



УНИВЕРЗИТЕТ У БАЊОЈ ЛУЦИ
UNIVERSITY OF BANJA LUKA
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
FACULTY OF LAW



Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

СРПСКА ПРАВНА МИСАО

Часопис за правну теорију и праксу

СРПСКА ПРАВНА МИСАО
Часопис за правну теорију и праксу
Излази једном годишње

ИЗДАВАЧИ:

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци,
Булевар војводе Степе Степановића 77, Бања Лука, Тел: 051 339 000,
339 007 и 339 002, www.spmisao.com, е-пошта: spmisao@pf.unibl.org,
Жиро-рачун код Развојне банке АД Бања Лука: 562-099-802468882-74
Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
Лоле Рибара 29, 38220, Косовска Митровица, Тел: +381 (0)28-425-339, www.pra.pr.ac.rs,
е-пошта: pra@pr.ac.rs

ЗА ИЗДАВАЧА:

Проф. др Жељко Мирјанић, декан
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

УРЕДНИШТВО

Проф. др Олга Јовић Прлаиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим сједиштем у Косовској Митровици, проф. др Драгиша Дракић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, проф. др Вук Радовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, проф. др Владимир Боранијашевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим сједиштем у Косовској Митровици, проф. др Славко Ђорђевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, проф. др Игор Милинковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, проф. др Зоран Васиљевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, проф. др Страхинја Миљковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини, са привременим сједиштем у Косовској Митровици, проф. др Радислав Лале, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, доц. др Бојан Влашки, доцент на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци.

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Проф. др Жељко Мирјанић

УРЕДНИК:

Доц. др Бојан Влашки

ЛЕКТОР:

Драгана Милинчић, проф.

ШТАМПА:

Графид д.о.о. Бања Лука

ЗА ШТАМПАРИЈУ:

Бранислав Иванковић

Тираж

400 примјерака

Часопис суфинансира Министарство за научно-технолошки развој,
високо образовање и информационо друштво Републике Српске



УДК 34(05)

ISSN 1840-0493

E-ISSN 2233-0410

СРПСКА ПРАВНА МИСАО

Часопис за правну теорију и праксу

Година 28.

Број: 55

Бања Лука, 2022. године

САДРЖАЈ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

Ђорђе Раковић

МОГУЋНОСТ ЗАКОНСКОГ НАСЉЕЂИВАЊА ВАНБРАЧНИХ
СУПРУЖНИКА С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ОДЛУКУ
УСТАВНОГ СУДА БИХ..... 9

Marina M. Simović

Miomira P. Kostić

GERMAN'S BIOLOGICAL THEORIES IN CRIMINOLOGY -
mapping the beginnings 29

Жељко Теофиловић

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЕНГЛЕСКЕ ЦРКВЕ У ОДРЕДБАМА
ВЕЛИКЕ ПОВЕЉЕ СЛОБОДА ИЗ 1215. ГОДИНЕ..... 43

Игор Шукало

ПОЛОЖАЈ ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЈЕРИОЦА У ИЗВРШНОМ
ПОСТУПКУ 61

Дејан Дугић

ФАКТИЧКА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА У СУДСКОЈ ПРАКСИ..... 79

ПРИКАЗИ

Миодраг Н. Симовић

Марина М. Симовић

МИЛАН ШКУЛИЋ: ОСНОВИ КРИВИЧНОГ ПРАВА
СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА
(Правни факултет Универзитета у Београду, Едиција CRIMEN
53, 2021, стр. 369) 99

Босилка Чубриловић Стаменић
ИЛИЈА БАБИЋ, РАДЕНКО ЈОТАНОВИЋ: ГРАЂАНСКО
ПРАВО КЊИГА 2, СТВАРНО ПРАВО
(Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2020, стр. 452) 107

Милица Ристић
ЗДРАВА СТОЈАНОВИЋ: СРПСКА ПРАВНА ИСТОРИЈА
(Глас Српске, 2020, стр. 439).....111

СУДСКА ПРАКСА

ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ..... 117
ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 145

ПОЗИВ И УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 165

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

МОГУЋНОСТ ЗАКОНСКОГ НАСЉЕЂИВАЊА
ВАНБРАЧНИХ СУПРУЖНИКА С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ
НА ОДЛУКУ УСТАВНОГ СУДА БИХЂорђе Раковић¹*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

Апстракт: У овом чланку се расправља о могућности законског насљеђивања ванбрачних супружника (партнера). У посебном фокусу је и критичка анализа одлуке Уставног суда БиХ бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године. Полази се од хипотезе да ни позитивноправно ни упоредноправно нема основа да се омогући (безрезервно и неограничено) право законског насљеђивања између ванбрачних партнера, који имају могућност да склопе брак и тада стекну законско право насљеђивања. Циљ овог чланка се огледа у утврђивању могућности законског насљеђивања ванбрачних партнера у упоредноправном контексту (земље бивше СФРЈ и европске државе), у позитивном праву, али и у критичкој анализи одлуке Уставног суда БиХ у вези са овом темом.

Кључне ријечи: ванбрачна заједница, партнери, право насљеђивања, законско насљеђивање, насљеђивање.

УВОД

Ванбрачна заједница (lat. *concubinatus*, engl. *non-marital cohabitation*) или конкубинат, слободна заједница и сл., је заједница живота мушкарца и жене која настаје на неформалан начин, на који и престаје, али која мора да испуњава неке прописане услове да би производила одређена правна дејства.² Једно од правних дејстава ванбрачне заједнице јесте и насљедно право. За разлику од римског права које је познавало конкубинат, средњовјековно право није било благонаклоно ванбрачним заједницама, док се

¹ Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, djordje.rakovic@pf.unibl.org.

² Види више: Драгана Ранђеловић, „Ванбрачна заједница у Републици Србији“, *Мегатренд ревија*, 14, 2 (2017): 127-144.

након Другог свјетског рата дају одређена дејства ванбрачној заједници.³ Најчешће се као особине ванбрачне заједнице издвајају: различитост полова, заједница живота, дужина њеног трајања и непостојање законом прописаних брачних сметњи.⁴

Да ли ванбрачни партнери могу да наслиједе једно друго према правилима законског наслеђивања? Познато је да је брачни супружник законски наследник и да у нашем наследном праву у првом наследном реду наслеђује са дјецом оставиоца на једнаке дијелове, а у другом наследном реду са родитељима оставиоца по једну половину заоставштине. У овом раду полази се од хипотезе да ни позитивноправно ни упоредноправно нема основа да се омогући (безрезервно и неограничено право) законског наслеђивања између ванбрачних партнера, који имају могућност да склопе брак и тада стекну законско право наслеђивања. Сваки другачији став подразумијева додатно размишљање и уређивање од стране законодавца. Циљ овог чланка се огледа у утврђивању могућности законског наслеђивања ванбрачних партнера у упоредноправном контексту (земље бивше СФРЈ и европске државе), у позитивном праву, али и критичкој анализи одлуке Уставног суда БиХ у вези са овом темом. Иако је одлука Уставног суда БиХ бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године везана за законодавство ФБиХ, биће размотрена посебно због могућег утицаја на наше право.

2. ФОРМАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА НА ПОДРУЧЈУ БИВШЕ СФРЈ О МОГУЋНОСТИ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА ВАНБРАЧНИХ СУПРУЖНИКА

Код извора права на основу којих се може доћи до сазнања о могућности законског наслеђивања ванбрачних супружника треба поћи од устава као највишег правног акта. Затим, корисно је погледати законске прописе, преваходно земаља бивше СФРЈ. Устав Републике Српске не регулише прецизно ову материју. Он не спомиње и не регулише ванбрачну заједницу или њена дејства, посебно наследноправна. Само неколико одредаба могу бити од значаја: изједначавање дјеце рођене ван брака и у браку, препуштање закону да уреди односе у браку и породици (чл. 36) и гарантовање права на наслеђивање, али у складу са законом (чл. 55). Нема експлицит-

3 Марија Драшкић, *Породично право и права дјетета* (Београд: Правни факултет у Београду и Службени гласник, 2007), 144.

4 Кад је ријеч о ванбрачној заједници лица истог пола види: Macarena Saez, „Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why ‘Same’ Is So Different“, *European Review of Private Law*, 19, 5 (2011): 631-668. Види и: Mick Cunningham, „Gender in Cohabitation and Marriage“, *Journal of Family Issues*, 26, 8 (2005): 1037-1061.

не одредбе, макар упућујуће, о ванбрачној заједници. Дакле, устав је препустио законодавцу да уреди у складу са својим схватањем ово питање. С друге стране, Устав Републике С. Македоније препушта закону уређивање не само правних односа у браку и породици, како то чини Устав Републике Српске, него и о ванбрачној заједници (чл. 40). Устав Републике Србије, који изједначава дејство ванбрачне и брачне заједнице, садржи упућујућу одредбу на законско уређивање дејстава ванбрачне заједнице, али и изричиту одредбу да је ванбрачна заједница изједначена са брачном, у складу са законом (чл. 65). Гарантовано је право на насљеђивање у складу са законом (чл. 59). Дакле, законодавац може да уреди питање законског насљеђивања ванбрачних партнера на начин који сматра цјелисходним, али законом и под условима које пропише. И други уставни садрже само декларативне одредбе.

Поставља се питање какво је стање законодавства у земљама бивше Југославије? Да ли је ванбрачни партнер законски насљедник и под којим условима?

У Федерацији БиХ, ванбрачни партнер је законски насљедник (чл. 9. Закона о насљеђивању - ЗоН).⁵ Ванбрачно сродство изједначено је у погледу насљеђивања са брачним (чл. 4. ЗоНФБиХ). Међутим, ванбрачни партнер нема право на насљедство ако је његова заједница живота с оставиоцем била трајно престала прије оставитељеве смрти (чл. 25. ст. 3. ЗоН ФБиХ). Овај закон даје и дефиницију ванбрачне заједнице за потребе насљедног права. То је заједница живота жене и мушкарца у складу с одредбама закона који уређује породичне односе, а која је престала оставитељевом смрћу. Три су елемента овако одређене ванбрачне заједнице: заједница живота, различитост полова и престанак заједнице смрћу оставиоца. Посљедњи елемент је битан због наведеног чл. 25. ст. 3. ЗоН ФБиХ. Ванбрачна заједница је породичним прописом у ФБиХ одређена тако да поред елемената заједнице живота и различитости полова садржи и обавезу да ванбрачни супружници нису у браку или ванбрачној заједници са другом особом (непостојање одређене сметње), као и елемент трајности: да је трајала најмање три године или краће ако је у њој рођено заједничко дијете. Дозвољено је и закључивање уговора о насљеђивању између брачних или ванбрачних партнера (чл. 126. ст. 1. ЗоНФБиХ). Исте одредбе садржи и Закон о насљеђивању Брчко дистрикта БиХ из 2017. године (чл. 4, 9. и 130. ЗоН БД БиХ).

У хрватском насљедном праву, на основу закона оставиоца насљеђује и његов изванбрачни друг који је у праву насљеђивања изједначен са брач-

⁵ Закон о насљеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, „Службене новине ФБиХ“, бр. 80/2014 и 32/2019 - одлука УС.

ним. Изванбрачном заједницом у смислу Закона о наслеђивању се сматра „животна заједница неудате жене и неожењеног мушкарца која је трајала дуље времена, а престала је оставитељевом смрћу, под увјетом да су биле испуњене претпоставке које се траже за ваљаност брака“ (чл. 8. Закона о наслеђивању).⁶ Оваква дефиниција није у свему усаглашена са дефинисањем ванбрачне заједнице у Обитељском закону. Обитељски закон у Републици Хрватској изванбрачну заједницу схвата као животну заједницу неудане жене и неожењеног мушкарца која траје најмање 3 године, а краће ако је у њој рођено заједничко дијете или ако је настављена склапањем брака. Овај закон детаљније нормира и дејства ванбрачне заједнице и дискриминацију у односу на брачну. Елемент трајности није на једнак начин нормиран. Поставља се питање да ли је неопходно трајање ванбрачне заједнице у наследном праву 3 године и да ли се неки од алтернативно наведених конститутивних елемената ванбрачне заједнице из породичног прописа могу примијенити и у наследном праву.

У чл. 9. Закона о наслеђивању у Црној Гори се у круг законских наследника оставиоца убраја и његов ванбрачни супружник, који је у праву наслеђивања изједначен с брачним. Ванбрачни сродници изједначени су у погледу наслеђивања са брачним (чл. 4. ЗоН).⁷ Ванбрачном заједницом, у смислу овог закона, се сматра животна заједница жене и мушкарца која је трајала дуже времена и у којој није било сметњи за закључење пуноважног брака, а која је престала смрћу оставиоца. Дакле, и овај закон за потребе наслеђивања одређује ванбрачну заједницу, и код које је неопходно да је престала тек оставиочевом смрћу. Ванбрачни супружник нема право да наслиједи ако је ванбрачна заједница трајно престала његовом кривцом или у споразуму са оставиоцем (чл. 25. ЗоН).

Грађани су, под истим условима, равноправни у наслеђивању (чл. 3. Закона о наслеђивању Македоније).⁸ У погледу наслеђивања, ванбрачна веза се изједначава са брачном, а ванбрачна дјеца имају право на наслеђивање ако је ванбрачно сродство утврђено на законом прописан начин (чл. 4. Закона о наслеђивању Македоније). У чл. 12. се код круга законских наследника наводи брачни друг.

У наследном праву Републике Србије, експлицитно је наведено да на основу закона оставиоца наслеђује, између осталих, и његов брачни друг

⁶ Закон о наслеђивању - прочишћени текст закона, „Народне новине, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19.

⁷ Закон о наслеђивању, „Службени лист Црне Горе“, бр. 74/08 и 75/17 – Одлука УС.

⁸ Закон за наследувањето, „Сл. Весник на РМ“, бр. 47/96.

(чл. 8. Закона о наслеђивању).⁹ Ванбрачни супружник нема законско наследно право. Ванбрачни партнер се спомиње само у чл. 113. Закона о наслеђивању у смислу да не може бити завјештајни свједок. Ванбрачни партнер може бити наследник, али по основу тестамена.

Само је супружник законски наследник и у праву Републике Српске (чл. 8. Закона о наслеђивању).¹⁰ Ванбрачно сродство је изједначено са брачним према чл. 8. ЗоН-а Републике Српске, односно ванбрачно дијете има иста права као и брачно. Ниједном одредбом у позитивним прописима се не предвиђа наследно право ванбрачном супружнику или партнеру. Породични закон користи термин лице из ванбрачне заједнице. Породични закон Републике Српске¹¹ дефинише ванбрачну заједницу као заједницу живота жене и мушкараца која није правно уређена на начин прописан овим законом, те да је изједначена са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавање и других имовинско-правних односа, под условима и на начин прописан овим законом (чл. 12).

Ванбрачни партнер код нас не улази ни у ред нужних наследника. Ванбрачни партнер може да добије имовину по основу уговора о доживотном издржавању, али не може да буде субјект код уговора о уступању и расподјели имовине за живота, јер је он везан за брачног супружника.¹²

На специфичан начин је прописана равноправност супружника и ванбрачних партнера у праву Словеније: одредбе Закона о наслеђивању које уређују права, обавезе, ограничења и статус супружника подједнако се примењују на мушкараца и жену који живе у дугогодишњој ванбрачној заједници који нису били у браку, осим ако постоји основ за поништење брака између њих (чл. 4а Закона о наслеђивању).¹³ Према одлуци Уставног суда Словеније наслеђивање између истополних партнера који живе у дугогодишњој заједници, а нису склопили партнерство по Закону о регистрацији истополног партнерства из 2005. године примењују се иста правила која се примењују према важећем Закону о наслеђивању између ванбрачних партнера. Негдје уставни судови шире и саму дефиницију ванбрачне

⁹ Закон о наслеђивању, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

¹⁰ Закон о наслеђивању Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/09, 55/09 - испр., 91/16, 28/19 - одлука УС и 82/19.

¹¹ Породични закон, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014.

¹² Слободан Панов, *Породично право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2016), 155.

¹³ *Zakon o dedovanju*, „Uradni list SRS“, št. 15/76, 23/78, „Uradni list RS“, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. US in 63/16).

заједнице, као у Мађарској у којој је Уставни суд проширио дефиницију ванбрачне заједнице и на хомосексуалне партнере.¹⁴

Нека права у ранијој Југославији су предвиђала могућност наслеђивања ванбрачних другова. Тако је законима АП Космета било предвиђено да ванбрачни друг има ово право ако је ванбрачна заједница до часа смрти оставиоца трајала најмање 15 година, ако у овој заједници има дјеце најмање пет година и да се у моменту смрти оставиоца ниједан ванбрачни друг не налази у браку са трећим лицем. Дакле, то је било могуће под одређеним прописаним условима.¹⁵

3. СУДСКА ПРАКСА С ОСВРТОМ НА ОДЛУКУ УСТАВНОГ СУДА БИХ О МОГУЋНОСТИ ЗАКОНСКОГ НАСЉЕЂИВАЊА ВАНБРАЧНИХ СУПРУЖНИКА

И према ставу судске праксе редовних судова, ванбрачни супружник није законски наследник. Ради тога, у поступку расправљања заоставштине ванбрачни супружник није странка у поступку, а у случају изјављивања жалбе против рјешења о наслеђивању иста је недозвољена и треба је одбацити. О томе се изјашњавала и наша (у Републици Српској) и српска судска пракса. Тако је Окружни суд у Чачку у одлуци бр. Гж-454/07 од 18.04.2007. године навео да је ванбрачна супруга изједначена у правима и дужностима у погледу издржавања и заједничке имовине, али не и у погледу права на наслеђивање.

У контексту наследног права ванбрачног супружника илустративан је један судски предмет из ФБиХ, о којем је одлучивао и Уставни суд БиХ, па ће најзначајнија чињенична и правна питања бити укратко изложена. То је од значаја јер ће се касније дати и критичка анализа овог случаја, расправа о наводима Уставног суда БиХ и евентуална примјенљивост у нашем праву.

Наиме, Пресудом Опћинског суда у Живиницама бр. 33 0 П 000492 07 П од 19.08.2009. године, одбијен је тужбени захтјев тужиоца којим је тражио да се утврди да је, по основу ванбрачне заједнице, законски наследник другог наследног реда умрле оставитељице, сестре тужених, те да су тужени дужни то признати и трпјети да се у оставинском поступку иза оставитељице њена имовина распореди тако што ће тужиоцу припасти $\frac{1}{2}$, а туженима по $\frac{1}{4}$ заоставштине. Пред тим судом је неспорно утврђено да су тужилац и оставитељица живјели у ванбрачној заједници од краја 2003.

14 Наташа Луцић, Дуња Дуић и Давор Мухвић, „Изванбрачна заједница: анализа међународних и еуропских норми у сврху стварања националних стандарда“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 86 (2020): 21.

15 Марко Младеновић, *Породично право у СР Југославији* (Београд: Научна књига, 1993), 176.

до краја новембра 2007. године, у стану који је био оставитељицино власништво, да спорни стан представља оставитељицину посебну имовину, јер је право власништва на том стану стекла прије заснивања ванбрачне заједнице са тужиоцем, те да тужилац и оставитељица нису имали заједничке дјеце, нити да је оставитељица имала дјecu из ранијег брака, односно да у моменту смрти није имала својих потомака, нити брачног партнера. Спорно је било да ли тужилац улази у круг законских насљедника иза оставитељице. Опћински суд у Живиницама је навео да је тужилац овако постављен тужбени захтјев заснивао на одредби чл. 3. Породичног закона Федерације БиХ (ПЗФБиХ) којим је прописано да је ванбрачна заједница она која траје најмање три године или краће ако је у њој рођено дијете. Међутим, овај суд је навео да се „правилним тумачењем ове одредбе никако не може извести закључак да је ова заједница у свему изједначена са брачном заједницом“, већ само „у погледу одређених права“. Према ставу овог суда то конкретно значи да су „ванбрачним партнерима призната одређена права из ове заједнице као у брачној заједници, као што су права међусобног издржавања, у погледу стицања ванбрачне стечевине“, али да „нису ипак изједначени у свим правима, поготово у погледу насљеђивања“. Стога је Опћински суд закључио да иако је тужилац са оставитељицом живио у ванбрачној заједници дуже од три године, он се не може сматрати њеним законским насљедником, „али му Породични закон даје право да потражује одређена права“. Суд је констатовао и да је чл. 9. Закона о насљеђивању (ЗОН), који је примијењен у конкретном случају, наведен круг лица која се сматрају законским насљедницима, а да међу њима није споменут ванбрачни партнер. „Досадашња судска пракса јасно се изјаснила да ванбрачни партнер не улази у круг законских насљедника, нити се учинци ванбрачне заједнице односе на насљеђивање особа са којима је живио оставитељ“, као и да „особа са којом је оставитељ живио у ванбрачној заједници уколико није тестаментарни насљедник, легатор или корисник неког права из оставине, није странка у оставинском поступку“. Опћински суд је такође сматрао да је ЗОН *lex specialis* у односу на ПЗФБиХ и да не предвиђа могућност да се особе које су биле у ванбрачној заједници могу узајамно насљеђивати, односно да се у насљедном праву ванбрачној заједници не даје исти значај као брачној, па је тужбени захтјев тужиоца да му буде признат статус законског насљедника иза оставитељице је одбијен.¹⁶

Поводом изјављене жалбе, Кантонални суд у Тузли је закључио да је правилан закључак Опћинског суда да тужилац не може бити странка у

16 Пресуда Опћинског суда у Живиницама, бр. 33 0 П 000492 07 П од 19.08.2009. године. Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда БиХ, бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године.

оставинском поступку иза оставитељице. Такође, изразио је став да ванбрачна заједница не утиче на законско наслеђивање, односно да „сама по себи она није основ за наслеђивање“ у смислу чл. 9. ЗОН-а. Поред тога, Кантонални суд је закључио да позивање на право на дом и с тим у вези на одредбе Устава БиХ и Европске конвенције не може довести до другачије одлуке суда, пошто се ради о ванбрачној заједници, а оставитељица за вријеме живота није са тужиоцем закључила уговор о поклону или уговор о доживотном издржавању, нити је тужилац тестаментарни насљедник, нити легатар, нити је доказао да је корисник неког другог права из оставине¹⁷.

Врховни суд ФБиХ је Пресудом бр. 33 0 П 000492 12 Рев од 23.07.2013. године је одбио тужиочеву ревизију у дијелу који се тиче тражења да му се призна статус насљедника. Он је закључио да су нижестепени судови правилно примијенили материјално право, јер тужилац као ванбрачни партнер умрле, према важећим законским прописима, нема право да наслиједи оставитељицу, зато што не улази у круг законских насљедника ниједног од насљедних законских редова предвиђених ЗОН. Како се тужилац позвао на кршење права из чл. 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Врховни суд ФБиХ је образложио да је спорни стан био тужиочев „дом“ у смислу наведене одредбе, али да је мијешање у то право било законито јер се темељило на домаћој правној основи која је довољно доступна, прецизна и предвидљива, да је предузето са легитимним циљем ради остварења јавног интереса (мјере за уређење права на наслеђе), те да је успостављен и правичан баланс између општих интереса заједнице и поштовања права појединца. Поред тога је закључио да је тужилац у спорни стан уселио као ванбрачни супружник и заједно са оставитељицом стан користио три године, да се тај период не може сматрати дужим временским раздобљем, те да би признањем тужиоцу права на дом тужени сносили посебан и прекомјеран терет.¹⁸

Тужилац се обратио апелацијом Уставном суду БиХ. Као апелант сматрао је да су му оспореним пресудама прекршени право на правично суђење и право на имовину из Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције. У погледу права на правично суђење, апелант је сматрао да су судови произвољно и паушално тумачили одредбе материјалног права, па истиче да је ванбрачна заједница у ПЗФБиХ у потпуности изједначена са брачном. Као апелант наводи да је ЗОН донесен и да је ступио на снагу 25 година прије него је ступио на снагу важећи ПЗФБиХ, „у сасвим другим

17 Пресуда Кантоналног суда у Тузли, бр. 33 0 П 000492 09 Гж од 16.04.2012. године. Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда БиХ, бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године.

18 Пресуда Врховног суда ФБиХ, бр. 33 0 П 000492 12 Рев од 23.07.2013. године. Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда БиХ, бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године.

друштвеним, социјалним и политичким увјетима и околностима“, па стога ЗОН као насљеднике првог насљедног реда не наводи ванбрачне партнере, иако су важећим ПЗФБиХ ванбрачни и брачни партнери изједначени. Такође, сматра да је ПЗФБиХ *lex specialis*, да је тим законом прописан „једнакоправан статус изванбрачне и брачне заједнице, а тиме и партнера из тих заједница живота“. У односу на право на имовину, апелант сматра да му је због погрешне примјене материјалног права онемогућено да као насљедник првог насљедног реда насљеди оставитељичину заоставштину.¹⁹

У својој одлуци Уставни суд БиХ наглашава да је ванбрачна заједница у потпуности изједначена са брачном према ПЗФБиХ. Према ЗОН-у, који је био на снази у вријеме доношења оспорених одлука, ванбрачни партнери нису имали статус законских насљедника било којег насљедног реда. Уставни суд наводи да према утврђеној пракси Европског и Уставног суда, право на имовину не укључује право да се стекне имовина, али како је апелант у поступку који је резултирао оспореним пресудама тражио да се утврди да он има статус законског насљедника, с обзиром на ПЗФБиХ који је донесен 2005. године и који је у цијелости изједначио ванбрачну и брачну заједницу у правима и обавезама, укључујући и имовинска права, он би *ex lege* имао „имовину“ у смислу Устава БиХ и чл. 1. Протокола 1 уз Европску конвенцију. Надаље наглашава да ситуација у којој један закон изједначава трајнију ванбрачну заједницу са брачном у правима и обавезама, укључујући и имовинска права, а други потпуно искључује могућност међусобног насљеђивања ванбрачних партнера, представља различит третман који треба испитати. Уставни суд БиХ се реферише на праксу Европског суда за људска права и наводи да је појам породице и породичног живота шири од појма брака зато што је временом еволуирао, па се у погледу поштивања породичног живота у обзир морају узети кретања у друштву и промјене у перцепцији друштвеног и грађанског статуса, тако да је нпр. искључење истополних партнера из могућности насљеђивања уговора о закупу стана представља разлику у поступању која не може бити оправдана заштитом породице. Уставни суд сматра да ЗОН из 1980. године није примијењен уз досљедно поштовање „опредјелења из породичног права о једнаком третману брачне и ванбрачне заједнице“. Осим тога, у ситуацији када је нови ЗОНФБиХ са истим тим циљем донесен тек скоро 10 година касније, Уставни суд сматра да апелант не може сносити штетне последице тога што релевантни закони нису раније хармонизирани како би се провело досљедно опредјелење законодавца да отклони дискриминацију у третману ванбрачних и брачних партнера и у насљедним односима. Уз

¹⁹ Вид. Одлуку о допустивости и меритуму Уставног суда БиХ, бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године.

то се Уставни суд позива на образложење Нацрта новог Закона о наслеђивању ФБиХ којим се признаје право наслеђивања ванбрачном партнеру у складу са трендовима у упоредном праву. Имајући то све у виду, Уставни суд БиХ је утврдио да су судови прекршили забрану дискриминације у вези са правом на имовину, па је укинуо пресуду Врховног суда ФБиХ и вратио предмет да се донесе нова одлука.²⁰

4. КРИТИКА ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА БИХ И МОГУЋНОСТ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА ВАНБРАЧНИХ СУПРУЖНИКА

У пракси се примјећује дискутабилно поступање Уставног суда БиХ, између осталог, и због примјене ширег тумачења и одлучивања мимо законских прописа. Поред тога, споран је и приступ Уставног суда БиХ у погледу обимнијег преиспитивања апелација, чак и када апелант пропусти да се позове на кршење људских права (нпр. забране дискриминације као у овом случају) ако је апелацију довољно образложио.

Доста навода у изложеној одлуци Уставног суда БиХ је спорно. У правној литератури је изнесен критички став поводом констатације Уставног суда БиХ у овом предмету да је ванбрачна заједница изједначена са брачном у свим правима и обавезама, укључујући и имовинска права, јер Уставни суд БиХ олако и исхитрено ово констатује без анализе закона и детаљнијег образложења значења термина „свих права и обавеза“.²¹ Дакле, полази од констатације, а не наводи на којој одредби прописа темељи тврдњу.

Насупрот одлуци Уставног суда БиХ, Европски суд за људска права у Стразбуру је у више одлука заузео став да не постоји дискриминација ванбрачних партнера у односу на брачне када не уживају једнака права у националним законодавствима јер у ванбрачној заједници живе по сопственом одабиру и у сваком тренутку могу закључити брак и уживати његове правне посљедице, нпр. у предмету Великова против Бугарске.²²

Посматрајући породичне законе и законе о наслеђивању у БиХ, али и друге прописе из области пензионих и других права, јасно се види да нису у свим правима и обавезама изједначене брачне и ванбрачне заједнице.

С обзиром да се ова одлука односи на ФБиХ, оправдано је поставити питање да ли је она обавезујућа за Републику Српску? Можемо се сложити

20 Одлука о допуствости и меритуму Уставног суда БиХ, бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године.

21 Борис Крешкић и Џенета Омердић, „Изједначавање права ванбрачних и брачних партнера – анализа пресуде Уставног суда Босне и Херцеговине“, у *Зборник радова са шестог међународног научног скупа „Дани породичног права“*, уред. Алена Хусеинбеговић (Мостар: Правни факултет Универзитета „Демал Биједић“ у Мостару, 2018), 274.

22 *Ibid.*, 274.

са ставом Б. Крешић и Џ. Омердић да ова одлука Уставног суда БиХ није формално обавезујућа за законодавне органе Републике Српске.

Може се слободно рећи да је Уставни суд БиХ у овој одлуци пошао од неваљане премисе. Наиме, он упорно констатује да Породични закон ФБиХ из 2005. године у потпуности изједначава брачну и ванбрачну заједницу у правима и обавезама укључујући и имовинска права, а ниједном не наводи којом то одредбом је изједначена у цијелости ванбрачна заједница са браком.²³ Полазећи од тога, он покушава да објасни дискриминаторан третман у односу на закон који искључује могућност насљеђивања ванбрачних партнера. Породични закони у БиХ изједначавају брачну и ванбрачну заједницу у погледу само одређених, тачно прописаних права. Чланом 12. Породичног закона Републике Српске, заједница живота жене и мушкарца која није правно уређена на начин прописан овим законом (ванбрачна заједница) изједначена је са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавање и других имовинско-правних односа, под условима и на начин прописан овим законом. У Породичном закону Федерације БиХ, када се погледају све одредбе, ванбрачна заједница се изједначава са брачном само у погледу права на међусобно издржавање и у погледу имовинских односа ванбрачних партнера. Слично је и у праву Републике Српске, с тим да Породични закон РС изричито набраја права у погледу којих је изједначена ванбрачна заједница са браком, а то су право на међусобно издржавање и други имовинско-правни односи, али не уопштено и било који, већ како закон каже „под условима и на начин прописан овим законом“. Дакле, Породичним законом РС су прописани услови када ванбрачна заједница има исте правне посљедице као и брачна, а то су случајеви међусобног издржавања и тзв. ванбрачне тековине.

Када би се водили искривљеном логиком Уставног суда БиХ, дошло би се до запањујућих закључака у погледу неких породично-правних питања. У том свјетлу Б. Крешић и Џ. Омердић примјећују следеће: Ако су брак и ванбрачна заједница у цијелости изједначени, онда би се требало размишљати да постојање ванбрачне заједнице онемогућава закључење пуноважног брака, као што то дејство има брак у односу на закључивање другог брака. А, насупрот томе, егзистенција ванбрачне заједнице не представља сметњу за закључење брака.²⁴ Дакле, ово показује да брак и ванбрачна заједница заправо нису изједначени. Ови аутори наводе још неколико примјера који показују олакост и апсурдност полазне премисе Уставног суда БиХ. Ако би брачна и ванбрачна заједница биле изједначене, онда би

²³ *Ibid.*, 277.

²⁴ *Ibid.*, 278.

требало укинути све додатне услове код породично-правних института који под одређеним условима важе и за ванбрачну заједницу. Тако би било апсурдно тражење трајности ванбрачне заједнице код стицања заједничке имовине и издржавања ванбрачних партнера, ако би прихватили да су брак и ванбрачна заједница у цијелости изједначене. Право на издржавање престаје како код брака тако и код ванбрачне заједнице склапањем новог брака, али не и заснивањем ванбрачне заједнице.²⁵ Право на издржавање између ванбрачних супружника се може остварити након престанка ванбрачне заједнице, а брачни супружник ово право може да оствари не само након развода брака него и у току брака.

Ако бисмо прихватили став да је ванбрачна заједница у цијелости изједначена са брачном, то би узроковало „отпакивање“ и редефинисање многих породично-правних института, али и шире. Постаља се питање да ли ванбрачни партнери могу да усвоје дијете или да ли се на нпр. очинство дјетета рођеног у ванбрачној заједници може примијенити претпоставка о оцу дјетета (што сада не би било могуће).²⁶ Јасно је да намјера законодавца није била та, имајући у виду све одредбе Породичног закона, Закона о насљеђивању и других прописа.

Изгледа да се за стварно и функционално изједначавање брачне и ванбрачне заједнице треба да се остваре предуслови. А неки од њих проистичу и из упоредног законодавства и правне теорије. Тако и Б. Крешић и Џ. Омердић наглашавају као предуслов неопходност регистрације ванбрачне заједнице, јер без ње постоји правна несигурност.²⁷ Посебно је спорно у пракси утврђивање постојања ванбрачне заједнице, па би и за потребе породичног, насљедног и других права, посебно у нашем друштву, било нужно да се зна од када до када је постојала ванбрачна заједница како би се обезбиједила сигурност да ванбрачна заједница постоји и да се без злоупотреба права која јој припадају остваре. Чак и они који се залажу за третман ванбрачних партнера једнако као и брачних, наглашавају да је најбоље попут мађарског права да се право насљеђивања призна ванбрачним партнерима ако су регистровали своје партнерство.²⁸ Ове ауторке наглашавају да би требало увести законску могућност насљеђивања ванбрачних партнера како са уставног и законског, тако и са моралног, упоредног и логичког аспекта.²⁹ Регистрацију ванбрачне заједнице предвиђа

²⁵ *Ibid.*, 282.

²⁶ *Ibid.*, 283.

²⁷ *Ibid.*, 279.

²⁸ Драгана Ранђеловић и Ирина Шолаја, „Ванбрачне заједнице у прописима бивше СФРЈ“, *Годишњак факултета правних наука Апеирон*, 9 (2019): 223.

²⁹ *Ibid.*, 223.

и преднацрт Грађанског законика Републике Србије. Рјешење за проблем доказивања постојања ванбрачне заједнице може да буде регистрација ванбрачних заједница, јер се и брак региструје. Регистрација ванбрачне заједнице би допринијела правној сигурности и лакшем остваривању права, те избјегавању судских спорова. Регистрацију ванбрачне заједнице према посебним прописима познају холанско право, њемачко право, те швајцарско, норвешко, белгијско, данско, финско, а шведско, чак без обавезе посебне регистрације итд.³⁰ Регистрација ванбрачне заједнице би отклонила и неке практичне дилеме код доказивања. Предности регистрација ванбрачне заједнице како би се отклониле дилеме о почетку, трајању и престанку у случају признавања насљедног права ванбрачних партнера заступа и Б. Кашћелан.³¹

Чини нам се да се код констатације неких аутора, али и Уставног суда БиХ да упоредно право омогућава насљедно-правна дејства у ванбрачној заједници, томе олако приступа. Бројна европска законодавства заправо не омогућавају безрезервно и неограничено право законског насљеђивања између ванбрачних партнера. Ситуација је шаролика да бисмо могли тврдити на општем нивоу да упоредно право омогућава законско право насљеђивања ванбрачних партнера. Када је ријеч о тестаментарном насљеђивању, то је могуће како код нас, тако и у иностранству, тј. да ванбрачни партнер буде тестаментарни насљедник или да остварује нека друга права по основу познатих насљедно-правних института мимо законског насљеђивања. То је неспорно.

Резултати упоредноправног истраживања показују да ванбрачна заједница у највећем броју европских законодавстава представља основ позивања на насљеђе само ако се ради о истополној ванбрачној заједници (нпр. у Шведској, Данској, Финској, Чешкој, Мађарској, Енглеској, Аустрији и Њемачкој), а у неким државама је насљеђивање могуће без обзира на истополност или хетеросексуалност ванбрачне заједнице (Словенија, Хрватска, Белгија итд.).³² Такође, у већини европских држава ванбрачна заједница има насљедноправна дејства само под условом да је ванбрачна заједница регистрована (Шведска, Данска, Финска, Чешка, Мађарска, Енглеска, Аустрија, Њемачка, Холандија, Грчка итд.).³³ Примјера ради, у Холандији ванбрачни партнери имају иста насљедна права као супружници, с тим да

30 *Ibid.*, 220-221.

31 Балша Кашћелан, „Регистрација ванбрачне заједнице“, *Правни живот*, 10 (2012): 85-103.

32 Јелена Видић Трнинић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68 (2014): 411-412. Види и Јелена Видић, „Насљедноправни положај сродника у правој нисходној линији, супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2011): 287-314.

33 Видић Трнинић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, 412.

се ванбрачна заједница региструје, а регистрација има исте правне последице као и брак. У Шпанији је право наслеђивања проширено и на хомосексуалне парове, док у Њемачкој партнери имају међусобна наследна права.³⁴ У погледу истополних заједница, у Њемачкој је донесен Закон о окончању дискриминације заједница лица истог пола из 2001. године. Законом о регистрацији истополне партнерске заједнице из 2005. године у Словенији је признато законско наследно право истополним партнерима из регистроване ванбрачне заједнице³⁵, а од 2013. године је могуће и наслеђивање између истополних партнера из фактичких ванбрачних заједница.³⁶ У Хрватској је 2003. године донесен Закон о истополним заједницама.³⁷

Када је ријеч о наследним правима ванбрачног партнера у првом наследном реду, законодавна рјешења су такође различита. Тако, у Данској, Шведској и Холандији ванбрачни партнер као и супружник има привилегован положај у односу на потомке оставиоца. У праву Мађарске и Малте има право плодоуживања на непокретности у којој је живио заједно са оставиоцем, како и на покућству и другим стварима које служе тој непокретности, док нпр. у Аустрији има право на једну трећину заоставштине, у Њемачкој на једну четвртину заоставштине, а у Грчкој на једну шестину заоставштине у односу на потомке оставиоца у првом наследном реду.³⁸

У осталим наследним редовима ситуација је различита, па у Њемачкој ванбрачни партнер има право на једну половину заоставштине у конкуренцији са родитељима, дедама и бабама оставиоца, а у Грчкој му припада право на једну трећину заоставштине за

разлику од супружника којем припада једна половина заоставштине.³⁹ Све ово говори да у случају да се законодавац код нас одлучи за прихватање права наслеђивања код ванбрачних супружника, да овом питању треба оз-

34 Оливера Пејак Прокеш, „Ванбрачна заједница – права ванбрачних партнера“, у *Зборник са саветовања Ново породично законодавство*, уред. Зоран Поњавић (Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике и Правни факултет у Београду, 2006), 204 – 209.

35 Вид више: Suzana Kraljić, „Pravna ureditev registrirane istopolne partnerske skupnosti v Sloveniji“, у *Зборник са саветовања Ново породично законодавство*, уред. Зоран Поњавић (Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике и Правни факултет у Београду, 2006), 214-232.

36 Видић Трнинић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, 409.

37 Види: Марија Лукић, „Карактеристике европског правног оквира права истополних партнера: тенденције, пракса и усаглашеност породичног законодавства Србије“, у *Зборник са саветовања Ново породично законодавство*, уред. Зоран Поњавић (Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике и Правни факултет у Београду, 2006), 234-244.

38 Видић Трнинић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, 414-417.

39 Видић Трнинић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, 418-419.

биљно приступити уз системска рјешења у Породичном закону и Закону о насљеђивању, а да не треба олако давати оцјене да ванбрачни и брачни супружник имају иста насљедна права, већ да то треба бити изричито и посебно регулисано, како показује и упоредноправно законодавство. Такође, треба имати у виду и традиционални значај брака у нашем друштву и вриједности које брак носи са собом, те да је то формална установа породичног права и као таква има одређена, резервисана, правна дејства, па и насљедноправна. С друге стране, ванбрачна заједница представља посебан правни институт који има ужа правна дејства. Како то и проистиче из неких одлука Европског суда за људска права, свако лице има право да бира да ли жели брак или ванбрачну заједницу и у вези са тим остварује права која су везана за тај правни институт. Истраживања показују традиционални значај брака код потомства, као и да мали проценат становништва улази у ванбрачне заједнице (нпр. у Србији 3,8 посто).⁴⁰ Ванбрачне заједнице су и нестабилне.⁴¹

Да ли се нешто мијења у нашем праву због новог Породичног закона у Републици Српској? Министарство правде Републике Српске радило је на изради Породичног закона, па је у том циљу формирана Радна група за израду текста новог Породичног закона коју чине представници ресорних министарстава, академске заједнице, Адвокатске и Нотарске коморе Републике Српске, Удружења социјалних радника и невладиних организација. Ова група на челу са проф. др Дарком Радићем, професором Правног факултета Универзитета у Бањој Луци је креирала Пред/нацрт будућег Породичног закона у Републици Српској, који је утврдила Влада Републике Српске. Нацрт Породичног закона се тренутно налази у скупштинској процедури. Према њему, ванбрачна заједница се дефинише као заједница живота жене и мушкарца (ванбрачних супружника) између којих нема брачних сметњи и која је трајала најмање двије године или краће ако је у њој рођено дијете. Надаље се истиче да је ванбрачна заједница изједначена са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавање, имовинско-правних односа, под условима и на начин прописан овим законом. У првом ставу се даје дефиниција ванбрачне заједнице. Други став садржи општу одредбу о правним дејствима ванбрачне заједнице. Дејства ванбрачне заједнице се одређују на основу поређења са брачном заједницом. Према овом дијелу одредбе, ванбрачна заједница је изједначена са брачном само у погледу права на међусобно издржавање и у погледу имовин-

40 Оливера Неговановић, „Заступљеност и основне карактеристике ванбрачних заједница у Србији и Европској унији“, *Демографија*, 14 (2017): 71.

41 Paola Di Giulio and Alessandro Rosina, “Intergenerational family ties and the diffusion of cohabitation in Italy”, *Demographic research*, 16(2007): 441-468.

ско-правних односа. Кад се говори о имовинско-правним односима, ту се може мислити на све друге имовинско-правне односе, али по слову нацрта Породичног закона под условима и на начин прописан овим законом. То значи да ванбрачна заједница није у цијелости изједначена са брачном у погледу имовинско-правних односа, безрезервно и неограничено, већ под посебним додатним условима садржаним у Породичном закону.

5. ЗАКЉУЧАК

Брачни супружник је законски насљедник и у нашем насљедном праву у првом насљедном реду насљеђује са дјецом оставиоца на једнаке дијелове, а у другом насљедном реду са родитељима оставиоца по једну половину заоставштине. Ванбрачни партнер или ванбрачни супружник код нас није законски насљедник. Али он може да буде корисник неког другог права из оставине по основу уговора о поклону или уговора о доживотном издржавању или да буде тестаментарни насљедник, али не и уговорна страна у уговору о уступању и расподјели имовине за живота. У овом раду смо показали да ни позитивноправно ни упоредноправно нема основа да се омогући (безрезервно и неограничено право) законског насљеђивања између ванбрачних партнера, који имају могућност да склопе брак и тада добију законско право насљеђивања. Сваки другачији став подразумијева додатно размишљање и уређивање од стране законодавца. С тим циљем приступило се утврђивању могућности законског насљеђивања ванбрачних партнера у упоредноправном контексту (земље бивше СФРЈ и европске државе), у позитивном праву, али и критичкој анализи одлуке Уставног суда БиХ у вези са овом темом. Иако је одлука Уставног суда БиХ бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године везана за законодавство ФБиХ, размотрена је због могућег утицаја на наше право, а критички су утврђени озбиљни пропусти и погрешна полазна хипотеза у тој судској одлуци. Проведена анализа говори да у случају када би се законодавац код нас одлучио за прихватање права законског насљеђивања код ванбрачних супружника, да овом питању треба озбиљно приступити уз системска рјешења у Породичном закону и Закону о насљеђивању, а да не треба олако давати оцјене да ванбрачни и брачни супружник имају иста насљедна права, већ да то треба бити изричито и посебно регулисано, како показује и упоредноправно законодавство. Такође, треба имати у виду и традиционални значај брака у нашем друштву и вриједности које брак носи са собом, те да је то формална установа породичног права и као таква има одређена, резервисана, правна дејства, па и насљедноправна. С друге стране, ванбрачна заједница

представља посебан правни институт који има ужа правна дејства. Како то и проистиче из неких одлука Европског суда за људска права, свако лице има право да бира да ли жели брак или ванбрачну заједницу и у вези са тим остварује права која су везана за тај правни институт. У упоредном праву, кад се ванбрачном партнеру признаје право законског насљеђивања то је често повезано са ванбрачним заједницама које се региструју, што код нас није случај или се тим заједницама признају ужа насљедноправна дејства у односу на брачне заједнице. Дакле, залажемо се да ванбрачним партнерима не треба признати насљедноправна дејства у смислу законског права насљеђивања. Иако Нацрт Породичног закона у Републици Српској иновира дефиницију ванбрачне заједнице, њена дејства остају у оквиру неких, Породичним законом, дефинисаних института. Нема позитивноправног основа за ширење дејства ванбрачне заједнице и на право законског насљеђивања.

ЛИТЕРАТУРА

- Ранђеловић, Драгана. „Ванбрачна заједница у Републици Србији“, *Мегатренд ревија*, 14, 2 (2017): 127-144.
- Драшкић, Марија. *Породично право и права дјетета*. Београд: Правни факултет у Београду и Службени гласник, 2007.
- Saez, Macarena. „Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why ‘Same’ Is So Different“, *European Review of Private Law*, 19, 5 (2011): 631-668. Види и: Mick Cunningham, „Gender in Cohabitation and Marriage“, *Journal of Family Issues*, 26, 8 (2005): 1037-1061.
- *Закон о насљеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине*, „Службене новине ФБиХ“, бр. 80/2014 и 32/2019 - одлука УС.
- *Закон о насљеђивању - прочишћени текст закона*, „Народне новине, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19.
- *Закон о насљеђивању*, „Службени лист Црне Горе“, бр. 74/08 и 75/17 – Одлука УС.
- *Закон за наследувањето*, „Сл. Весник на РМ“, бр. 47/96.
- *Закон о насљеђивању*, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.
- *Закон о насљеђивању Републике Српске*, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/09, 55/09 - испр., 91/16, 28/19 - одлука УС и 82/19.
- *Породични закон*, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014.
- Панов, Слободан. *Породично право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2016.

- *Zakon o dedovanju*, „Урадни лист СРС“, шт. 15/76, 23/78, „Урадни лист РС“, шт. 13/94 – ЗН, 40/94 – одл. УС, 117/00 – одл. УС, 67/01, 83/01 – ОЗ, 73/04 – ЗН-С, 31/13 – одл. УС in 63/16).
- Луцић, Наташа, Дуња Дуић и Давор Мухвић. „Изванбрачна заједница: анализа међународних и еуропских норми у сврху стварања националних стандарда“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 86 (2020): 15-38.
- Младеновић, Марко. *Породично право у СР Југославији*. Београд: Научна књига, 1993.
- Пресуда Опћинског суда у Живиницама, бр. 33 0 П 000492 07 П од 19.08.2009. године, Пресуда Кантоналног суда у Тузли, бр. 33 0 П 000492 09 Гж од 16.04.2012. године и Пресуда Врховног суда ФБиХ, бр. 33 0 П 000492 12 Рев од 23.07.2013. године.
- Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда БиХ, бр. АП 4207/13 од 30.09.2016. године.
- Крешић, Борис и Џенета Омердић. „Изједначавање права ванбрачних и брачних партнера – анализа пресуде Уставног суда Босне и Херцеговине“, у *Зборник радова са шестог међународног научног скупа „Дани породичног права“*, уред. Алена Хусеинбеговић, 268-285. Мостар: Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару, 2018.
- Ранђеловић, Драгана и Ирина Шолаја. „Ванбрачне заједнице у прописима бивше СФРЈ“, *Годишњак факултета правних наука Апеирон*, 9 (2019): 215-225.
- Кашћелан, Балша. „Регистрација ванбрачне заједнице“, *Правни живот*, 10 (2012): 85-103.
- Видић Трнинић, Јелена. „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68 (2014): 407-424.
- Видић, Јелена. „Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији, супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2011): 287-314.
- Пејак Прокеш, Оливера. „Ванбрачна заједница – права ванбрачних партнера“, у *Зборник са саветовања Ново породично законодавство*, уред. Зоран Поњавић, 199-211. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике и Правни факултет у Београду, 2006.
- Kraljić, Suzana. „Pravna ureditev registrirane istopolne partnerske skupnosti v Sloveniji“, у *Зборник са саветовања Ново породично законодавство*, уред. Зоран Поњавић. 213-232. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике и Правни факултет у Београду, 2006.
- Лукић, Марија. „Карактеристике европског правног оквира права истополних партнера: тенденције, пракса и усаглашеност породичног законодавства Србије“, у *Зборник са саветовања Ново породично законодавство*, уред. Зоран Поњавић, 233-244. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике и Правни факултет у Београду, 2006.

- Неговановић, Оливера. „Заступљеност и основне карактеристике ванбрачних заједница у Србији и Европској унији“, *Демографија*, 14 (2017): 65-82.
- Di Giulio, Paola and Alessandro Rosina. “Intergenerational family ties and the diffusion of cohabitation in Italy”, *Demographic research*, 16 (2007): 441-468.

THE POSSIBILITY OF LEGAL INHERITANCE OF UNMARRIED SPOUSES WITH SPECIAL REFERENCE TO THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BIH

Đorđe Raković⁴²

Faculty of Law, University of Banja Luka

Abstract: *This article discusses the possibility of legal inheritance of common-law spouses (partners). The critical analysis of the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina no. AP 4207/13 of September 30, 2016. It starts from the hypothesis that neither positive law nor comparative law has any basis to enable (unreserved and unlimited) the right of legal inheritance between non-marital partners, who have the possibility to marry and then consume the legal right of inheritance. The goal of this article is to determine the possibility of legal inheritance of extramarital partners in a comparative legal context (countries of the former SFRY and European countries), in positive law, but also in a critical analysis of the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in connection with this topic.*

Key words: *extramarital union, partners, right of inheritance, legal inheritance, inheritance*

⁴² Associate Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, djordje.rakovic@pf.unibl.org.

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

GERMAN'S BIOLOGICAL THEORIES IN CRIMINOLOGY¹ -
mapping the beginningsMarina M. Simović²*Faculty of Law of „Apeiron“ Banja Luka*Miomira P. Kostić³*Faculty of Law, University of Nis*

Summary: *In this paper, the author explores the early German criminology, pointing out that it was a result of interests stemming from the legalistic approach to crime. For this reason, the contribution of German criminologists to the development of criminology as an independent science is observed by examining the legalistic, anthropological, biological and sociological approaches to criminology. Each of these approaches is concurrently associated with a particular criminological orientation or a period of predominant influence of some criminological approach in explaining causality. The development of the German criminology at the time was reflected in the efforts of psychiatrists to expand their expertise into the field of criminal behaviour and to offer a medical solution to this problem. Tracing the historical development of the German criminology in the course of three different political regimes (including the German Empire, the Weimar Republic and the period of Nazism), the author of this article has an opportunity to assess the political impact on scientific research and its implications. Finally, the recent revival of the biological and genetic research into crimes makes this historical research into criminal biology (from Lombrose to Nazism) highly relevant. The historiography on crime and criminal justice in Germany is well-developed even though the German literature on these issues is considerably less extensive in volume than the respective literature in France and England. The knowledge of the social history of crime in Germany*

1 This paper is a result of theoretical research, as work on the project “Responsibility in legal and social context”, realised on the basis of a Decision of the Teaching-Scientific Council of the Faculty of Law, University of Niš 01-3342/29, of 24 December 2020.

2 Associate Professor, Secretary of the Ombudsman for Children of the Republika Srpska, marina.simovic@gmail.com.

3 Full Professor, kosticm@prafak.ni.ac.rs.

during the 19th and 20th century is still extremely limited. In the last decade of the 20th century, there were some significant developments in this process.

In mapping the early development of criminology in Germany, Wetzell identifies the following historical periods. The first period is the beginning of the 19th century, marked by the learning of Lombroso on the inborn criminal offender as well as by the growing impact of the new criminal law reform in Germany. The second period involves the impact of the German reception of the Lombroso's theory on establishing criminal psychology in Germany from 1880-1914. The third period reflects the learning of criminal sociology, i.e. accepting the idea on the impact of social conditions on the development of crime. The next period covers the predominant position of the biological research in criminology at the time of the Weimar Republic. Finally, the last period in the development of the earlier German criminology is the period under the Nazi regime (including the sterilization of criminals as well as the Nazi policy of sterilizations of some ethnic groups).

Key words: *criminology, criminal biology, eugenics, racial hygiene, postmodernism.*

1. INTRODUCTORY REMARKS

Since the 1970s, European historians have expressed particular interest in the history of crime and criminal justice in modern states. Most research in this area has been based on social history, either in the form of quantitative research, aimed at reconstructing the historical development of crime level or local studies, or microhistory, certain criminals or types of crime, especially those related to social conflict. The second group of historical studies focused on the legalistic, institutional, and political history of criminal justice.⁴

Since criminological research is originally interdisciplinary, lawyers who investigated the crime had to „cope“ with the research of psychiatrists and *vice versa*. As a result, criminological research has begun to transform the relationship between psychiatry and the criminal justice system from two opposing sides into one symbiotic. Second, following the development of German criminology through three different political regimes, from Imperial Germany through the Weimar Republic to the Nazi period, one possibility of measuring of political influence on scientific research and its implications is offered. Finally, recent

⁴ See Richard F. Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. (Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 2000), 1.

revivification of biological and genetic research of crime gives the history of criminal biology research, from Lombroso to Nazism, a kind of present relevance.

While research into history of development of British and French criminology has been the subject matter of several books published in the last fifteen years, counting from 2000 onwards, the history of the development of German criminology has largely remained an unexplored area.⁵

A very short dissertation in the field of criminal legislation from 1972 made one initial attempt to determine the development of criminology under the Nazi regime. Then, starting in the 80s of the 20th Century, younger generations of criminologists published a collection of articles on the history of this discipline during the Third Reich. However, Wetzell's book is the first attempt to map the history of German criminology from its inception all the way to the Nazi regime. At the same time, Nicole Rafter calls this criminologist a „pioneer“ of studying Nazi criminology and criminal justice.⁶

Wetzell presents the following periodization in mapping the early development of criminology in Germany. This is, first of all, the beginning of the 19th Century period in which the teachings of Lombroso about the born criminal and the rise of a new penal reform in Germany appeared. Then, the influence of German reception of Lombroso's theory on the creation of criminal psychology in Germany from 1880 to 1914. Then follows the period of accepting the idea of the influence of social conditions on the development of crime, i.e. the development of the study of criminal sociology. Then, the dominance of criminal-biological research during the Weimar Republic and, finally, criminology under the Nazi regime (sterilization of criminals and Nazi sterilization policy).

2. ORIGIN OF MODERN CRIMINOLOGY IN GERMANY

German criminology emerged as a recognizable scientific field in the last quarter of the 19th Century, as a result of three related developments: the emergence of new German criminal reform movement; publishing and accepting Lombroso's theory of the born criminal and due to the increased interest in criminological issues among German psychiatrists.

A brief overview of criminological research in the first three quarters of the 19th Century is important, because knowledge of that part of the past is essential for correctly determining the development that rampant towards the end of the 19th Century. On the other hand, the existence of bio-medico-biological

⁵ *Ibid.*, 2-3.

⁶ See Nicole Rafter, „Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 2 (2008): 287-306. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1375/acri.41.2.287>, accessed on: 22.4.2019.

explanation for crime in the earlier period of the 19th Century indicates that Lombroso was not the first to offer that explanation. On the other hand, the essential effort in the field of „moral statistics“ and the subculture of professional criminals shows that 19th Century researchers showed much greater interest in social than the biological causes of crime. Only if these two moments are well understood, a drastic shift from the emphasis on social to medical-biological explanations of crime that appeared before the end of the 19th Century can be explained.

By the way, at the turn of the 19th Century into the 20th Century, articles were even taken over in the daily press in the United States, which referred to the influence of German criminologists' teachings on the effects of external, cosmotelurist factors on crime. That is why it is an illustrative example of explaining the increase of crime on the streets of major US cities under the influence of the summer months, in line with teachings of „German criminologists“. Dr. Placzek, one of the greatest authorities in this field in Germany, as reported by *The New York Times* on 2 August 1907, argued that „it is not only the heat of the sun that influences human passions, which are responsible for a specific crime, but also different social and working conditions. For example, much more alcohol is consumed during summer than winter, and alcohol is always the root cause of crime“. In addition, according to *The Times*, Dr. Placzek's opinion is that „life in the summer takes place in the open and in accordance with other possibilities, which together enables the commission of crimes with a fatal outcome“.⁷

3. CONSOLIDATING APPROACHES - BACK TO THE BEGINNING

The development of German criminology from the 19th century to 1945 was marked by the predominance of research into biological causes of crime over research into social causes of crime. The predominance of criminal-biological approach is clear if we keep in mind that most criminological researches were conducted by psychiatrists.

Penal system reformers, gathered around Franz von Liszt, viewed criminological researches as something that would provide scientific funding for penal policy. Although reformers of the penal system tended to pay more attention to social rather than biological factors of crime, in practice research in criminal sociology stayed far behind research in criminal biology, because German sociologists showed little interest in crime and because the reformers

⁷ See „Crime increases in summer“. *The New York Times*, 2. August 1907. <https://query.nytimes.com/mem/archive/free/pdf?res=F30F16FE3B5A15738DDDAB0894D0405B878CF1D3>, accessed on: 7.3.2020.

of penal system reluctantly agreed to accept research in the field of criminal sociology. This situation changed after the World War I, when a number of lawyers, such as Exner and Liepmann, began to accept research in the field of criminal sociology.

Most criminological researches, during that period, was conducted by German psychiatrists. Vetzell gives several reasons for this. First, at the end of the 19th Century, the wave of interest of the medical profession in etiology of crime came due to the influence of Lombroso's idea of a born criminal, which improved biological explanations of crime, in which German doctors, especially prison doctors, found their ground for research. And when Lombroso equated his native criminal with psychiatric diagnosis of „moral insanity“, psychiatrists finally decided they needed to react to these theories.⁸

Second, the reaction to Lombroso's theory came at a time when German psychiatry was expanding its professional territory, outside the area fully filled with mental illness in the sphere of „border area“ of mild mental illness (now called „personality disorder“), which Koch calls „geistige Minderwertigkeiten“, and Kraepelin and Schneider later called them „psychopathic personalities“. Since these states of soul were associated with deviant behavior, including crime, psychiatric interest in inhabiting this vast space of new frontier line of „abnormality“ also directed their interest in criminological research.

Third, psychiatrists focused on investigating victims of crime, because they realized that they could extend the role of psychiatry to the criminal justice system. This ambition found its earliest and most radical expression in Kraepelin's „Die Abschaffung des Strafmaßes“ (1880), in which he called for the abolition of fixed prison sentences in favor of indefinite, individualized treatment and reorganization of the penal system towards psychiatric clinics. In his first works, Kraepelin confirmed the role of criminal psychology in establishing the line between crime and madness. In explaining the category of habituary criminals, Kraepelin pointed out their lack of awareness of morality. Since Kraepelin's scheme was aimed at eliminating the difference between punishment and medical treatment, it emerged as a controversial issue of legal responsibility, so the psychiatrists should no longer serve as expert witnesses in situations where an excuse for insanity arises. As a result, traditional conflicting relationship between criminal justice and psychiatry, in which lawyers often „take for evil“ psychiatrists for „releasing criminals“, had to be transformed into a symbiotic relationship, in which psychiatrists play a key role in determining appropriate individualized treatment for each individual criminal. Although most psychiatrists did not accept Kraepelin's denial, but the distinction between legally

⁸ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 295.

responsible and irresponsible perpetrators, they all share the same ambition - to expand the role of psychiatry through the criminal justice system. The whole idea behind research in the field of criminal biology was that psychiatric evaluation should play a role in determining the individualization of penal treatment of convicts.⁹

Finally, the resentment of the psychiatric profession to play a key role in criminal justice was closely linked to another characteristic of German psychiatry in the late 19th and early 20th Century: its tendency to put interests of society above the well-being of the patient – individual. This view was clearly reflected in discussions before 1914, during the presentation of „diminished responsibility“, in which psychiatrists used the „abnormality“ of Minderwertige to confirm their vague determination to protect society, but without insisting that the same „abnormality“ qualifies Minderwertige for weaker medical treatment and that it frees them from rigorous regimes and the stigma of detention. Exactly the same position was adopted with its extremely explicit wording, when Aschaffenburg defended psychiatrists against the accusation that their „extremely broad humanitarianism“ had, in fact, in his subconscious, criminal justice. Psychiatrists, as he insisted, routinely „deprive patients of their freedom in order to protect society“ and that they were well aware that „the interests of the patient must come second in relation to the interests of the community“.¹⁰

Beginning with the acceptance of Lombroso in the late 19th Century, biological explanations of crime, offered by German psychiatrists, took the form of two different paradigms. Although at the turn of the Century, the pioneers of German criminal psychology were unanimous in rejecting Lombroso's claim that a born criminal represents a different anthropological type, the explanations of criminal behavior they offered divided them in two directions.

Representatives of what can be called Kraepelin's paradigm have removed anthropological characteristics from Lombroso's theory of a born criminal and redefined a born criminal into a pure psychiatric term for someone who is „morally defective“.

After the World War I, this paradigm lived in the form of what Birnbaum and Schneider called *gemütlos* (compulsive) or amoral psychopaths. The most valuable feature of this paradigm is its unification of moral and medical norms. Thus, Kraepelin defines „moral madness“ as „the lack or weakness of the feelings that reject the ruthlessness of satisfying egoism“.

What is noteworthy is that even Schneider, who criticized the unification of medical and moral criteria of Kraepelin's definition and made a special effort to

⁹ See Peter Becker and Richard W. Wetzell, ed. *Criminals and Their Scientists*, (Publications of the German Historical Institute, 2006). <http://books.google.com/books?id>, accessed on: 17.11.2021.

¹⁰ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 296.

establish an objective psychological criterion for his „psychopathic personality“, made the same mistake when defining *gemütlos* or amoral psychopathic type, as a lack of „pity, shame, honor, repentance, conscience“. The inclusion of moral criteria in psychiatric diagnosis largely develops the risk of tautological thinking, in which the deviant or criminal behavior of an individual has become a medical symptom of psychopathy, simply because it violates conventional moral and social norms.¹¹ However, Schneider designed ten different types of psychopaths. Antisocial and asocial tendencies are connected in different forms of psychopathy, which is the subject matter of interest of criminology. Types of psychopaths, according to Schneider, include, in fact, persons who suffer from their abnormalities and persons from whose abnormalities suffers society. Only this second group of psychopaths is important for criminology. This group includes explosive (impulsive) psychopaths.¹²

Since Schneider and Birnbaum viewed *gemütlos*, or the type of amoral psychopath, as a small minority among criminals, the scope of Kraepelin's paradigm was grossly diminished from the Weimar Republic period onwards, allowing for a „competing of paradigm with the resulting phenomenon“.

At the turn of the Century, another group of psychiatrists, including Aschaffenburg and Näcke, rejected the existence of „moral defect“ and took a much more complex view of the interaction between inheritance and environment. They established the „Aschaffenburg paradigm“, which was dominated by the view that many criminals suffer from general mental abnormality (described in terms of degeneration, *Minderwertigkeit* or psychopathy), which makes them much more liable to living a criminal lifestyle, under unfavourable external circumstances - not because that these abnormalities were directly criminogenic, „but because they hindered the development of their career in social and economic life“.¹³

Since the Weimar Republic period, the Aschaffenburg paradigm has become predominant. Practically, every biologically oriented criminologist in the period between the two World Wars, including those most committed to researching genetic factors, such as Lange and Stumpfl, agreed, except in rare cases of *gemütlos* psychopaths, that congenital or genetic factors, which had a share in criminal behavior, did not consist of some criminogenic „moral defect“, but of various abnormal traces that are not hereditary criminogenic, but could develop criminogenic potential in a certain combination and under certain external circumstances.

11 Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 297.

12 See Stephan Hurwitz, Karl O. Christiansen. *Criminology*. (1983). 114, <http://books.google.com/books?id>, accessed on: 12.5.2011

13 Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 297.

The most important contribution of the Aschaffenburg paradigm was in the complex perception of the interaction between inheritance and environmental influences, which promoted the emergence of methodologically and conceptually closer definition. In fact, Aschaffenburg accurately described the division of the causes of crime into two large groups: social causes and individual causes. The first group considers only external conditions of „general fluctuations that affect the occurrence of crime“; the second group of conditions always leads, when examining the individual’s personal inclination to crime, to the „bilge“ from which the individual originated, and this „leads directly back along the path towards social causes“ of crime.¹⁴

If we compare research from the Weimar Republic period and the period before the World War I, there is no doubt that the work of Birnbaum, Schneider, Gruhle and Lange was more clearly defined in its approach on the interaction between inheritance and environmental influences, than the pre-war theories of Kraepelin, Bleuler, Ashchaffenburg and Nacke. As can be seen, the long-standing trend of growing methodological purification has continued in most, but not all, criminal-biological researches, even during the Nazi regime. At that time, these theorists had already clearly defined criminology as a medico-psychiatric specialty and established psychiatrists as authorities in the field of public health and regulation of deviance.¹⁵

Stumpfl had a much greater reach in the methodological issues of the twin studies than Lange in his work, all the way to Exner’s 1939 criminological study, which was a visible improvement over Aschaffenburg’s standard 1903 work. This growing specificity of the methodology has further immensely complicated the complicated task of biologists. As their understanding of interaction of inheritance and environment became more complex, their goal, which was to identify criminogenic genetic factors and separate repairable and irreparable, became even more „elusive“.

Even after recognizing the role of both genetic and environmental factors in the genesis of criminal behavior, most criminal biologists have consistently put genetic factors first and emphasized that genetic factors are still primarily important. Such a claim would be justified only if it was shown that genetic factors often lead to crime, without any visible cofactors from the environment, or that the criminogenic power of these genetic factors was not usually yielding to rehabilitation measures. In fact, it was widely recognized that there was

14 See Gustav Aschaffenburg. *Crime and Its Repression*. (Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1968), 15

15 Nicole Rafter. „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 2, (2008), 287-306. <http://www.atypon-link.com/AAP/doi/pdfplus/10.1375/acri.41.2.287?cookieSet=1>, accessed on: 12.4.2011.

no visibility for such a proposal.¹⁶ Contrary to that, Lange acknowledged that environmental factors played a role in the cases of all the criminal twins he investigated, while Schumpfl estimated that a maximum of 20% of criminals could be considered irreparable.

Therefore, the question remains, why did most criminal biologists claim that genetic factors prevail? The answer lies in several bases and assumptions that characterized German psychiatry during the research period.

First, German psychiatry, during that period, was preoccupied with a strong bias towards inheritance, which, while accepting that individuals differ, including mental illness, was primarily caused by genetic factors. This position toward hereditaryism partly arose from the failure of psychiatry to make progress in the treatment of mental illnesses. Unable to cure most of their patients, psychiatrists were tempted to explain their therapeutic failures by attributing the cause of mental illness to invariable genetic factors. Although research into human genetics remained at a primitive level throughout the first half of the 20th Century, hereditaryism was supported by rediscovery of Mendel's laws, sometime between the turn of the 19th and 20th Centuries.

Second, by the mid-1920s and beyond, the vast majority of German physicians and psychiatrists were enthusiastic in their support for eugenics, at least in principle. This latter qualification is important because the details of practical implications, including the question of who should actually be sterilized, have again led to disagreement. However, almost universal enthusiasm for eugenics among German psychiatrists clearly indicates why they have accepted research on genetic factors.

Finally, although most criminal biologists acknowledged the role of social crime factors, they were generally pessimistic about the possibility of changing the social conditions that affect so many persons to enter a criminal career. Over and over again, the greatest advocates of criminal biology, including Aschaffenburg, Nacke and Wiernstein, and even Rüdín, who advocated a hard line, have clearly acknowledged that in many cases changes in social milieu of recidivists could, in principle, prevent new criminal behavior. But, such perceptions have always been accompanied by the qualification that such an environment, in practice, could not be changed, so these criminals in question should be considered „irreparable“. In other words, predicting incorrigibility was not based on the belief that individual's criminal behavior resulted from the incorrigibility of genetic factors, but from the belief that it was simply too difficult to change social factors that contributed to it.

¹⁶ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 298.

Although Liszt and his reformist followers often stressed the importance of the role of social factors, their reform proposals focused on individualization of punishment, and this was more focused on change in perpetrators rather than social change, which would be the most important crime prevention strategy. From that perspective, criminal biology was welcome because it provided knowledge about the individual criminal - individual, which was essential in the reform whose efforts were focused on the perpetrator - individual.

However, research in the field of criminal biology has raised some objections to beliefs regarding the inheritance of criminal dispositions, which has led some psychiatrists and lawyers to emphasize the importance of environmental factors. Among psychiatrists who have followed research in criminal biology, Hans Gruhl has remained highly critical of genetic explanations for crimes and highlighted the role of social factors, including social class affiliation. Even criminologically oriented lawyers, such as Exner and Liepmann, sought to give equal importance to biological and sociological factors in their approach to the etiology of crime.

In a comparative sense, the development of German criminology was not unique. Recent research on the history of French criminology development has found that the differences between Italian anthropological school and French sociological school were overemphasized, and that even after the French, like the Germans, rejected born criminal as an anthropological type, they still advocated many of Lombroso's assumptions related to basic inheritance. In the same way, Charles Goring wrote his famous book „The English Convict“ (1913) and rejected Lombroso's teaching on the born criminal, but advocated a theory linking criminal behavior to mental weakness, similar to Aschaffenburg's view.¹⁷

Finally, 20th-century American criminology contains a powerful thread that Nicole Rafter called „eugenic criminology“, which gave the United States a „dubious distinction of not being among the first countries in the world to sterilize criminals (began in 1907), a practice that continued until 1945“. However, Nicole Rafter connects her explanations of eugenics to the period of the rule of the Third Reich in Germany in the period 1933-1945. She states that at the time, the leader in eugenic research, dr. Eugen Fischer, claimed that „there was a rare and especially good opportunity for theoretical science to advance at a time when the prevailing ideology supports it, and her discoveries can immediately serve the state's policy“. In that sense, two scientific programs within the framework of Nazi-oriented criminal biology were developed - eugenics and racial hygiene. These terms are often used as synonyms. The eugenic project had the aim to improve the quality of the race („human race“) by encouraging superior people

¹⁷ *Ibid.*, 299-300.

to reproduction („positive eugenics“) and discouraging inferior people („negative eugenics“) by: forced exile, marriage ban, locking down or elimination. In the most general sense, eugenics should prevent the reproduction of all those people who have hereditary defects - for the benefit of all. During the 1930s, Jews were among those involved in the eugenics movement in Germany or elsewhere, which, criminologically speaking, led to identification of hereditary criminals of all races and entities, which would prevent their further reproduction. The racial hygiene movement, on the other hand, was aimed at identifying ethical and racial group of people, such as Jews or Romas, for example, in favor of returning Germany to Aryan currents. From a criminological point of view, racial hygiene coincides with eugenics in that part when specific racial-ethnic groups are identified as genetically criminal.¹⁸

4. CONCLUSION

These statements, as well as many other questions, such as: how the ideas of criminal biology fit into the explanations of crime during Nazi era; what were the consequences of „Nazi“ criminology, etc. are, obviously, still insufficiently researched area of development of criminology as a science in general, not only in Germany. However, an insight into earlier periodization of the development of criminology in Germany, it is clear that there is no single definition of the concept and subject of its study, except for precisely determined individual aspirations, i.e. directions. Therefore, there remains a methodologically clear position that determining the exact dominant direction or entirety of this science is always colored by „determination of the content of its subject, methods used in the studying of the subject, different ideological concepts and approaches in studying of natural and social phenomena, as well as its independence in the system of sciences“.¹⁹

L I T E R A T U R E

- Becker, Peter and Richard W. Wetzell, ed. *Criminals and Their Scientists*. Publications of the German Historical Institute, (2006). <http://books.google.com/books?id>, accessed on: 12.5.2011.

18 Rafter, „Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“, 293.

19 Slobodanka Konstantinović Vilić i Vesna Nikolić Ristanović. *Kriminologija* (Niš: Studentski kulturni centar, 1998), 4.

- „Crime increases in summer“. The New York Times. 2. August 1907. <https://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F30F16FE3B5A15738DDDAB0894D0405B878CF1D3>, accessed on 12.5.2011.
- Konstantinović Vilić, Slobodanka i Vesna Nikolić Ristanović. *Kriminologija*. Niš: Studentski kulturni centar, 1998.
- Konstantinović Vilić, Slobodanka, Vesna Nikolić Ristanović i Miomira Kostić. *Kriminologija*. Beograd: Prometej, 2010.
- Rafter, Nicole. „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 2 (2008): 287-306. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1375/acri.41.2.287>, accessed on: 3.6.2022.
- Wetzell, F. Richard. *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 2000.

ЊЕМАЧКЕ БИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ У КРИМИНОЛОГИЈИ²⁰ - мапирање почетака

Марина М. Симовић²¹

Факултет правних наука Паневропског
универзитета "Апеирон" Бања Лука

Миомира П. Костић²²

Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт: У раду су ауторке истакле да развој њемачке криминологије рефлектује утицај напора психијатријске професије да прошири своју експертизу на криминално понашање и да понуди медицинску солуцију у односу на питања криминалитета. У литератури се износи следећа периодизација у мапирању раног развоја криминологије у Њемачкој. То је, најприје, почетак периода 19. вијека у коме се јавља учење Ломбросоа о рођеном злочинцу и уздизање нове казнене реформе у Њемачкој. Затим, утицај њемачке рецепције теорије Ломбросоа на стварање криминалне психологије у Њемачкој од 1880. до 1914. године. Онда слиједи период прихватања идеје о утицају друштвених услова на развој криминалитета, односно развој учења криминалне социологије. Потом, доминација криминално-биолошких истраживања за вријеме Вајмарске Републике и, коначно, криминологија под нацистичким режимом (стерилизација криминалаца и нацистичка политика стерилизације).

Кључне ријечи: криминологија, криминална биологија, еугеника, расна хигијена, постмодернизам.

20 * Овај рад представља резултат теоријског истраживања, као рад на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који се реализује на основу Одлуке Наставно-научног вијећа Правног факултета Универзитета у Нишу 01-3342/29, од 24. децембра 2020. године.

21 Ванредни професор, секретар у Омбудсману за дјецу Републике Српске, marina.simovic@gmail.com.

22 Редовни професор, kosticm@prafak.ni.ac.rs.

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЕНГЛЕСКЕ ЦРКВЕ У ОДРЕДБАМА
ВЕЛИКЕ ПОВЕЉЕ СЛОБОДА ИЗ 1215. ГОДИНЕЖељко Теофиловић¹
Српска православна црква у Броду

Апстракт: Рад се бави анализом одредаба о положају енглеске цркве у једном од најстаријих уставних докумената, околностима у којима се доноси овај правни акт, као и његовим посљедицама како за енглеско друштво, тако и за правне системе у другим земљама. Велика повеља слобода из 1215. године, као таква, представља универзалну декларацију о људским правима и слободама. Њене одредбе послужиле су као инспирација и у наредним вјековима свима онима који се боре за очување ових основних људских вриједности..

Одредбе о положају енглеске цркве, веома су важне за даљи ток судбине и статуса ове цркве. У њима се зачиње идеја о слободној цркви, аутономној организацији са правом слободе избора клира без утицаја владара и римског папе. Због тога ће римски папа Иноћентије III својом Булом суспендовати, сматрајући је нелегалном и срамном.

Без обзира на кратак период, а то су само два мјесеца, колико је Повеља била на снази, она је остала као основ у новим борбама сталеза и круне, за правни поредак у енглеском друштву. Неке од њених норми налазе се и данас у правном систему англосаксонског права.

Кључне ријечи: Велика повеља слобода, барони, краљ Јован без Земље, Енглеска, црква, слобода цркве.

¹ Мастер права, докторанд Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, свештеник Српске православне цркве у Броду, teofan012@gmail.com.

1. УВОД

Један од најзначајнијих правних аката средњег вијека, а који је угледао свјетлост дана 15. јуна 1215. године био је *Magna carta libertatum*² – Велика повеља слобода. Овај уговор, на који је пристао да се обавезе краљ Јован Без Земље како би превазишао сукоб са баронима, остаће у историји познат као покушај стварања правног поретка у Енглеској. Одредбе ове повеље требале су да ријеше захтјеве незадовољних феудалаца и ограниче апсолутну владалачку самовољу.

Текст Повеље написан је на пергаменту, на латинском језику, који је у то вријеме био официјални језик државних аката. Садржина Повеље је континуирани низ мисли и није била подијељена на чланове у каквој се форми данас објављује. Због практичности у XVIII вијеку, уведена је подјела на чланове. Сачувана су само четири рукописа, без краљевог печата са 63 члана која су данас доступна за проучавање.

Повеља ће настојати да регулише широк спектар друштвених и политичких односа. Теме којима се бави, могу се генерално подијелити у седам цјелина. Прва се тиче цркве и њеног статуса. Друга се бави феудалним правима и обавезама, трећа трговином и градовима, четврта регулише судски поступак, пета уређује финансијску администрацију, шеста се тиче краљевских шума и на крају седма рјешава захтјеве за реституцијом и бави се мировним одредбама.

За овај рад су значајне одредбе о положају енглеске цркве. Оне су у Повељи малобројне, али је њихово постојање од велике важности како за цркву у вријеме доношења исте, тако и у наредним вјековима. У раду ће се управо анализирати далекосежне посљедице ових правних норми по питању енглеске цркве. То се најприје односи на потпуну слободу енглеске цркве у односу на римску цркву, а која ће услиједити у наредним вјековима.

² Цио свијет, укључујући и америчку литературу под појмом *Magna carta libertatum* без резерве најприје помишља на чувени документ Јована Без Земље. Но, у самој Енглеској (нарочито у XVII вијеку приликом борби против апсолутизма Стјуарта) тај назив се обично прије свега примјењује на повељу Хенрика III из 1225. године. Додуше, њене најважније одредбе – оне које су задржале важност до наших дана и које се у овој земљи још увијек примјењују као дио позитивног права (њих девет су саставни дио званичне збирке закона – *English Statute Book*) веома су сличне одговарајућим одредбама из свог изворника. У Енглеској се, у ставри, под називом *Magna carta libertatum* подразумевају, поред Јованове још три повеље које су донијете за вријеме владавине његовог малолетног сина Хенрика III (из 1216, 1217. и, нарочито, она из 1225. године). Оне нису потпуно идентичне са повељом из 1215. године мада у основи представљају њену потврду. Па ипак мит о *Magna Carta* се са разлогом везује баш за повељу из 1215. године, не само због временског приоритета, већ и зато што је најчешће баш она или њени дијелови (а не Хенрикова из 1225. године) наредних година и вијекова потврђивана од разних владара више од 50 пута. Sima Avramović, "Magna carta libertatum" u *Temelji moderne demokratije, izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989)*, priir. Dušan Mrdenović (Beograd: Iro Nova knjiga, 1989), 47.

Велика повеља слобода, коју је папа само након два мјесеца својом Булом ставио ван снаге, остаће, како се може видјети у даљем излагању овог рада, као основ и инспирација новим борбама за успостављање права и слобода.

2. ИСТОРИЈСКЕ ОКОЛНОСТИ ПРИЈЕ ДОНОШЕЊА ВЕЛИКЕ ПОВЕЉЕ СЛОБОДА У ЕНГЛЕСКОЈ

У правној науци се обично сматра да је Велика повеља слобода из 1215. године, први уставни акт како у Енглеској, тако и у свијету. Самим тим, она представља својеврсну основу англосаксонског права и демократије. Разлог њеног настанка је притисак енглеских феудалаца (барона) на краља Јована Без Земље, да се ограничи његова власт и владалачка самовоља. Повеља је била састављена у интересу крупних племића који су и повели покрет против краља, али пошто су им се придружили и нижи племићи и грађани, у Повељу су унијете и одредбе које су штитиле њихове интересе.³ Будући да је и енглеска црква била на страни народа и племства, Повељом су заштићена и њена права.

Постоји теза, о којој се нашироко расправља већ неколико деценија, да је сваки средњовјековни европски правни текст написан после 1150. године вјероватно био под утицајем канонског права. Универзитет у Болонји (основан 1088. и лиценциран 1158. године) посебно је био центар за проучавање грађанског права и подстакао је оживљавање канонског права у једанаестом вијеку.⁴

Зато и не чуди што су најмање два од четири примјерка, овог значајног средњовјековног правна акта, који се чувају у катедралама у Солсберију и Линколну, умјесто краљевских писара (што би се очекивало да су краљевске повеље) написали монаси. Црква је чувала Повељу и подсећања на значај одредаба које су се налазиле у њој.

Велику повељу, као и сваки други правни документ који је од историјског значаја, не треба посматрати као појединачну појаву, већ као дио шире цјелине једног времена. Зато, да би се правилно схватила проблематика којом се бави ова Повеља, треба обратити пажњу на догађаје који су претходили и проузроковали њено доношење. Зато је од велике важности

3 Срђан Шаркић, *Опита историја државе и права* (Београд: Драганић, 2008), 180.

4 Noel Cox, „Stephen Langton, Magna Carta and Church Law“, *Paper presented at Magna Carta and the Antipodes*, Wellington, New Zealand, 29 June 2008 https://www.researchgate.net/publication/283652631_Steph_en_Langton_Magna_Carta_and_Church_Law 21.12.2022.

за проучавање Велике повеље и енглеске уставности и документ из 1100. године под називом *Charter of Liberties Хенрија I*.⁵

Послије чувене битке код Хастингса, 1066. године, Енглеском су завладали Нормани. Међу њима први је био Вилијам Освајач, који је освојио и подијелио земљу. Доласком на власт норманске династије, у Енглеској је ојачао феудализам. Процвјетала је градска трговина, а Енглеском се ширио дух француске културе. Вилијама је на пријестољу послије његове смрти наслиједио син Вилијам II (1087-1100).

Потом на власт долази други син Вилијама I, Хенри I који је крунисан за краља уз велике уступке племству и цркви, и уз обећање да ће раскинути са дотадашњом праксом злоупотребе власти од стране енглеских краљева. Том приликом, он је издао *Charter of Liberties*, прву енглеску Повељу слобода. Она је за највеће енглеске феудалце значила обезбјеђење од јачања краљевске власти. Послије Хенрија I на енглески пријесто долази његов сестрић Стефан. У наредним вјековима енглеска круна припада династији Плантагенета, за чије ће вријеме и бити донешена *Magna carta libertatum*.⁶

Хенри II Плантагенат Анжуј оснажио је поново краљевску власт на начин што је ограничио ингеренције Цркве и барона. Извршио је судску реформу која је подстакла развој *Common lawa*. Донио је два значајна акта 1164. г. *Constitution of Clarendon* и *Assize of Clarendon*, који су били у форми краљеве одлуке, заснована на ”пристанку свих црквених великодостојника, племића и народа у краљевству”.⁷ Ослабио је двије велике полуге моћи енглеског племства, судство и војску, тежећи апсолутној владавини.

Међутим, његови синови су били против његове владавине и за живота су му окренули леђа. Наслиједио га је Ричард I Лављег Срца (1189-1199), који је враћајући се из Трећег крсташког рата био заробљен, па су умјесто њега земљом владали његов брат Јован и надбискуп кентеберијски Хуберт Валтер.⁸

5 Ова повеља је од изузетне важности за енглеско право и то из три разлога. На првом мјесту, њоме почиње владавина права јер се сам краљ Хенри ”везао за право”. ”Она је била признање да ће краљ поштовати право и да племство не држи своје посједе само на основу краљеве добре воље”. Други разлог је то, што је ова Повеља послужила као инспирација за још већу и значајнију повељу коју ће краљ Јован донијети 115 година касније – *Magna carta*. Њихова сличност се примјећује како у садржају тако и по стилу писања. И на крају, трећи разлог због чега је ова Повеља значајна јесте то, што је уставно-правна наука сматра за први писани уставно-правни акт у Енглеској. Šefko Kurtović, *Hrestomatija опће повјести права и државе knjiga прва, стари и средњи вијек* (Zagreb: Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 1999), 262.

6 Aleksandar Maršavelski, ”Magna karta i početci engleske ustavnosti”, *Pravnik, časopis za pravna i društvena pitanja*, XL, 83 (2006): 107.

7 Šefko Kurtović, „Magna karta i njezina ustavno-pravna analiza”, u *Studije i članci iz опће повјести права и државе, друга knjiga* (Zagreb: Autorska naglada, 2002): 25

8 Maršavelski, ”Magna karta i početci engleske ustavnosti”, 107.

3. ПРИЛИКЕ У ЕНГЛЕСКОЈ У ВРИЈЕМЕ ДОНОШЕЊА ВЕЛИКЕ ПОВЕЉЕ СЛОБОДА

За вријеме владавине Ричарда (1189-1199) реформу управе и судства извршио је надбискуп кентеберијски Хуберт. Послије смрти краља Ричарда на пријесто долази његов брат Јован (Lackland = Без Земље) који се надовезао на рад већ поменутог надбискупа. Вриједно је истаћи да је владавина анжујских краљева била у континуитету по питању искориштавања феудалних права. Високе судске глобе и коришћење права патроната биле су својствене свим претходницима краља Јована. Разлика је била у мјери тог искориштавања од стране владара, тако да побуна која је избила 1215. г. није била усмјерена само против краља Јована и његових злоупотреба, већ против цјелокупног анжујског управног система. Циљ протеста је био ограничити и успоставити контролу над краљем и његовом управом.⁹

Многе од реформи Хенрика II биле су укоријењене у енглеском друштву. Уставни и правни систем који је наметнула круна енглеском друштву, кроз правне норме и уређена правила понашања, није поштован од ње саме. Власт је, у доброј мјери заправо, била ствар личне природе краља и његове воље. То је и био повод незадовољства племства у Енглеској. Барони су 1215. године покушали наметнути круни она иста правила која до сада круна наметала њима. Они нису правили разлику између закона и краљеве воље. За њих је краљева воља представљала закон. Племићи су тражили да краљева воља и закони буду разумни и праведни.¹⁰

Од почетака своје владавине Јован је био принуђен да води ратове против француског краља Филипа II Августа, који је имао на уму да освоји плантагенетске посједе у Француској. Рат са француским краљем био је неуспјешан за Јована. Ово ратовање је земљу доводило у финансијску кризу, због чега је Јован наметао веће порезе и одузимао привилегије градовима. У свему томе Јован је имао претензије и према црквеним посједима. То је довело до сукоба са папом Иноћентијем III који је краља екскомуницирао из цркве.¹¹

9 James Holt, *Magna Carta, second edition* (London: Cambridge University Press, 1995), 45.

10 J.A.P.Jones, *King John and Magna Carta* (Harlow: Longman, 1983), 59.

11 Сукоб са папом долази у вријеме избора новог надбискупа кентеберијског. Послије смрти Хуберта Валтера 1205. поставило се питање његовог наследника. Папа је тада предложио Стефана Лангтона који је и био изабран за новог надбискупа, али краљ није хтио да прихвати његов избор јер је сматрао да је он требао да учествује у избору новог поглавара енглеске цркве. Папа је сматрао да за избор новог надбискупа не треба да пита краља јер папа има *plenitudo potestatis* (= надлежност без ограничења) над надбискупијом Кентеберијском. Будући да Јован није прихватио избор новог надбискупа, папа га је 1208. изопштио из цркве. Јован је узвартио папи тако што је конфисковао црквене посједе. Нови надбискуп Стефан, супротстављајући се краљевој самовољи, супротставио се тако што је позвао краљеве вазале да не служе више краљу који је погазио вјерност

Нови надбискуп, Стефан Лангтон, сматра се главним креатором одредби у Великој повељи. У августу, 1213. године, Лангтон је упознао бароне са Повељом Хенрика I и обећао дати подршку у борби за њихова права, а на основу ове Повеље.

Нашавши се у безизлазној ситуацији, без подршке племства и цркве, Јован је затражио опрост од папе и прихватио да буде папин вазал уз плаћање годишњег данка.

Надбискуп Лангтон је, 20. јула 1213. године, одријешо од екскомуникације краља Јована, уз краљево формално обећање да ће спровести реформе у земљи. Тиме је и цијела Енглеска била потчињена папи и није била самостална земља.¹²

Лангтон је и даље био посредник у преговорима барона и краља. Очигледан утицај Лангтона и његових бискупа, може се видјети у Баронским члановима Повеље, који се баве питањем црквене јурисдикције, укључују крсташке повластице краља и заклетве на вјерност Шкота и Велшана, као будући гарант мира у краљевству. Ова питања у Повељи ријешена су у чл. 53, 53 и 57. Њима краљ, на основу крсташких повластица, одгађа све судске процесе који се тичу поступака његовог оца Хенрика и брата Ричарда.¹³

Услијед великих притисака од стране барона и финансијских потешкоћа, краљ Јован је пристао да се састане са устаницима на пољани која се звала Ранимид (*Runnymede*) на јужној обали ријеке Темзе. Послије тешких расправа, 15. јуна 1215. године, краљ је својим великим печатом потврдио да прихвата захтјеве незадовољних барона. Овом Повељом краљ се обавезао да неће тражити већа плаћања од барона него што је то било устаљено. Уколико би било потребно да се прикупи више новца за потребе краљевства о томе би одлучивао Општи савјет краљевине (*Comune concilium*) који су чинили сви барони.

Оригинални текст Повеље написан је на пергаменту на латинском језику који је у то вријеме био официјални језик државних аката. Садржина Повеље је континуирани низ мисли и није била подијељена на чланове у каквој се форми данас објављује. Због практичности у XVIII вијеку, уведена је подијела на чланове. До данас су сачувана само четири рукописа, без краљевог печата са 63 члана.

”краљу краљева”. Барони су слиједили овај позив јер је то значило да више нису дужни да плаћају обавезе према краљу. Папа Инокентије је 1209. почео преговарати са француским краљем Филипом II Августом о презимању власти у Енглеској. Због исцрпљености у борбама са Француском и папом, а у земљи са незадовољним баронима, Јован је крајем 1212. одлучио да се помири са Црквом. Maršavelski, ”Magna carta i počeci engleske ustavnosti”, 110.

12 Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција, четврто издање* (Београд: Службени гласник, 2009), 216.

13 Holt, *Magna Carta, second edition*, 286-288.

Стварање Повеље и њено учвршћивање у политичком друштву били су, дакле, испреплетени са јачањем енглеског епископата. Начин владавине у овом периоду био нераздвојив од религије. Своју улогу бискупи су црпили из примјера старозавјетних пророка, за које се сматрало да су претече хришћанског свештенства. Бискупи су помазивали краљеве и на неки начин били изнад њихове моћи. Учествовали су у обредима краљевске инаугурације слично старозавјетним описима помазања израелских краљева од стране пророка. Помазивање краљева је установљено од средине десетог вијека у великом дијелу западне Европе. У Енглеској је ово крунисање и помазање постало од суштинског значаја за монархов ауторитет. Ово није био случај у многим другим европским државама у средњем вијеку, гдје краљеви углавном нису били помазивани.¹⁴

Повеља настоји да регулише широк спектар друштвених и политичких односа. Према питањима којим се бави, генерално се може подијелити у седам цијелина. Прва се тиче Цркве и њиме се потврђује слобода Цркве и црквеног избора. Друга се бави феудалним правима и обавезама, трећа трговином и градовима, четврта регулише судски поступак, пета уређује финансијску администрацију, шеста се тиче краљевских шума и на крају седма ријешава захтјеве за реституцијом и бави се мировним одредбама.¹⁵

Иако је Велика повеља у основи типичан феудални документ о правима и обавезама вазала и као такав нема непосредне везе са модерним схватањима демократије и људских права, она је конституисала поједине правне и политичке принципе који ће бити инспирација каснијим генерацијама за борбу за људска права и слободе.¹⁶

Међутим, правна снага Велике Повеље трајала је само два мјесеца. Она је била само краткорочни „*compromise accepted gudgingly by a king of autocratic temper and a group of embittered, bellicose barons*“.¹⁷

Проблем Велике повеље био је у интерпретацији: баронским тумачењем чланова 52 и 61, краљ је био лишен његовог патроната и његових суверених права. Таква интерпретација није одговарала краљу Јовану.¹⁸

Такође, било је договорено да се краљ поново састане са баронима 20. августа исте године, како би се наставило са рјешавањем захтјева које су

14 Sophie Ambler, 'The Church and Magna Carta in the thirteenth century', in *Magna Carta: history, context and influence*, ed. Lawrence Goldman (London: Institute of Historical Research University of London Press, 2018), 48.

15 Holt, *Magna Carta, second edition*, 340.

16 Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, 218.

17 Ralph Turner, *Magna Carta through ages* (Harlow: Pearson Longman 2003), 247.

18 „The problem of Magna Carta was one of interpretation: the baronial view of clause 52 deprived the king of his royal right of patronage; the baronial view of clause 61 deprived him of his sovereign power. He could not accept their interpretation.“ Jones, *King John and Magna Carta*, 106.

поставили барони и народ, што се није догодило. Барони су се осјећали изневјерено оваквим краљевим поступком, те су сматрали да је његова Повеља само још једно краљево празно обећање. Све ове околности доводиле су до нових сукоба и грађанског рата.

У исто вријеме, Папа Иноћентије III, у складу са својим тежњама за успостављањем апсолутне власти и у духовном и у свјетовном смислу у Енглеској, доноси Булу и престаје да подржава бароне који су прихватили Повељу у којој се негира хијерархија на чијем челу треба бити папа.¹⁹

Надбискуп Лангтон је био папин представник, канониста, али је био и Енглец који је био на страни барона. За њега, као и за бароне, независност цркве значила је ограничавање моћи краља. То је значило да се Лангтон супротставља и папи. Право жалбе Риму је дуго било подложно ограничењима у Енглеској. Црква је морала да задржи своју независност, чак и ако је то доводило до нових сукоба краља и папе.²⁰

Због непоштовања папске одлуке о одлучењу барона од Цркве и сам надбискуп Лангтон био је лишен свих црквених функција. Такође, био је приморан да напусти Енглеску. Истрајношћу у борби за слободу и правичност, надбискуп Лангтон је као духовни поглавар показао и своју бригу за опште добро његове земље и њеног народа без обзира коме су сталежу припадали. То је чинио и по цијену да изгуби своје црквено достојанство и власт.

И поред папске Буле од 24.08. 1215. Године, Повеља на неки начин опстаје. Борба феудалаца се наставља и после смрти краља Јована, а његов малољетни син Хенрик III, 1216. године, издаје нову Повељу која је у највећем дијелу она коју је издао и његов отац. Она неће задовољити бароне и грађане, као ни педесет наредних повеља које ће донијети краљеви, од Хенрика III до Хенрика V, јер не садрже институције и вриједности које су се налазиле у Великој Повељи слобода од 1215. године.²¹

Највећа заоставштина Велике повеље за правду и правичност, поред прокламовања слобода свим поданицима енглеског краљевства, јесте право на суђење прије саме осуде. У то вријеме монарх је имао потпуну слободу да осуди и казни појединца без претходног суђења. Била је довољна његова процјена о кривици. Ако би, пак, и било одржано суђење то је била

¹⁹ Због тога папа доноси Булу *Etsi carissimus* од 24.08.1215. године у којој се Велика Повеља назива срамним, нелегалним и неправедним документом који је дјело "непријатеља људске расе који против њега (краља) потакли барони енглеске". Датум доношења папске Буле сматра се престанком правне снаге Повеље. Maršavelski, "Magna carta i počeci engleske ustavnosti", 110.

²⁰ Noel Cox, „Stephen Langton, Magna Carta and Church Law“, *Paper presented at Magna Carta and the Antipodes*, Wellington, New Zealand, 29 June 2008 https://www.researchgate.net/publication/283652631_Steph_en_Langton_Magna_Carta_and_Church_Law 21.12.2022.

²¹ Avramović, "Magna carta libertatum", 51.

обична "представа", а судбина осуђеног се већ унапријед знала. Овакву самовољу владара ограничава члан 39 ове Повеље, који прописује следеће: "Ниједан слободан човјек неће бити убијен или затворен, или лишен својих права или имовине, или стављен ван закона или прогнан, или на било који начин лишен свог положаја, нити ћемо ми против њега употрејибити силу или упутити друге да то учине, осим на основу законите пресуде".²² У XIII вијеку "слободни људи" били су углавном феудалци. У каснијим вијековима појам "слободан човјек" односио се на све људе без обзира на њихов положај.

Идеје и принципе Велике повеље допуњује нешто касније и *Petition of rights* из 1628. године која исто тако предвиђа да нико не смије бити ухапшен и задржан у затвору без суђења и судске пресуде донијете у законском поступку. Много важнији од ових аката је био чувени *Habeas corpus act* из 1679. године који је штитио личност и слободу човјека од самовоље управе и судства у поступку лишења слободе човјека и трајања притвора. По важности ништа не заостаје ни *Bill of rights* (Закон о правима) из 1689. године који поред личне заштите човјека прописује и гарантује и нова, политичка права. Ова нова политичка права односила су се на: право на подношење петиције краљу, право посланика на слободу говора у Парламенту, слободне парламентарне изборе и др.

Велика повеља слобода, иако није у потпуности штитила права и слободе за које се залагала, била је израз прве борбе и тежње да се ограничи самовоља владара. Вијековима су је многи сматрали за прву универзалну декларацију о људским правима и слободама јер је била инспирација у борби за владавину права.

У англосаксонским земљама Велика Повеља се сматра основним правним и политичким документом, те се нерјетко може наићи на мисао да "цјелокупна уставна историја Енглеске није ништа друго до коментарисање Велике повеље слобода. Она и данас формално сачињава уставни систем у Енглеској, а САД из ње извлачи правне и политичке корјене свог устројства. Дванаест чланова Повеље (1,9,13,20-23, 33,39-41,47) још увијек се сврставају у званичну збирку важећих прописа *English Statute Book*.²³

22 Ševko Kurtović, *Velika povelja o slobodama Engleske, 1215, prevod, u Temelji moderne demokratije, izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989)*, pripr. Dušan Mrđenović (Beograd: Iro Nova knjiga, 1989), 40-41.

23 Avramović, "Magna carta libertatum", 52.

4. ОДРЕДБЕ О ПОЛОЖАЈУ ЕНГЛЕСКЕ ЦРКВЕ

Иако су барони били иницијатори за доношење Повеље и они имали највише користи од ње, сама Повеља налази простора за гарантовање одређених права свим друштвеним слојевима.²⁴

Сама Повеља није написана само да би се бавила питањем слободе вјере. Она је на првом мјесту била скуп захтјева незадовољних племића против краља, те скуп приједлога и компромиса за рјешавање истих.

Међутим, анализом текста Повеље, може се наћи извјесна сличност истог са православним канонским правом. Лангтон као добар познавалац канонског права у свом раду на издавању Повеље користио је и западну, али и источну традицију канонског права. Три начела која налазимо у овој Повељи имају такав карактер. Прво начело је да Црква буде слободна; друго, да град Лондон и сви други градови и општине краљевства неометано уживају своја древна права и привилегије; и треће, да ниједан слободан човјек не смије бити лишен живота, слободе или имовине, осим по правној пресуди или по закону земље. Свако од њих било је под јаким утицајем канонског права, а посебно прво и треће. На друго је најјаче утицало римско грађанско право, које је сам Лангтон представљао у земљи којом је тада доминирало, настајало и развијало се обичајно право.²⁵

Нарочит значај ове Повеље је свакако у томе што ће, у вјекovima који ће доћи, бити темељ за заштиту вјерских слобода у Енглеској и земљама широм свијета.

О значају који је Велика повеља имала већ по доношењу, говори чињеница да ју је само послѣје два мјесеца папа Иноћентије III, својом Булом од 24. августа 1215. године, ставио ван снаге, сматрајући је "срамним, илегалним и неправденим документом".²⁶

Папа се противио нарушавању старог римског принципа о невезаности краља правном нормом и не прихватање идеје *princeps legibus solutus*, што би се временом посредно одразило и на његов положај.

Сама Повеља већ на почетку храбро иступа са потврдом "вјечне слободе" за енглеску цркву. То је изражено у чл. 1 Повеље и гласи: "Прво, пред

24 "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, ... nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae" (чл. 39 и чл. 34) говоре о слободним људима уопште, а не искључиво о баронима. Оваква формулација није имала онако широк класно-политички домаћај како би то данас могло изгледати и како се у каснијим тумачењима придавао овој Повељи, али је ипак добила универзално значење, какво у моменту настанка није имала. *Ibid.*, 50-51.

25 Noel Cox, „Stephen Langton, Magna Carta and Church Law“, *Paper presented at Magna Carta and the Antipodes*, Wellington, New Zealand, 29 June 2008 https://www.researchgate.net/publication/283652631_Steph_en_Langton_Magna_Carta_and_Church_Law 21.12.2022.

26 Avramović, "Magna carta libertatum", 51.

Богом (смо) подарили, и овом повељом потврдили, у наше име и у име наследица наших, да Енглеска Црква буде вјечно слободна и да ужива своја неокрњена права и своје неумањене слободе. Да ми желимо да то буде тако, потврђује чињеница да смо ми својевољно прије избијања садашњег сукоба између нас и наших барона, подарили и повељом потврдили слободу црквених избора- право које се сматра најнеопходнијим и најважнијим за њу – и учинили да то потврди и папа Инокентије III. Ту слободу ми ћемо поштовати и желимо да је и наши наследици поштују у доброј вјери на вјечна времена.”²⁷

Мијешање владара у црквене послове није била новина у Енглеској, то је била пракса у свим средњовјековним земљама. Заправо, то је понекад било због обостраног интереса. Онда када би владари утицали на избор црквених великодостојника, то би доводило до сукоба владара и Цркве. Зато се у Повељи гарантује и ”слобода црквених избора”.

За своје вријеме ова одредба се чини невјероватном, али се ипак слаже са западним и хришћанским размишљањем. Први члан је написан у контексту тросмјерне борбе за самосталност енглеске цркве од стране Рима и папе, али исто тако и од стране краља и неких чланова племства. Чини се да је ова одредба више усмјерена против мијешања краља у црквене послове и чињенице да су се и многи црквени великодостојници придружили у побуну против краљеве самовоље. Енглеска црква ће од тада тежити за већом независношћу у односу на римску цркву. То ће резултирати потпуном одвојеношћу из окриља папске ингеренције у вријеме Хенрика VIII 1534. године.

Изражена тежња за слободном и самосталном енглеском црквом, за папу је била неприхватљива. Иако је у састављању саме Повеље учествовао и сам надбискуп кентеберијски Стефан, папа ју је својом Булом поништио.

Ипак, први члан ове Повеље остаће као храбар преседан за будуће вјерске слободе у Европи. Нарочито у XVI вијеку, у вријеме Реформације, када се у Европи осјећа потреба за вјерским слободама и борбом за независношћу у односу на Римску цркву и папу.

Када су у питању казне, црквени клир је имао извјесне привилегије. О томе говори чл. 22 ове Повеље. Њиме се ограничава новчана казна на вриједност приватне имовине у власништву свештенства или неког од црквених редова. ”Глоба која се тиче свјетовне имовине свештеника, припадника светог реда, биће одређена, не узимајући у обзир вриједност његовог црквеног посједа.”²⁸

27 Kurtović, *Velika povelja o slobodama Engleske, 1215, prevod*, 36.

28 *Ibid.*, 39.

То је значило да се казна ограничавала на приватну имовину у власништву црквених службеника, на вриједност одређене личне имовине, без упућивања на цјелокупну вриједност црквеног посједа у краљевству. То опет значи да се не процјењује цјелокупно власништво цркве у краљевству, какву је праксу енглеска монархија настојала да наметне, с обзиром на богатство које је црква у то вријеме посједовала. Овај својеврсни имунитет енглеског свештенства биће потврђен и сачуван и у наредним вјековима енглеског краљевства.

Сљедећи члан, који се тиче регулисања статуса цркве и њених ингеренција у енглеском друштву, био је чл. 27. по коме је цркви повјерена брига по питању одређивања наслеђства без тестаментa. Тај члан је овако гласио *"Ако слободан човјек умре без тестаментa, његову покретну имовину ће раздијелити, под контролом цркве, његови најближи рођаци и пријатељи."*²⁹

Ова одредба је вјероватно сачувала већ постојећу праксу, која је у то вријеме била примењивана у већини земаља у Европи. Цркви је у средњем вијеку било повјерено старање о брачном и наслеђном праву. Неријетко се дешавало да умрли нису имали наслеђнике, па се његова заоставштина додјељивала цркви, чиме је она проширивала своје посједе, а тиме и јачала у друштву.

Радећи на помирљивој политици, смиривању тензија и амнестији лица који су били у сукобу са круном, у Повељи се обећава *"потпун опрост за сваку злобу, увреду или инат"* према владару. Одредба о амнестији се налази у чл. 62 ове Повеље и у потпуности гласи овако: *"Ми заборављамо и свима потпуно опраштамо сваку злобу, увреду или инат што су се збили између нас и наших поданика, свештеника и лаика, од избијања сукоба. Поврх тога, ми потпуно заборављамо, и, што се нас тиче, такођер, опраштамо свим свештеницима и лаицима сваки прекршај који је, као посљеђица реченог раздора, почињен између Ускрса године шеснаесте наше владавине и успостављања мира."*³⁰

Круна опрашта свима па и свештеницима који су били на страни побуњеника. Рад на помирењу са црквом и њеним клиром, како смо из претходног излагања видјели, од великог је значаја за енглеску монархију. Енглеска је у потпуности била потчињена папској власти, а папа је имао велики утицај на све сталеже у тој земљи. Зато су добри односи са Римом значили добро и енглеској круни.

²⁹ *Ibid.*, 39.

³⁰ *Ibid.*, 45.

Но, и поред покушаја краља Јована да се Повељом ријешу криза између њега и папе, одредбе у њој су биле превише либералне када је у питању статус енглеске цркве.

И у посљедњем члану ове Повеље, поново се потврђује слобода енглеске цркве. Чл. 63 понавља тежњу за мањим утицајем папске власти па каже: *"Наша је, дакле, жеља и наредба да енглеска црква буде слободна."*³¹

Поставља се питање, зашто су папи сметале одредбе ове Повеље које су се тичале енглеске цркве, када је иза њих стајао његов послушник надбискуп Стефан. Папа је с правом сумњао у искреност и добру вољу краља Јована који је Повељом хтио да ријешу питање статуса цркве. Краљ са својим одредбама није мислио да енглеска црква буде независна од Рима, јер му је са папом требао мир. Слободу цркве треба разумјети у смислу немијешања круне у црквене послове. Али било како било, за папу ова Повеља није имала правну снагу, те ју је својим декретом поништио.

Без обзира што и папа и барони нису видјели у овој Повељи трајно рјешење проблема са круном, она је посијала клицу из које ће у наредним вјековима изнићи слободарски покрети широм Европе, па и шире.

Поред анализираних одредаба у овој Повељи, који се искључиво тичу положаја цркве и вјерских слобода, и други чланови у којима се потврђују и проширују привилегије племства и народа, односили су се свакако и на свештенство. Одредбе о судским поступцима, о заштити од незаконитог одузимања робе или лица и поштовање имовинских права односили су се на *"све људе нашег краљевстава, било свештенство или лаике."*

5. ЗАКЉУЧАК

Примарни циљ доношења Велике повеље био је да се заштите интереси барона и ограничи круна у њеним финансијским захтјевима према њима. Међутим, њеним одредбама ријешени су и захтјеви нижег и средњег племства, грађана и трговаца, а исто тако и питање статуса енглеске цркве и вјерских слобода.

Специфичност владавине анжујских краљева у Енглеској је била у томе што су они у континуитету искориштавали феудална права. Високе судске глобе и коришћење права патроната биле су својствене свим претходницима краља Јована. Разлика је била у мјери тог искориштавања од стране владара. Тако да побуна која је избила 1215. г. није била усмјерена само против краља Јована и његових злоупотреба, већ против цјелокупног ан-

³¹ *Ibid.*, 45.

жујског управног система. Циљ протеста је био ограничити и успоставити контролу над краљем и његовом управом

Притиснут од стране барона и због великих финансијских потешкоћа, енглески краљ Јован Без Земље, пристао је да се састане са устаницима на пољани која се звала Ранимид (*Runnymede*) на јужној обали ријеке Темзе и после је исцрпних расправа, 15. јуна 1215. године, својим великим печатом потврди да ће прихватити захтјеве незадовољних барона.

Нажалост, судбина ове Повеље као и привидног мира краља и барона учинила је да они не трају дуго. После је два мјесеца од доношења Повеље, папа Иноћентије III, својом Булом од 24. августа 1215. године, ставио ју је ван снаге, сматрајући је "срамном, илегалном и неправдном." Реакција папе говорила је колики је значај имала ова Повеља, јер је са собом носила прогресивну идеју слобода за коју Рим није био спреман.

Главни креатор Повеље, а као посредник између сукобљених страна, био је новоизабрани надбискуп Стефан Лангтон. Његов утицај на одредбе Повеље може се наћи у одредбама које се тичу цркве и свештенства, али и у оним дијеловима Повеље који говоре о крсташким повластицама краља.

Повеља већ у првом члану потврђује "вјечну слободу цркве" и гарантује "слободу црквених избора". Ова одредба, иако сагласна духу времена у коме је настала, ипак, храбро иступа са тежњом да се црква ослободи од мијешања круне у њене послове. Слобода од круне с једне стране, али и борба енглеског друштва да се црква ослободи од претјераног утицаја папе и римске цркве. Зато не чуди што је прокламовање ових слобода у Повељи било неприхватљиво папи који је реаговао суспензијом исте. Папа је имао на то право јер му се краљ Јован заклео на вјерност, а Енглеску ставио у вазални положај према Римској цркви. Па ипак, то неће спријечити сљедећа покољења да у потпуности изборе независност енглеске цркве какав статус она има и данас.

Значај ове Повеље за цркву је и у томе што се њоме штити право имовине која је била у њеном власништву. У случају глобе коју је требало свештено лице да плати, процјена те имовине није била вриједност црквеног посједа већ личне имовине клирика. Ово је било правично рјешење када се узме у обзир да су владари имали претензије на многобројне црквене посједе које је она имала у краљевству. Цркви се поново потврђује значајна улога у друштву, нарочито у рјешавању оставинских питања. Она је вршила контролу расподеле наслједства без тестамена, залагала за амнестију оних који су се огријешили о круну и борила се за постизање мира у цијелом краљевству.

Према одредбама Велике повеље, уопште, могло се наслутити да у Енглеској наступа вријеме владавине права. У њима се прокламују слободе и равноправност, а краљ се исто тако обавезује на правичност према својим поданицима. Правне норме су сада обавезујуће како за владара, тако и за „*све људе краљевстава, било свештенство или лаике.*”

Овакав правни поредак свакако није заживио доношењем ове Повеље, не само због њеног кратког трајања, већ зато што у друштву у коме је круна имала сву моћ није ни могло бити говора о демократској владавини. Важност ове Повеље је у томе што ће она бити инспирација у сљедећим вјековима онима који ће се борити за правичност и слободу, а самим тим и владавину права.

Ове малобројне, али значајне одредбе Велике повеље, у којима се регулише правни положај енглеске цркве, као слободне цркве, биће такође инспирација за неке нове борбе у оставривању вјерских слобода, нарочито у XVI вијеку, у вријеме Реформације.

О значају овог средњовјековног правног акта, можда најбоље говори и то што се у англосаксонским земљама Велика повеља слобода сматра основним правним и политичким документом, те се неријетко може наићи на мисао да цјелокупна уставна историја Енглеске није ништа друго до коментарисање Велике повеље слобода. Она и данас формално сачињава уставни систем у Енглеској, а САД из ње извлаче правне и политичке коријене свог устројства.

ЛИТЕРАТУРА

- Avramović, Sima, "Magna carta libertatum" u *Temelji moderne demokratije, izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989)*, prir. Dušan Mrđenović, 47-53. Beograd: Iro Nova knjiga, 1989.
- Holt, James. *Magna Carta, second edition*. London: Cambridge University Press, 1995.
- Jones, J.A.P. *King John and Magna Carta*. Harlow: Longman, 1983.
- Kurtović, Ševko, „Velika povelja o slobodama Engleske, 1215, prevod“, u *Temelji moderne demokratije, izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima (1215-1989)*, prir. Dušan Mrđenović, 35-45. Beograd: Iro Nova knjiga, 1989.
- Maršavelski, Aleksandar, "Magna karata i počeci engleske ustavnosti", *Pravnik, časopis za pravna i društvena pitanja, XL, 83 (2006): 105-122.*
- Turner, Ralph. *Magna Carta through ages*. Harlow: Pearson Longman 2003.
- Аврамовић, Сима, Војислав Станимировић. Упоредна правна традиција, четврто издање. Београд: Службени гласник, 2009.

- Kurtović, Šefko, "Magna karta i njezina ustavno-pravna analiza", u *Studije i članci iz opće povijesti prava i države, druga knjiga*, 1-43. Zagreb: Autorska naglada, 2002.
- Kurtović, Šefko. *Hrestomatija opće povijesti prava i države knjiga prva, stari i srednji vijek*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1999.
- Шаркић, Срђан, *Општа историја државе и права*. Београд: Драганић, 2008.
- Ambler, Sophie, 'The Church and Magna Carta in the thirteenth century', in *Magna Carta: history, context and influence*, ed. Lawrence Goldman, 41-50 London: Institute of Historical Research University of London Press, 2018.
- Cox, Noel, „Stephen Langton, Magna Carta and Church Law“, Paper presented at Magna Carta and the Antipodes, Wellington, New Zealand, 29 June 2008 https://www.researchgate.net/publication/283652631_Stephen_Langton_Magna_Carta_and_Church_Law 21.12.2022.

LEGAL POSITION OF THE CHURCH OF ENGLAND IN THE PROVISIONS OF THE GREAT CHARTER OF FREEDOM FROM 1215.

Željko Teofilović³²
Serbian Orthodox Church in Brod

Summary: *The paper deals with the analysis of the provisions on the position of the Church of England in one of the oldest constitutional documents. Circumstances in which this legal act is adopted. Its consequences for both English society and legal systems in other countries. The Great Charter of Freedoms from 1215, as such, represents a universal declaration on human rights and freedoms. Its provisions will serve as an inspiration in the coming centuries to all those who fight for the preservation of these basic human values.*

The provisions on the position of the Church of England are very important for the further course of the destiny and status of this Church. In those provisions, the idea of a free church, an autonomous organization with the right to freely choose the clergy without the influence of the ruler and the Roman Pope, is born. That is why the Roman Pope Innocent III will suspend it with his Bull, considering it illegal and shameful. Regardless of the short period, which was only two months, that the Charter was in force, it remained as a basis in the new struggles between the estates and the crown, for the legal order in English society. Some of its norms are still found today in the legal system of Anglo-Saxon law.

Key words: *Great Charter of Freedom, Barons, King John without Land, Church of England, Freedom of the Church.*

32 Master of Laws, PhD student at the Faculty of Law, University of Banja Luka, priest of the Serbian Orthodox Church in Brod, teofan012@gmail.com.

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ПОЛОЖАЈ ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЈЕРИОЦА У
ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУИгор Шукало¹

Скупштина Града Бања Лука

Апстракт: *Савремена привреда незамислива је без института хипотеке. Хипотека је најважније стварноправно средство обезбјеђења потраживања и средство мобилизације капитала. Тек након свеобухватне реформе стварног права у Републици Српској законодавац је детаљно уредио овај значајан институт грађанског права. Ипак, и код нас и у свијету се дешава да потраживања осигурана хипотеком не буду уредно враћена и хипотекарни повјериоци морају судским путем да затраже заштиту својих права односно намирење из вриједности предмета хипотеке. Иако се чини да су хипотекарни повјериоци потпуно заштићени, посебно након увођења обавезне нотарске обраде свих исправа везаних за промет непокретности, у паркси свједочимо разним проблемима у погледу намирења хипотекарних повјерилаца.*

Кључне ријечи: *Хипотека, непокретност, извршни поступак, наплата потраживања.*

1. УВОД

Свједоци смо да се ријеч кредит врло често користи у свакодневном животу и привредним кретањима. Након окончања процеса распада бивше Југославије новонастале државе, укључујући и нашу, нашле су се у позицији да граде друштвене, политичке и економске односе на сасвим новим принципима и правилима. Процес који популарно називамо „транзиција“ започео је афирмацијом приватне својине што је суштинска разлика у односу концепта права својине у социјалистичком државно-правном уређењу.

Приватна својина коју државе гарантују уставом и законима омогућила је да се друштвено-економски односи подигну на један нови ниво и да

¹ Мастер права, секретар Скупштине Града Бања Лука, igorsukalo82@gmail.com.

се посебна улога да банкама. Банке су постојале и у бившој држави али су биле у државном власништву и само кредитно тржиште било је под директним утицајем државе. Након што су на наше тржиште ушле банке са страним капиталом пред законодавцем се нашао озбиљан задатак да донесе прописе којима би правни систем прилагодио новим околностима и регулисао тзв. кредитно тржиште. Поред промјена које су диктиране привредним кретањима и процес рјешавања стамбених питања становништва (велики број расељених лица послје ратова али и миграције село-град) условио је да кредити постану доминантан начин финансирања наведених потреба.

Развој савремене тржишне привреде је очигледно незамислив без кредита, а да би се кредитима постигла сврха однос између даваоца кредита и корисника истог мора бити правно уређен односно учесницима кредитног односа морају се дати гаранције у виду обезбјеђења њиховог односа и ту на сцену ступа хипотека. Хипотека је један од облика заложног права коју су познавали и стари правни системи, а као и остала заложна права спада у стварна права и изводи се из права својине.

Основна сврха постојања института заложног права је обезбјеђење наплате потраживања и намирење повјериоца из вриједности залоге ако обезбјеђено потраживање не буде плаћено до доспјелости. Заложно право је институт који обухвата различите односе код којих се са једне стране налази заложни повјерилац, а са друге сви остали субјекти у које спадају дужник или власник ствари, други заложни повјериоци итд.

Средства обезбјеђења имају циљ да појачају повјерење повјериоца у солвентност дужника али и да објезбиједe принудну наплату потраживања.² Средства обезбјеђења потраживања могу бити лична (персонална) и стварна (реална). У периоду социјализма стварна (реална) средства обезбјеђења потраживања била су занемарена у односу на лична. Стварна (реална) средства обезбјеђења потраживања дјелују *erga omnes*, а хипотека је од свих реалних средстава обавезујућа потраживања увијек имала највећи друштвени значај.

Законодавац се у претходном периоду кроз реформу закона из области стварног права бавио хипотеком као најзначајнијим средством осигурања потраживања јер је јасно да ниједан инвеститор неће улагати новац у земљу у којој не постоји макар елементарна правна сигурност, а чији је дио и наплата потраживања. Врло често се дешава да се потраживања не наплате

² Лична средства обезбјеђења потраживања су уговорна казна, јемство, одустаница, али и мјеница, авали банкарска гаранција. У савременим правним системима који прате развој привреде и привредних односа већи значај имају реална средства обезбјеђења потраживања (капара, кауција, задржавање права својине, ретенција, фидуција, хипотека и ручна залогa).

редовним путем па се хипотекарни повјериоци онда наплаћају у извршном поступку, гдје је њихов положај ипак повољнији у односу на остале повјериоце. Извршни поступак би трабао да обезбједи брзу и ефикасну наплату потраживања хипотекарног повјериоца јер у супротном заложно право као инструмент обезбјеђења потраживања нема практичну сврху.

2. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ХИПОТЕКЕ И НАЧИН НАСТАНКА

Ријеч хипотека³ потиче из грчког језика, а први пут је поменута у Закономима Солона из 594 године п.н.е.⁴ Хипотека је стварно право на туђој непокретној ствари која овлашћује хипотекарног повјериоца да, ради наплате доспјеле тражбине, захтијева продају хипотековане непокретности на законом одређени начин, без обзира у чијој се државини и својини ствар налази у моменту продаје и да из добијене вриједности наплати своје потраживање прије обичних повјерилаца и прије хипотекарних повјерилаца са каснијим рангом⁵.

Институтом хипотеке штити се заложни повјерилац јер се хипотеком осигурава наплата потраживања у пуном износу, због по правилу веће вриједности предмета хипотеке од вриједности потраживања. Са друге стране хипотека омогућава дужнику да заложити своју непокретну ствар и на тај начин обезбједи себи новчана средства (кредит), док исту ствар задржава у својој државини и користи је (нпр. издаје под закуп), те на тај начин лакше отплаћује своја дуговања. Кредитна способност физичког или правног лица условљена је између осталог и вриједношћу непокретности чији је власник, а могућност њиховог залагања основ је за даљу мобилизацију капитала, привредну активност и сл.

Ради се о акцесорном праву⁶, које не може постојати самостално без потраживања као главног права, чијем обезбјеђењу служи. Дакле, хипотека као заложно право не постоји сама за себе већ подразумијева постојање

3 Ријеч хипотека је грчког поријекла (*hypo*-испод и *tithemi*- ставити, ставити ствар под нечију власт). Термин хипотека се користи и у упоредном праву (француско, њемачко, италијанско право, а у енглеском праву се користи назив „*mortgage*“).

4 Солон, један од седам грчких мудраца, увео је слободу завјештања имовине по своме нахођењу, те је у циљу превођења обезбјеђења из личне у имовинску одговорност, увео да се на имањима дужника постави стубић са натписом да то имање служи као обезбјеђење права повјериоца у новчаном износу. Милош В. Јанковић, *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарних трансакција*, (Београд: Универзитет Унион, 2016), 7.

5 Мирослав Лазић, *Права реалног обезбјеђења* (Ниш: 2009), 103. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања* (Београд: 2015), 225.

6 Обрен Станковић и Миодраг Орлић, *Стварно право*, (Београд: Номос, 2004), 239.

облигационоправног односа из којег произилазе одређана права и обавеза за повјериоца и дужника (нпр. уговор о кредиту) и правног односа стварноправног карактера који се заснива ради осигурања потраживања из претходног правног односа. Заснивањем хипотеке не мијења се суштина облигационоправног односа обезбијеђеног хипотеком али се исти ојачава и смањују ризици инсолвентности дужника.⁷ Једна од основних предности хипотекарног повјериоца је да за разлику од обичних повјерилаца, код принудног намирења потраживања има могућност да бира између два правна захтјева: облигационоправног, који је уперен према имовини дужника, и стварноправног, који је усмјерен према хипотекованој ствари.

Битно је истаћи да Закон о стварним правима у Републици Српској - ЗСП⁸ у члану 139. прописује да се хипотеком може осигурати само новчано потраживање, а најчешће се хипотеком осигурава потраживање (зајам) дато за изградњу стамбених објеката, доградњу или реконструкцију непокретности.

Хипотека је бездржавинско заложно право, настаје уписом у јавну евиденцију непокретности и због тога је уређење и ажурност евиденција непокретности од великог значаја за остваривање сврхе хипотеке.⁹ Упис у јавне регистре непокретности има конститутиван карактер код хипотеке као стварног права на туђој ствари. Дејство стицања наступа извршењем уписа, а правни учинци од тренутка када је примљен захтјев за упис. Правни основ за стицање хипотеке може бити уговор (уговорна хипотека)¹⁰, заложна изјава (једнострана хипотека)¹¹, одлука суда (судска хипотека)¹² или закон (законска хипотека)¹³.

7 Илија Бабић, Душко Медић, Енес Хашић, Мелиха Повлакић и Лариса Велић, *Коментар закона о стварним правима Републике Српске* (Сарајево: Привредна штампа, 2011), 448.

8 Закон о стварним правима, „Службени гласник Републике Српске“, број 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16- Одлука УС РС и 107/19.

9 Хибер, Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања*, 226.

10 Уговор о давању у залог (уговор о хипотеци) је уговор којим се дужник или треће лице обавезује да ради оснивања заложног права, дозволи повјериоцу да своје заложно право упише у јавни регистар непокретности као терет одређене ствари или права, а повјерилац се обавезује да учини све што је потребно да би се заложно право избрисало из јавног регистра непокретности након што потраживање повјериоца буде исплаћено. в. чл. 147. ЗСП.

11 Једнострана хипотека је начин стицања залоге коју познаје правни систем Србије. Настаје на основу изјаве воље власника непокретности- заложне изјаве.

12 Судска хипотека се заснива на начин сличан као и уговорна хипотека, уписом у јавне евиденције. Разлика је у правном основу, односно чињеници да је правни основ код судске хипотеке правоснажна и извршна одлука суда. ЗСП прописује да се судско заложно право заснива на основу одлуке суда у поступку принудног осигурања потраживања.

13 Законска хипотека настаје моментом када се испуне услови за њен настанак, а настаје по сили закона и има за циљ да заштити општи интерес, нпр. у случајевима неплаћања пореских дугова.

Закон о нотарској служби у Републици Српској¹⁴ прописује обавезну нотарску обраду исправа које се односе на пренос или стицање права својине и других стварних права на непокретностима.¹⁵ Уговор о залагању непокретности (уговор о хипотеци) мора бити сачињен у облику нотарски обрађене исправе и само такав уговор по важећем законодавству представља правни основ *iustus titulus* за стицање хипотеке. Нотар је дужан да приликом сачињавања уговора о хипотеци утврди праву вољу старанка, те да неку странку поучи.¹⁶ Уговор о хипотеци не може садржавати одредбе које су супротне природи залога, те су такве одредбе ништаве. Забрањена је и тзв. *lex commisoria* односно одредба уговора о хипотеци по којој би заложена ствар прешла у својину хипотекарног повјериоца ако дуг не би био плаћен о доспјелости¹⁷.

3. КРАТАК ИСТОРИЈСКИ ОСВРТ НА ПРАВНИ РЕЖИМ ХИПОТЕКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Прије реформе стварног права у Републици Српској, односно доношења ЗСП-а, правни режим заложног права заснивао се на нормама закона који су наслијеђени из бивше државе. Заложно право у социјализму било је потпуно маргинализовано јер функционисање привреде није било везано за реалне тржишне критеријуме. Може се рећи да је заложно право у Краљевини Југославији било развијеније и значајније у односу на период после Другог свјетског рата упркос правном партикуларизму. На подручју данашње Босне и Херцеговине, Хрватске и Словеније претежни утицај имало је аустријско право, док се на подручју Србије примјењивао Српски грађански законик из 1844. године - СГЗ¹⁸. У бившој СФРЈ до 1980. године и доношења Закона о основним својинскоправним односима – ЗОСПО¹⁹ примјењивала су тзв. „правна правила“ предратног права у складу са Законом о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријетелске окупације.²⁰ Након неуспјешних покушаја

14 Закон о нотарској служби у Републици Српској „Службени гласник Републике Српске“, број 28/21. 15 Чл. 57.ст. 4. Закона о нотарској служби у Републици Српској.

16 Мелиха Повлакић, *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини* (Сарајево: 2009), 241.

17 Противна је јавном поретку и као таква ништава одредба уговора према којој заложена ствар прелази у власништво зајмодавца, ако зајам не буде враћен у року, Врховни суд Хрватске, бр. Гж-3499/78 од 8.5.1979. године, в. Душко Медић и Хасо Тајић, *Судска пракса из стварног права*, друго издање (Бања Лука: 2008), 675.

18 Српски грађански законик- Грађански законик за Краљевину Србију, текст од 11.03.1944. године.

19 Закон о основним својинскоправним односима, „Службени лист СФРЈ“, број 6/80 и 30/90.

20 Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријетелске окупације, „Службени лист СФРЈ“, број 86/46.

кодификације грађанског права напредак је било и усвајање ЗОСПО који је регулисао хипотеку.²¹ Закон је садржавао мало одредаба које су уређивале институт хипотке али које су биле последица времена и друштвеног уређења у тренутку његовог доношења.²²

Прије доношења ЗСП-а у Републици Српској се, поред ЗОСПО-а који је уређивао хипотеку као заложно право, примјењивао и Закон о облигационим односима²³ који је уређивао заложно право на покретним стварима и правима па је постојала потреба да се институт заложног права уреди једним законом, што је и учињено²⁴. Међутим, постоје одређене примједбе које указују да је законодавац приликом нормирања требао хипотеку одвојити од заложног права на покретним стварима јер овакав начин уређења ствара проблеме у примјени закона у пракси. Многи правни писци сматрају да је у Републици Србији, направљен велики искорак у правном режиму хипотеке усвајањем посебног закона који је уредио заложно право на непокретностима - Закон о хипотеци-ЗХ²⁵.

4. ПРЕДМЕТ ХИПОТКЕ

Закон о стварним правима прихватио је концепт јединства непокретности односно реафирмисао начело *superficies solo cedit*, што има последице и на институт хипотеке.²⁶ У том смислу предмет хипотеке могу бити индивидуално одређене непокретности.²⁷

Предмет хипотеке могу бити непокретне ствари које се налазе у правном промету²⁸ и о којима се воде јавне евиденције непокретности. Правило да ствари ван промета не могу бити предмет хипотеке је логична последица саме сврхе хипотеке као стварноправног средства обезбјеђења потраживања јер се ствари ван промета не могу уновчити па самим тим није могуће

21 Чл. 63-69. ЗОСПО.

22 Милош Живковић, *Хипотека и земљишни дуг, Промене стварног права у Србији*, Институт за упоредно право, (Београд: 2004), 159. и даље.

23 *Закон о облигационим односима* („Службени лист СФРЈ“ ,број 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, број 17/93, 03/96, 39/03 и 74/04).

24 Чл. 139-185. ЗСП.

25 *Закон о хипотеци*, «Службени гласник Републике Србије», број 115/2005, 60/2015, 63/2015 – Одлука Уставног суда и 83/2015.

26 Непокретности су честице земљишне површине, заједно са свим оним што је са земљиштем трајно спојено на површини или испод ње, ако законом није другачије одређено. Чл. 6. став 2. ЗСП РС.

27 Илија Бабић и Раденко Јогановић, *Грађанско право, књига 2, Стварно право* (Бања Лука: 2020), 285.

28 *Quod emptionem et venditinem recipit, etiam pignorationem recipere potest* – све што је предмет продаје може бити и предмет залог. Предмет хипотеке не могу бити ствари нити права на непокретностима које се не налазе у правном промету, као личне службености (непреносиво право), стварне службеност (неодвојиви супстрат повласног добра) или право прече куповине.

ни намирење. Изузетно, предмет хипотеке могу бити и одређене покретне ствари о којима се воде посебни јавни регистри (бродови, ваздухоплови итд.). Добра у општој употреби²⁹ као и јавна добра не могу бити предмет хипотеке јер она спадају под посебан јавноправни режим.

Хипотека се може засновати и на сувласничком дијелу непокретности без сагласности осталих сувласника уз одређене изузетке везане за сувласничке дијелове објеката у изградњи.³⁰ Ако се хипотека заснива на непокретности која је у заједничкој својини, као нпр. брачна имовина, потребна је сагласност свих заједничара јер предмет хипотеке у оваквим случајевима може бити само цијела ствар.

Предмет хипотке могу бити станови, пословни простори, гараже и посебни дијелови зграде. Право грађења³¹ исто тако може бити предмет хипотеке. Зграда која је изграђена или која буде изграђена на земљишту које је оптерећено правом грађења је припадност тога права као да је оно земљиште.³² Право грађења представља одступање од начела *superficies solo cedit* јер прави разлику између власништва на грађевини и власништва на земљишту,³³ односно ово начело овдје вриједи између права грађења и грађевине.

4.1. Хипотека на „објекту у изградњи“

Посебно занимљиво питање, актуелно у посљедњих десет година, јесте питање залагања објеката односно дијелова објеката (станова и пословних простора најчешће) у изградњи. Законодавац у Републици Српској није препознао залагање објеката у изградњи али смо свјedoци да се у пракси свакодневно закључују уговори о хипотеци чији је предмет објекат или дио објекта у изградњи.

За разлику од ЗСП-а, ЗХ је прописао да предмет хипотеке могу бити и објекат у изградњи и посебан дио објеката у изградњи под условом да је издато правоснажно одобрење за изградњу објеката.^{34, 35} Неки аутори сма-

29 Чл. 7. ЗСП.

30 Бабић и Јотановић, *Грађанско право, књига 2, Стварно право*, 287.

31 Ради се о ограниченом стварном праву на нечијем земљишту које овлашћује свог носиоца да на површини земљишта или испод ње има властиту зграду, а власник земљишта је дужан да то трпи. Право грађења је по својој правној природи изједначено са непокретношћу.

32 Чл. 286. ЗСП.

33 Петар Симонети (*Siminetti*), *Право грађења* (Сарајево: 1986), 12.

34 Чл. 3. ЗХ.

35 Овакве хипотке заснивају се уписом забиљежбе на земљишту на којем се објекат гради, па се тек након изградње по службеној дужности уписују као хипотека на згради или посебном дијелу зграде што практично значи да хипотека на земљишту конверзује у хипотеку на објекту или дијелу објекта изградњом објекта или његовим уписом у регистар. Све до наведеног тренутка конверзије хипотека на „објекту у изградњи“ се реализује уступањем уз накнаду правоснажног одобрења за

трају да је приликом прописивања оваквих одредби уважен притисак привредника и економска логика да могућност залагања неизграђених објеката и дијелова објеката повећава понуду и потражњу на тржишту али да је занемарено питање правне сигурности и питање начела *superficies solo cedit*.

Да ли се у пракси негира начело *superficies solo cedit* и да ли се негацијом истог проузрокује правна несигурност у правном систему Републике Српске? Како је могуће залогати објекат у изградњи или дио објекта у изградњи ако се не ради о стварима у правном промету? ЗСП дефинисао је шта чини непокретност па је јасно да зграда или дио зграде могу само пратити правну судбину земљишта. У погледу хипотеке то би требало да значи да предмет хипотеке не може бити зграда одвојена од земљишта или земљиште одвојено од зграде која је на њему изграђена. То практично значи да је предмет хипотке земљишнокњижно тијело као цјелина уписано у посебан земљишнокњижни уложак односно непокретност као цјелина уписана у књигу уложених уговора³⁶.

Уколико инвеститор упише хипотеку на земљишту, а у циљу обезбјеђења новчаних средстава за изградњу зграде, што је врло чест случај у пракси, да ли се дејство те хипотке протеже и на станове? Судска пракса је неуједначена и постоје случајеви гдје су судови заузели став да се таква хипотека односи само на земљиште, а не на станове који су касније изграђени.³⁷ Битно је напоменути да Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине-ЗСП ФБиХ³⁸ за разлику од ЗСП-а у Републици Српској препознаје располагање етажном својином у току градње односно прије изградње.³⁹

Заложно право се као и право својине стиче моментом уписа у одговарајућу јавну евиденцију непокретности, а купци стана у изградњи закључивањем уговора о купопродаји стичу само правни основ за упис и снос ризик коначног стицања и ризик да власник земљишта оптерети исто хипотеком која се протеже и на станове.

градњу и продајом уграђених ствари, те обавезом издаваоца одобрења за градњу да поништи старо и изда ново одобрење на име купца/прибавиоца којем је послје продаје уступљено.

36 Раденко Јотановић, „Етажна својина као предмет хипотеке у праву Републике Српске“, *Правни живот*, бр. 10 (2021): 297.

37 Р. Јотановић *ор. cit.*, 8.

38 Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ број 66/13, 100/13 и 32/19 Одлука УС.

39 Чл. 86. ст. 4. ЗСП ФБиХ.

5. ПОЛОЖАЈ ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЈЕРИОЦА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

5.1. Основне напомене

Хипотекарни повјерилац има право намирења из вриједности заложене ствари, а то своје право може остварити у парничном поступку, извршном поступку или поступку вансудског намирења. ЗСП не познаје институт вансудског намирења на непокретностима⁴⁰ и једине европске земље које су у своје законодавство уврстиле оваквav начин намирења хипотекарног повјериоца су Србија⁴¹ и Украјина. Вансудска извршна хипотека представља одступање од начела официјелности.⁴²

Законом о нотарској служби у Републици Српској прописано је да су нотарски обрађене исправе извршне исправе⁴³ уколико су сачињене у прописаној форми и о неком праву потраживања које за предмет има плаћање одређене суме новца, а дужник је у исправи пристао на извршење без одгађања. На основу нотарски обрађене исправе којом је у јавном регистру непокретности уписана хипотека на одређеној непокретности може се у сврху плаћања, непосредно након доспјелости, захтијевати извршење, ако је дужник изричито пристао, без даље активности суда.⁴⁴ Закон о извршном поступку у Републици Српској – ЗИП РС⁴⁵ регулише поступак намирења из вриједности залога, сходно начелу официјелности.

Ако уговор о хипотеци не садржи потребне елементе да би имао својство извршене исправе, хипотекарни повјерилац прије намирења мора да проведе парнични поступак у којем ће његово потраживање бити правоснажно утврђено.^{46, 47} Данас су такви случајеви у пракси јако ријетки.

40 У чл. 169. ЗСП прописано је вансудско намирење заложног повјериоца у случају када је предмет залога покретна ствар или право.

41 Чл. 15. ЗХ.

42 Слободан Стошић, *Реализација заложног права на непокретности*, (Београд: Мегатренд универзитет, 2015), 190.

43 У теорији се извршна исправа дефинише као појединачни правни акт којим се утврђује постојање потраживања, његова доспјелост и легитимација странака у ивршном поступку. в. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право* (Београд: 1999), 484.

44 Чл. 57. Закона о нотарској служби у Републици Српској.

45 Закон о извршном поступку „Службени гласник Републике Српске“, број 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 и 67/1, 98/14, 5/17- Одлука УС, 58/1- рјешење Уставног суда БиХ и 66/18.

46 Ненад Тешић, „О извршности заложне изјаве“, *Правни живот број 10* (2019), 491.

47 Ради се о хипотекарној тужби односно ствараноправној тужби која садржи захтјев за уновчење оптерећене непокретности и трпљење намирења обезбјеђеног потраживања из вриједности добијене тим уновчењем.

5.2. Хипотекарноправни однос

Хипотекарни однос је грађанскоправни однос између хипотекарног повјериоца и хипотекарног дужника, са једне стране и хипотекарног повјериоца и трећег лица, са друге стране.⁴⁸ Права хипотекарног повјериоца су осигурана уписом у јавне евиденције непокретности, а што представља заштиту од опасности које би могле настати недозвољеним правним располагањем хипотекарног дужника.⁴⁹ Смањење вриједности хипотеке постоји ако неком правном или физичком радњом власника ствари или трећег лица дође до умањења вриједности хипотеке.⁵⁰ У том случају једно од правних средстава које повјериоцу стоје на располагању је и право на пријевремену реализацију хипотеке које представља санкцију за штетно поступање власника према заложеној ствари, противно уговору и закону. Права која хипотекарни повјерилац има у случају смањења вриједности предмета хипотеке може користити од тренутка заснивања хипотеке па до момента доспјелости потраживања које се обезбјеђује.⁵¹

Основно право хипотекарног повјериоца је да се намири из вриједности хипотековане ствари, уколико хипотекарни дужник не испуни своју обавезу о доспјелости.⁵² У погледу непокретности која је предмет хипотеке ово право је и једино право хипотекарног повјериоца јер хипотекарни повјерилац нема право ни да непокретност употребљава, нити право да убире плодове, нити државину на ствари. Сва остала права хипотекарног повјериоца служе искључиво остварењу овог права.

Послије фазе осигурања, која траје од настанка до доспијећа осигураног потраживања, долази фаза намирења. Услови за реализацију права намирења су доспјелост потраживања, доцња дужника (*moradebitoris*) и избор намирења из хипотековане ствари. Доспјелост потраживања наступа у моменту када је према уговору или закону дужник дужан да испуни своју обавезу, а повјерилац овлаштен да тражи њено испуњење.

48 Душко Медић, *Хипотека и остала средства обезбјеђења потраживања, стање и правци развоја* (Бања Лука: 2005), 173.

49 Уколико хипотекарни дужник смањује вриједност заложене непокретности или на други начин доводи у опасност интересе хипотекарног повјериоца, повјерилац има право захтијевати да дужник престане са оваквим радњама и да се уздржи од истих. Хипотекарни повјерилац може да тражи од суда да нареди власнику или непосредном држаоцу, да престане са одређеним понашањем ако се због таквог понашања смањује вриједност хипотеке. Ако хипотекарни дужник и даље настави са радњама које иду на штету хипотекарног повјериоца, повјерилац може захтијевати принудну наплату потраживања осигураног хипотеком и прије доспјелости – тзв. девастациона тужба. чл. 165 ЗСП, чл. 19. ст. 1 ЗХ.

50 Чл. 165. ЗСП.

51 Бабић, Медић, Хашић, Повлакић, Велић, *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, 477-478.

52 Чл. 168. ст. 1. ЗСП.

Намирење продајом⁵³ предвиђено је и код судског, а реализује се кроз два стадијума односно продаја хипотековане ствари и наплата хипотекованог потраживања. Право намирења односи се на наплату цијелог потраживања које обухвата главни дуг, камате и трошкове реализације хипотеке.⁵⁴

Правом првенства (*ius prioritatis*) одређује се однос хипотекарног повјериоца и осталих повјерилаца хипотекарног дужника поводом објекта хипотеке. Ово право последица је рангирања ограничених стварних права поводом истог објекта. Хипотекарни повјерилац има право првенства у односу на обичне (хирограферне) повјериоце без обзира да ли је њихово потраживање настало прије или после његовог права потраживања.⁵⁵ Хипотекарни повјерилац има право да се наплати из вриједности која се добије продајом заложене некретнине без обзира да ли се некретнина налази у власништву и посједу хипотекарног дужника или је прешла у својину трећег лица – тзв. право сљедовања⁵⁶.

Хипотекарни повјерилац издаје брисовну дозволу на основу које се врши брисање хипотеке из јавних евиденција непокретности и то је његова основна обавеза. Брисањем хипотеке право својине хипотекарног дужника се поново успоставља и то у пуном обиму. Уколико хипотекарни повјерилац не да брисовну дозволу, хипотекарни дужник може користити тужбу за брисање уписа – брисовну тужбу⁵⁷. Хипотекарни повјерилац, као носилац субјективних права, обавезан је да се придржава опште забране злоупотребе права.⁵⁸

Власник предмета хипотеке није лишен својинских овлашћења а његова основна обавеза је да до момента реализације хипотеке чува ствар како не би дошло до смањења њене вриједности или отуђења исте. Власник и сваки непосредни држалац непокретности не смије физички мијењати предмет хипотеке (рушење, спајање) без писмене сагласности повјериоца. Власник и држалац хипотековане ствари морају са њом да поступају са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника. Обавеза трпљења намирења из вриједности хипотековане ствари је друга обавеза хипотекарног дужника. Право на остатак вриједности је право хипотекарног

53 Право продаје је овлаштење хипотекарног повјериоца да захтијева продају хипотекованог добра, како би новчано изразио вриједност предмета хипотеке.

54 Чл. 141. ст. 4. ЗСП.

55 Медић, *op.cit.*, 180-184.

56 *Ibid.*

57 Чл. 345. ЗСП.

58 Чл. 4. ЗСП.

дужника да му након наплате потраживања из вриједности хипотековане ствари припадне преостали дио вриједности.⁵⁹

ЗСП прописао је могућност располагања неизбрисаном хипотеком.⁶⁰ Наиме, прописано је да хипотека која није избрисана, а обезбјеђено потраживање је престало, може да се у року од 3 године од када је обезбјеђено потраживање престало пренесе на новог повјериоца, или ради обезбјеђења другог потраживања на старог повјериоца, до износа потраживања обезбјеђеног неисписаном хипотеком. Располагање неисписаном хипотеком могуће је у свим случајевима престанка хипотеке, осим када је до намирења дошло из вриједности заложене некретнине. Након што потраживање буде исплаћено, хипотека припада власнику некретнине, те је он може искористити да би осигурао неко друго потраживање. Власник неисписане хипотеке сада располаже високим мјестом у реду првенства, а што повећава његову кредитну способност. На мјесту неизбрисане хипотеке могуће је основати више хипотека, па чак и хипотека различитих повјерилаца али уз услов да њихов укупан збир не смије да пријеђе вриједност тражбине које је престала. Власник се овог права не може унапријед одрећи али ако се обавезо на брисање хипотеке унапријед и то је у јавној евиденцији забиљежено, не може располагати овим правом.⁶¹

5.3. Покретање и провођење извршног поступка

Извршни поступак покреће извршни повјерилац приједлогом за извршење на основу извршне или вјеродостојне исправе.⁶² Уз приједлог за извршење извршни повјерилац је дужан да достави и одређене прилоге⁶³. Уколико је предмет извршења непокретност која није уписана у јавну евиденцију непокретности тражилац извршења мора уз приједлог за извршење поднијети и исправе подобне да се на основу њих упише својина на непокретности у корист извршног дужника, а у том случају суд застаје са поступком и исправу просљеђује надлежном органу који води јавну евиденцију непокретности.⁶⁴

59 Ово право настало је у грчком и римском праву (*superfluum, hyperocha*), а прихваћено је и у савременим правним системима.

60 Чл. 181. ЗСП.

61 Душко Медић, *Ново стварно право* (Бања Лука: Паневропски универзитет Апеирон, 2011), 28.

62 Извршне исправе побројане су у чл. 23 ЗИП РС.

63 Прилози су докази о својини дужника, и из јавних регистара непокретности, исправе подобне за упис својине извршног дужника. У случају непокретности које нису уписане у јавну књигу потребно је доставити доказ о ванкњижној својини (грађевинска, употребна дозвола).

64 Заложни повјериоци намирују се у извршном поступку и ако нису поднијели приједлог за извршење, нити пријавили потраживање у извршном поступку. У случају да се послѣје стицања заложног права промијени власник непокретности, заложни повјерилац дужан је да у приједлогу назначи залогодавца као извршног дужника, а нови власник дужан је да трпи намирење на непокретности.

Иако је правни промет непокретности сада незамислив без улоге нотара и нотарске обраде правних послова ове врсте, не треба занемарити и низ недоумица и проблема који настају приликом извршења, а посљедица су рада или пропуста нотара. У случајевима када банка једнострано раскине уговор о кредиту, наводећи као разлог неуредно плаћање ануитета од стране дужника довољно је да се банка обрати нотару који издаје извршну исправу са клаузулом извршности без додатних провјера и без очитовања дужника. Питање камата, стварног дуга, посебно питање може ли банка једнострано раскинути уговор о кредиту, остаје неријешено.

О приједлогу за извршење одлучују у првом степену основни или привредни суд, а по жалби одлучује окружни суд или Виши привредни суд. Суд у извршном поступку одлучује у форми рјешења и закључака (о процесним питањима одлучује у форми закључака). Мјесна надлежност одређује према мјесту гдје се непокретност налази.⁶⁵ На рјешење о извршењу дозвољен је приговор⁶⁶. Посебно занимљива ситуација је када нотар приликом закључења уговора о хипотеци не утврди да је непокретност брачна имовина, односно када дужник прећути да је у браку. У извршном поступку се појављује брачни супружник који није дао сагласност за оптерећење непокретности која је предмет извршења, те приговором трећег лица оспорава право намирења из свог сувласничког удјела. Повјерилац у пракси има повољнији положај од дужника јер без обзира на право приговора на рјешење о извршењу⁶⁷ судови врло ријетко такаве приговоре усвоје. Обично се о приговору брзо одлучи и доставља рјешење, а ако је одбијајуће онда извршеник има право уложити жалбу. Жалба не одлаже извршење али у пракси обично суд сачека одлучивање по жалби.

Поступак извршења на непокретностима спроводи се забиљежбом извршења у земљишној књизи, утврђивањем вриједности непокретности, продајом непокретности и намирењем тражиоца извршења из износа добијеног продајом.⁶⁸ Прва извршна радња у поступку је упис забиљежбе извршења у јавној евиденцији непокретности којом се заснива право на намирење. Забиљежба има за циљ да идентификује предмет извршења. Уписом забиљежбе извршења реализује се начело повјерења у земљишне

65 Чл. 67. *ЗИП РС*.

66 Чл. 12. ст. 2 *ЗИП РС*.

67 Приговор на рјешење о извршењу не одлаже извршење.

68 Чл. 68. *ЗИП РС*.

књиге.^{69, 70} Забиљежба извршења има апсолутно дејство. Исто тако, циљ је да се забиљежбом осигура да тај предмет не претрпи физичке или правне промјене.⁷¹ Однос између више заложних права, судских или уговорних, одређује се према реду првенства односно моменту њиховог настанка. Заложна права односно хипотека стечена прије отварања извршног поступка односно прије уписа забиљежбе извршења имају ранг првенства приликом намирења из продајне цијене.

Тражилац извршења најчешће суду достави процјену вриједности непокретности и то ону која је урађена приликом заснивања хипотеке.⁷² ЗИП РС прописује да се вриједност непокретности утврђује вјештачењем и да се узима у обзир тржишна цијена непокретности у тренутку процјене. Суд може умјесто вјештачења податке о вриједности затражити и од надлежног органа пореске управе.⁷³ Приликом утврђивања вриједности непокретности водиће се рачуна и о томе колико она мање вриједи због тога што на њој остају одређена права и након продаје.

Након доношења закључка о утврђивању вриједности непокретности суд приступа продаји непокретности⁷⁴ путем усменог јавног надметања⁷⁵, а која се по правилу одржава у згради суда. У ситуацији гдје странке и заложни повјериоци имају право намирења истог или првенственог ранга они могу прије јавне лицитације одлучити да се продаја непокретности изврши преко лица овлашћеног за промет непокретности, извршиоца или другог лица. Уговор о продаји непосредном погодбом закључује се у обавезној писаној форми, а има дејство рјешења о досуди.⁷⁶ Лица која имају уписано законско или уговорно право прече куповине на непокретности која је предмет продаје имају предност над најповољнијем понудиоцем, под условом да након јавног надметања изјаве да купују непокретност под истим условима. На првом рочишту за јавну продају непокретност се не може продати испод једне половине утврђене вриједности, док се на дру-

69 Уколико неко лице након уписа забиљежбе извршења стекне право својине на одређеној непокретности не може се сматрати да је такво лице савјесно. Одлука о допустивости и меритуму АП 482/20 доступна на <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-482-20-1293255.pdf>.

70 На начