радњу извршења обљубу са другом полном радњом дјетета и за то дјело у квалификованом облику (став 4), прописује казну затвора најмање пет година.

(Врховни суд Републике Српске, број 13 о К 004497 18 Кж 3, од 12.06.2018. године)

Околност која искључује постојање кривичног дјела

(члан 363. став 5, у вези са чланом 148. став 1. Кривичног закона Републике Српске „Сл. гласник Републике Српске“ број 49/03, 108/04, 37/06, 73/10, 1/12 и 37/13)

КАДА ЈЕ ОСУЂЕНИ ОГЛАШЕН КРИВИМ ШТО ЈЕ СВОЈОЈ МАЈЦИ, КАО ИЗВРШИОЦУ ПРЕДМЕТНОГ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА УБИСТВА ИЗ ЧЛАНА 148. СТАВ 1. КЗ РС УНАПРИЈЕД ОБЕЋАО ПОМОЋ У ПРИКРИВАЊУ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА И ТРАГОВА, ПА ТУ ПОМОЋ И ПРУЖИО НАКОН ИЗВРШЕЊА ДЈЕЛА (НА НАЧИН ОПИСАН У ИЗРЕЦИ ПРАВОСНАЖНЕ ПРЕСУДЕ), ОНДА ЊЕГОВЕ РАДЊЕ МАНИФЕСТУЈУ ПОМАГАЊЕ КАО ОБЛИК САУЧЕСНИШТВА У ИЗВРШЕЊУ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА УБИСТВА ИЗ ЧЛАНА 148. СТАВ 1. КЗ РС У ВЕЗИ СА ЧЛАНОМ 25. ИСТОГ ЗАКОНА, А НЕ САМОСТАЛНО КРИВИЧНО ДЈЕЛО

ПОМОЋ УЧИНИОЦУ НАКОН ИЗВРШЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ИЗ ЧЛАНА 363. КЗ РС, ТЕ РАДИ ТОГА НЕМА МЈЕСТА ПРИМЈЕНИ ОДРЕДБЕ СТАВА 5. ОВОГ ЧЛАНА КОЈА ИСКЉУЧУЈЕ ПОСТОЈАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА АКО ЈЕ ПОМОЋ ПРУЖИЛО ЛИЦЕ КОМЕ ЈЕ УЧИНИЛАЦ, ИЗМЕЂУ ОСТАЛОГ, СРОДНИК ПО КРВИ У ПРАВОЈ ЛИНИЈИ.

Из образложења:

Цитирана законска одредба се односи на кривично дјело помоћ учиниоцу након извршеног кривичног дјела, које се огледа у скривању учиниоца кривичног дјела. Радња извршења овог дјела је алтернативно одређена као прикривање оруђа, трагова, или на други начин помагање да учинилац не буде откривен, или скривање осуђеног лица, или предузимање других радњи којима се иде за тим да не

буде извршена изречена кривична санкција. Ставом 5. ове одредбе прописано је да нема наведеног кривичног дјела (које се поред основног појављује и у два квалификована облика) ако је помоћ пружило лице коме је учинилац,

између осталог, сродник по крви у правој линији.

(Врховни суд Републике Српске, број 12 о К 004724 18 Квлз, од 20.08.2018. године)

Примјена блажег закона у контексту застарјелости кривичног гоњења

(члан 4. Кривичног закона Републике Српске „Сл. гласник Републике Српске“, број 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13, те члан 9. у вези са чланом 95. став 1. тачка 6. и у вези са чланом 96. став 8. Кривичног законика Републике Српске “Сл. Гласник Републике Српске”, број 64/17)

КАДА ЗА ПРИМЈЕНУ НА КОНКРЕТАН СЛУЧАЈ КОНКУРИШУ ДВА ЗАКОНА И ТО КЗ РС КОЈИ ЈЕ БИО НА СНАЗИ У ВРИЈЕМЕ ИЗВРШЕЊА ДЈЕЛА (РАНИЈИ ЗАКОН) И КРИВИЧНИ ЗАКОНИК РС КОЈИ ЈЕ СТУПИО НА СНАГУ ПОСЛИЈЕ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА (НОВИ ЗАКОН), ТЕ КАДА ОБА ЗАКОНА РАДЊЕ ОПИСАНЕ У ДИСПОЗИТИВУ ОПТУЖНИЦЕ ОДРЕЂУЈУ КАО ИСТО КРИВИЧНО ДЈЕЛО И ПРОПИСУЈУ ИСТЕ КАЗНЕ ЗА ТО ДЈЕЛО, БЛАЖИ ЈЕ НОВИ ЗАКОН ЈЕР СКРАЂУЈЕ РОК ЗАСТАРЈЕЛОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА, А ЊЕГОВОМ ПРИМЈЕНОМ НА КОНКРЕТАН СЛУЧАЈ ТА ЗАСТАРЈЕЛОСТ ЈЕ ВЕЋ НАСТУПИЛА.

Из образложења:

Међутим нови закон (Кривични законик) у односу на ранији закон (КЗ РС) скрађује рок застарјелости кривичног гоњења јер је, с обзиром да прописану казну за наведено кривично дјело, релативни рок застарјелости у смислу одредбе члана 95. став 1. тачка 6. Кривичног законика три године (док је пет година по КЗ РС), а апсолутни рок застарјелости у смислу одредбе члана 96. став 8. истог законског прописа шест година (док је десет година по КЗ РС). Па како је у конкретном случају, према чињеничном опису кривичног дјела у диспозитиву оптужнице, као вријеме извршења дјела означен период од 13.03.2012. године до 16.03.2012. године, то је примјеном Кривичног законика на конкретан случај, дана 16.03.2018. године (4. дан од доношења побијане пресуде), због протеча рока од шест година рачунајући од дана извршења дјела, наступила апсолутна застарјелост кривичног гоњења за предметно кривично дјело...

(Врховни суд Републике Српске, број 71 о К 151365 18 Кжж 2, од 03.04.2018. године)

Право лица да не буде подвргнуто мучењу, нити нечовјечном или понижавајућем третману или казни-провођење дјелотворне службене истраге

(члан ИИ/3.б) Устава Босне и Херцеговине и чл. 3 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода)

УСТАВНИ СУД ЗАКЉУЧУЈЕ ДА ПОСТОЈИ ПОВРЕДА ПРАВА ИЗ ЧЛАНА ИИ/3.Б) УСТАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЧЛАНА

3. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ КАДА ЈЕ ИЗСТАЛА СЛУЖБЕНА ИСТРАГА О АПЕЛАНТОВИМ ТВРДЊАМА О ЗЛОСТАВЉАЊУ КОЈЕ СУ БИЛЕ ОЗБИЉНЕ И ДОКУМЕНТОВАНЕ ОБИМНОМ МЕДИЦИНСКОМ ДОКУМЕНТАЦИЈОМ А ЗЛОСТАВЉАЊЕ СЕ ДОГОДИЛО КАДА ЈЕ АПЕЛАНТ НЕСПОРНО БИО ПОД КОНТРОЛОМ ЈАВНЕ ВЛАСТИ, ТЈ. ПРИЛИКОМ ЗАДРЖАВАЊА У МИНИСТАРСТВУ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА-ПОЛИЦИЈСКА УПРАВА БУГОЈНО.

Из образложења:

Уставни суд подсјећа да, према ставу Европског суда, ако појединац изнесе увјерљиву тврдњу да је претрпио озбиљно злостављање, противно члану 3. Европске конвенције, од државних власти, та одредба, у вези са општом дужношћу

државе из члана 1. Конвенције да "сваком лицу под својом јурисдикцијом осигура права и слободе одређене у ... Конвенцији", захтијева провођење дјелотворне службене истраге. Обавеза да се проведе истрага "није обавеза резултата, него средстава": свака истрага не мора нужно бити успјешна, или довести до закључка који се подудара с тражитељевим описом догађаја. Међутим, она треба у начелу бити прикладна да доведе до утврђивања чињеница предмета и, ако се докаже да су наводи истинити, до идентификације и кажњавања одговорних (види, поред осталих, Европски суд, Мађер против Хрватске, пресуда од 21. јуна 2011. године, став 111).

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП 5116/15, од 10. априла 2018. године)

Кажњавање на основу закона-примјена блажег закона

(члан 7. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода)

УСТАВНИ СУД ЗАКЉУЧУЈЕ ДА ЈЕ ПОВРИЈЕЂЕНО АПЕЛАНТОВО УСТАВНО ПРАВО ИЗ ЧЛАНА 7. СТАВ 1. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ, ЈЕР ЈЕ У КОНКРЕТНОМ СЛУЧАЈУ ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА, КОЈИМ ЈЕ ОДБИЈЕН АПЕЛАНТОВ ЗАХТЈЕВ ЗА ЗАМЈЕНУ КАЗНЕ ЗАТВОРА (КОЈА МУ ЈЕ ИЗРЕЧЕНА ЗА КРИВИЧНО ДЈЕЛО ПО РАНИЈЕ ВАЖЕЋЕМ КЗ РС) НОВЧАНОМ КАЗНОМ БИЛА НА АПЕЛАНТОВУ ШТЕТУ, ТЕ ДА ЈЕ УТИЦАЛА НА САМУ „КАЗНУ“, А НЕ НА ЊЕНО ИЗВРШЕЊЕ.

Уставни суд запажа да је апелант правоснажном пресудом проглашен кривим за кри-

вично дјело неовлашћена производња и промет опојних дрога из члана 224 став 1 раније важећег КЗРС, те да му је изречена казна затвора од шест мјесеци. У складу са чланом 33 став 2 раније важећег КЗРС, осуђено лице којем је изречена казна затвора од шест мјесеци могло је захтијевати да она буде замијењена новчаном казном. Руководећи се цитираном законском одредбом, апелант је, у вријеме када је већ ступио на снагу важећи КЗРС који ову могућност не предвиђа, поднио захтјев за замјену казне затвора новчаном казном, темељећи свој захтјев и на тврдњи да је раније важећи КЗРС по ком је правоснажно осуђен повољнији за њега.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП 3116/18, од 17. 07.2018.године)

Право на личну слободу и сигурност-надлежност за одлучивање о приједлогу за продужење притвора

(члан ИИ/3.д) Устава Босне и Херцеговине и члана 5. Европске

конвенције о заштити људских права и основних слобода)

УСТАВНИ СУД ЗАКЉУЧУЈЕ ДА ПОСТОЈИ КРШЕЊЕ ПРАВА ИЗ ЧЛАНА ИИ/ЗД) УСТАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЧЛАНА 5. СТАВ 1. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ, КАДА У ОКОЛНОСТИМА КОНКРЕТНОГ СЛУЧАЈА, ЛИШАВАЊЕ СЛОБОДЕ НИЈЕ „ЗАКОНИТО“, ЈЕР НИЈЕ ПРЕДУЗЕТО УЗ ОБАВЕЗУ ПОШТОВАЊА ПРОЦЕДУРАЛНИХ ПРАВИЛА НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА.

Из образложења:

Уставни суд запажа да је одредбом члана 21. тачка е) ЗКПФБиХ прописано да је судија за претходно саслушање „судија који након подизања оптужнице поступа у случајевима када је то прописано овим Законом и који има овлаштења која припадају судији за

пријашњи поступак“. Уставни суд, даље, запажа да су одредбом члана 151. ЗКПФБиХ прописана правила за одређивање притвора након потврђивања оптужнице. Међутим, наведеним одредбама није изричито прописана надлежност судије за претходно саслушање за доношење одлука о продужењу или одређивању притвора, па се, стога, од-

редбе о надлежностима судије за претходно саслушање за предузимање процесних радњи изводе из одредаба које прописују овлаштења судије за претходни поступак. У вези са овлаштењима судије за претходни поступак, Уставни суд уочава да је одредбом члана 149. ст. 1. и 2. ЗКПФБиХ прописано да судија за претходни поступак одлучује о приједлогу за одређивање притвора, те да притвор, по рјешењу судије за претходни поступак, може трајати најдуже један мјесец од дана одузимања слободе. Послије тог рока осумњичени се може задржати у притвору само на основу рјешења о продужењу притвора о којему одлучује вијеће из члана 25. став 6. ЗКПФБиХ на образложени приједлог тужиоца. Из наведених одредаба произлази да судија за претходно саслушање има надлежност да одлучује о приједлогу за одређивање притвора, али да нема надлежност да одлучује о приједлогу за продужење притвора, који је већ раније одређен..

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, АП 2551/18, од 19.06.2018. године)

СТРУЧНА ЕДУКАЦИЈА АДВОКАТА 2018. године

Као и претходне године Адвокатска комора РС у првој половини 2018. године наставила је са организовањем континуиране едукације својих чланова те редовним обавјештавањем истих о едукацијама других организатора. Оно што је примјетно за прву половину 2018. године јесте да је Адвокатска комора РС узела заједно са другим организаторима директно и значајно учешће у суорганизацији стручне едукације носилаца правосудне функције у РС те финансирањем трошкова котизације својим члановима значајно олакшала њихово присуство и учешће.

Тако је 22. марта 2018. године одржана јавна расправа поводом Нацрта Закона о одузимању имовине која је проистекла извршењем кривичног дјела, док је 26. марта 2018. године одржана јавна расправа поводом Нацрта Закона о извршењу кривичних и прекршајних санкција Републике Српске. Обје јавне расправе одржане су у Бањој Луци у просторијама МУП-а РС.

Од 11. до 12. априла 2018. године Министарство правде БиХ, Одсјек за едукацију у кривичним



стварима пред Судом БиХ одржао је округли сто на тему „Ефикасно управљање судским поступком у предметима ратних злочина“. На истом округлом столу усвојени су закључци да је различита судска пракса посредица недовољно прецизних законских рјешења, указано је да је потребно измијенити одредбе Закона о кривичном поступку БиХ којим би се регулисала обавеза тужиоца да на почетку истраге донесе наредбу о спровођењу исте, затим право браниоца да прегледа списе и документе с циљем јасног и прецизног одређивања права и обавеза странака у поступку, а све у циљу омогућавања приступа доказима битним за кривични поступак. Такође на истом округлом





столу указано је да је оптужницу у предметима ратних злочина неопходно унифицирати из разлога различите праксе судова у поступању приликом одлучивања о оптужници. Утврђено је да постоје различити стандарди у оцјени законитости доказа између правосуђа на нивоу БиХ и ентитета те је истакнута потреба уједначавања судске праксе и по питању права на жалбу против пресуда донијетим на основу споразума о признавању кривице. На крају је указано на значај потребе редовног организовања округлих столова на којима би узели учешће судије, тужиоци и адвокати који раде на предметима ратних злочина, а све у циљу свеобухватног сагледавања различитих питања

Удружење економиста SWOT 03./04. маја 2018. године одражало је на Јахорини „Јахорина економски форум 2018 – Регионална сарадња као важна полуга економског развоја земаља ЈЕ“, док је 15. маја 2018. године АНАЛИТИКА, Center for Social Research одржало конференцију на тему: "Антидискриминацијско законодавство, политике и праксе у БиХ: Постигнућа, перспективе и проблеми" у Сарајеву.

Дана 17/18. мај 2018. године Адвокатска/Одвјетничка комора ФБиХ у сарадњи са Вијећем Европе спровела је пројекат: „Јачање капацитета адвоката о слободи изражавања“, затим семинар: „Обука едукатора-адвоката у области примјене стандарда члана 10. Европске конвенције о људским правима“ у Неуму. На истом семинару и адвокати АК РС су узели значајно учешће.

Агенција "Експерт" у сарадњи са осигуравајућим друштвима из СР, ЦГ, БиХ, РС, МК, ХР и СЛ одржала је научно-стручно савјето-

вање на тему: „Саобраћајне незгоде“. Савјетовање је одржано у периоду од 17. 05-19. 05. 2017. године на Златибору и на истом је учешће узело пет адвоката из РС. Њихово присуство је свакако било примјетно и позитивно поздрављено од стране организатора истог.

Удружење судија Републике Српске у сарадњи са Удружењем судија Федерације БиХ, Удружењем судија у БиХ, Центрима за едукацију судија и тужилаца у РС и ФБиХ, адвокатским коморама РС и ФБиХ и Правосудном комисијом Брчко Дистрикта БиХ одржало је 26. мај 2018. године савјетовање из прекршајно-правне области у Бијељини.



Министарство правде БиХ, Одсјек за едукацију у казним стварима пред Судом у БиХ у сарадњи са АК РС организовало је 1. јуна 2018. године за адвокате семинар континуираног стручног усавршавања на тему: „Вјештине заступања“ у Тузли, затим током априла у Бањој Луци је одржан семинар на тему "Директно и унакрсно испитивање".

Центар за едукацију судија и јавних тужилаца у РС у Бањој Луци је 4. јуна 2018. године одржао семинар из грађанскоправне области на тему "Закон о катастру и премјеру некретнина", да би 11. јуна 2016. године организовао семинар на тему "Поступак у привредним споровима" на којима је испред АК РС омогућено учешће за 10 адвоката.

Такође, 4. јуна 2018. године Центар за едукацију судија и јавних тужилаца у Републици Српској спровео је семинар на тему: „Судска пракса из ванпарничне области с посебним освртом на уређење међе и одузимање и враћање пословне способности“.

У периоду од 06.06.-09.06. 2018. године одржано је XVII савјетовање из

кривичноправне области у Неуму са посебним освртом на "15. година реформе кривичног законодавства, пријеђени пут и поглед напријед". На истом семинару АК РС, поред тога што је била један од организатора савјетовања, сносила је трошкове котизације за 10 адвоката. Закључак савјетовања је био усмјерен ка потреби обраћања Министарству правде БиХ, на којем лежи највећа одговорност за садашње неповољно стање у правосудју, те министарствима ентитета и Правосудној комисији Брчко Дистрикта, с циљем активирања тима за праћење као реакције на стање које је данас присутно у судској власти, те како би се покушали отклонити проблеми недоследности у општем дијелу КЗ БиХ и ентитета. Такође је истакнута потреба хармонизације кривичног законодавства те активирања радних група које би реализовале акционе планове уз активну улогу законодавних тијела.

У оквиру Twinning пројекта омогућено је адвокатима учешће на семинару у Бањој Луци на тему "Подршка борби против прања новца". Исти семинар је одржан 13. јуна 2018. Године, док је 12. јуна 2018. године одржан у Сарајеву.

Имајући у виду бројност организованих едукација у првој половини 2018. године те вољу АК РС да својим члановима плаћањем котизације омогући лакше учешће у истима, јасно је да је АК РС препознала значај и потребу континуиране едукације својих чланова.

Министарство правде РС је у периоду од 30. маја 2018. године па до 06. јула 2018. године организовао тродневне едукативне семинаре ради стручног усавршавања лица (адвоката) који раде на пословима преступништва младих и кривичноправне заштите дјецe. Распоред семинара је организован по зборовима и исти је био предвиђен сљедећим редосљедом:

1. 30.05.-01.06.2018. године Источно Сарајево,
2. 11.06.-13.06.2018. године Добој,
3. 20.06.-22.06.2018. године Бијељина,
4. 27.06.-29.06.2018. године Зворник,
5. 02.07.-04.07.2018. године Бања Лука,
6. 04.07.-06.07.2018. године Приједор,
7. док је за адвокате са Збора адвоката Требиња семинар организован у септембру 2018.године.



Извјештај са сједница Извршног одбора Адвокатске коморе РС у 2018. години



У 2018. години, до 31.05. одржане су три сједнице Извршног одбора Адвокатске коморе РС (Извршни одбор) и све три сједнице су одржане у Бањој Луци.

Прву сједницу Извршног одбора, одржану 27.01.2018. године, обиљежиле су сљедеће активности:

- утврђено је право на упис у одговарајуће именике два адвоката, четири стручна сарадника за правне послове и 10 адвокатских приправника;
- одлучено је да се из одговарајућих именика изврши брисање три адвоката, једног стручног сарадника и 10 адвокатских приправника, те да се изврши измјена два рјешења о упису у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе РС;
- утврђена је промјена сједишта за три адвокатске канцеларије;
- усвојена је одлука о покретању поступка за поништење одлуке о упису једног лица у Именик адвоката, по праву надзора, те одлука о додјели финансијске помоћи из Фонда солидарности адвокату која због тешке болести у дужем периоду није могла обављати адвокатску дјелатност;
- усвојена је одлука о орочењу финансијских средстава Адвокатске коморе РС, о ревизији пословања, о висини трошкова полагања адвокатског испита и о отпису канцеларијске опреме у просторијама Збора адвоката у Бијељини;
- именовани су акредитовани представници Адвокатске коморе РС за праћење сједница

одбора Народне скупштине РС и то: 1. Одбор за политички систем, правосуђе и управу – Миле Ковачевић, адвокат из Градишке, 2. Законодавни одбор – Татјана Савић, адвокат из Бијељине, 3. Одбор за уставна питања – Александра Метлић, адвокат из Бање Луке и 4. Одбор за европске интеграције и регионалну сарадњу – Јелена Богдановић, адвокат из Бање Луке;

- расправљало се о проблему неплаћених одбрана по службеној дужности, те су у вези са тим чланови Извршног одбора упознати са садржајем дописа адвоката Синише Лопандића;
- чланови Извршног одбора су се упознали са садржајем дописа Комисије за контролу финансијског и материјалног пословања у вези са потребом пописа ситног инвентара у просторијама зборовца, као и са садржајем дописа адвоката Анке Иваштанин и обавјештења Апелационог суда Брчко Дистрикта БиХ о новчаном кажњавању једног адвоката.

Другу сједницу Извршног одбора, одржану 24.02.2018. године, обиљежиле су сљедеће активности:

- утврђено је право на упис у одговарајуће именике осам адвоката и осам адвокатских приправника;
- одлучено је да се из одговарајућих именика изврши брисање једног адвоката и девет адвокатских приправника, те је утврђена промјена сједишта једне адвокатске канцеларије;
- именован је преузиматељ једне адвокатске канцеларије;
- одбачена је једна жалба на рјешење о брисању из Именика адвоката јер је поднесена од стране неовлаштеносг лица, одбијен је један захтјев за умањење износа уписнине, те један захтјев за ослобађање од обавезе плаћања чланарине и солидарности;
- усвојен је један захтјев за додјелу средстава солидарности адвоката, за вријеме трајања трудничког боловања и породилског одсуства;
- утврђен је износ накнаде дисциплинским тужиоцима и судијама Адвокатске коморе РС у висини од 50 КМ за сваки предмет завршен

мериторном одлуком, те по 30 КМ за предмет завршен на други начин;

- донесена је одлука о плаћању котизације за одређен број адвоката и то за савјетовања на Јахорини (25), Неуму (25) и Златибору (5), те су предсједници зборовца задужени да организују по два семинара годишње за адвокате који имају сједиште канцеларије на подручју тог збора;
- именовани су чланови радних група Адвокатске коморе РС за измјене и допуне нормативних аката и то: Закона о адвокатури РС, Статута Адвокатске коморе РС и Правилника о дисциплинској одговорности адвоката, стручних сарадника за правне послове и адвокатских приправника. У Радну групу за измјене и допуне Закона о адвокатури РС именовани су:
 1. Бранислав А. Ракић, адвокат из Бање Луке, предсједник Адвокатске коморе РС – предсједавајући Радне групе;
 2. Ирена Пузић-Обрадовић, адвокат из Добоја, предсједник Извршног одбора;
 3. Миљкан Пуцар, адвокат из Бање Луке, члан Извршног одбора;
 4. Стеван Димитријевић, адвокат из Бање Луке;
 5. Далибор Мрша, адвокат из Бање Луке.

У Радну групу за измјене и допуне Статута Адвокатске коморе РС именовани су:

1. Дарко Кременовић, адвокат из Бање Луке, члан Извршног одбора– предсједавајући Радне групе;
2. Његош Петровић, адвокат из Бање Луке;
3. Александар Сајић, адвокат из Бање Луке;
4. Љиљана Стајић, адвокат из Бање Луке;
5. Милан Петковић, адвокат из Бање Луке.

У Радну групу за измјену Правилника о дисциплинској одговорности адвоката, стручних сарадника за правне послове и адвокатских приправника именовани су:

1. Миле Ковачевић, адвокат из Градишке, члан Извршног одбора– предсједавајући Радне групе;
2. Небојша Милановић, адвокат из Бање Луке;
3. Драшко Зец, адвокат из Приједора;

4. Александра Метлић, адвокат из Бање Луке;
 5. Синиша Лопандић, адвокат из Добоја.
- поништене су раније донесене одлуке о пријему административно техничког радника у Бањој Луци, те о учешћу представника Адвокатске коморе РС у изради смјерница о поступању Основног суда у Бањој Луци;
 - расправљало се одлуци Збора адвоката Требиње о ступању у штрајк због неплаћених одбрана по службеној дужности, те је Извршни одбор заузео став да не подржава такву одлуку и да препоручује Збору адвоката у Требињу да исту преиспита.

Трећу сједницу Извршног одбора, одржану 31.03.2018. године, обиљежиле су сљедеће активности:

- утврђено је право на упис у одговарајуће именике девет адвоката, три стручна сарадника за правне послове и шест адвокатских приправника;
- одлучено је да се из одговарајућих именика изврши брисање три адвоката, два стручна сарадника за правне послове и једног приправника, те је утврђена и промјена сједишта за пет адвокатских канцеларија;
- усвојен је приједлог финансијског извјештаја за 2017. годину и приједлог финансијског плана за 2018. годину;
- донесен је закључак да се адвокатским коморама ФБиХ и Србије упути иницијатива за организовање састанака у периоду од 1.6.2018. године до 15.6.2018. године ради организовања сарадње на питањима од заједничког интереса;
- донесен је закључак да се, у вези са примјеном Закона о спречавању прања новца и финансирања терористичких активности, Адвокатској комори Словеније упути иницијатива за организовање посјете делегације Адвокатске коморе РС у саставу:
 1. Бранислав А. Ракић, адвокат из Вање Луке, предсједник Адвокатске коморе РС;
 2. Миљкан Пуцар, адвокат из Бање Луке, члан Извршног одбора;
 3. Стеван Димитријевић, адвокат из Бање Луке;
 4. Вања Павловић, секретар Адвокатске коморе РС.

- расправљано је и о неким појединачним захтјевима адвоката за додјелу солидарне помоћи, процедури приликом преузимања адвокатске канцеларије од стране ликвидатора, као и све чешћим случајевима кажњавања адвоката у судским поступцима и начинима на које би Адвокатска комора РС требало да реагује ради заштите интереса својих чланова.

Пријем нових адвоката у 2018. години

У 2018. години, до 31.05. у Именик адвоката Адвокатске коморе Републике Српске је уписано 12 нових адвоката. Тако је Бањалука богатија за шест, Требиње и Добој за по двоје, а Кнежево и Бијељина за по једног новог адвоката. Интересантно је поменути да је уписом колеге Петка Гојковића из Кнежева у Именик адвоката Општина Кнежево добила свог првог адвоката. У наставку су детаљнији подаци о новим колегама адвокатима:

1. **Драган (Зоран) Станишић**, дипломирани правник, из Бање Луке, рођен 24.07.1978. године, са сједиштем канцеларије у Бањој Луци, Гундулићева 76;
2. **Петко (Љубо) Гојковић**, дипломирани правник, из Кнежева, рођен 12.06.1960. године, са сједиштем канцеларије у Кнежеву, Гаврила Принципа бб;
3. **Бојана (Радомир) Врањеш**, дипломирани правник из Бање Луке, рођена 14.10.1986. године, са сједиштем канцеларије у Бањој Луци, Алеја Светог Саве 59;
4. **Владимир (Момчило) Цвијановић**, дипломирани правник из Бање Луке, рођен 04.06.1987. године. са сједиштем канцеларије у Бањој Луци, Светозара Марковића 5/11/ III;
5. **Огњен (Момчило) Лојовић**, дипломирани правник из Требиња, рођен 29.10.1976. године, са сједиштем канцеларије у Требињу, Преображенска 2;
6. **Станимир (Немања) Рауковић**, дипломирани правник из Добоја, рођен 06.11.1977. године са сједиштем канцеларије у Добоју, Светог Саве 24;
7. **Тамара (Миладин) Савић**, дипломирани правник из Добоја, рођена 34.09.1984. године

- са сједиштем канцеларије у Добоју, Светог Саве 24;
8. **Мирјана** (Момир) **Илић**, дипломирани правник из Бијељине, рођена 20.05.1968. године са сједиштем канцеларије у Бијељини, Гаврила Принципа 6/1;
9. **Зоран** (Шћепан) **Игњатић**, дипломирани правник из Требиња, рођен 05.05.1980. године са сједиштем канцеларије у Требињу, Преображенска 2;
10. **Нина** (Златко) **Вјештица**, дипломирани правник из Бање Луке, рођена 31.05.1979. године са сједиштем канцеларије у Бањој Луци, Симе Шолаје 1;
11. **Наташа** (Ненад) **Шкрбић**, дипломирани правник из Бање Луке, рођена 07.11.1988. године са сједиштем канцеларије у Бањој Луци, Булевар Војводе Живојина Мишића 49 Б;
12. **Дарија** (Ђурађ) **Мирнић-Мајсторовић**, дипломирани правник из Бање Луке, рођена 02.03.1979. године са сједиштем канцеларије у Бањој Луци, Краља Петра I Карађорђевића 92.

Свим новим колегама желимо пуно успјеха у обављању адвокатске праксе.

Извјештај о раду у Законодавном одбору Народне скупштине Републике Српске

Представници Адвокатске коморе Републике Српске су у претходном периоду активно учествовали у креирању измјена Закона о судским таксама, Закона о извршном поступку, Закона о општем управаном поступку, Закона о извршењу кривичних санкција и КЗ БиХ кроз учешће у Законодавном одбору Народне скупштине Републике Српске. Бројне примједбе које су истакли представници АК РС на законе који су били у нацрту су усвојене, а одређени закони на приједлог представника АК РС упућени су на јавну расправу.

Поводом примједби представника АК РС на Нацрт Закона о извршену кривичних санкција, одржан је састанак са помоћником мини

стра правде РС ради детаљнијих образложења изнесених примједби. Током састанка, представници Министарства правде су усвојили одређене примједбе, док су значајне примједбе представника АК РС у погледу различитог третмана особа које су осуђене на казну затвора у односу на особе којима је новчана казна замијењена казном затвора, одбијене (немогућност коришћења ванзаводских погодности, условног отпуста и сл.). У зависности од коначног текста који буде усвојен од стране Народне скупштине РС, представници АК РС ће одлучити да ли ће покренути оцјену уставности и законитости.



АДВОКАТСКА КОМОРА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ
THE BAR ASSOCIATION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA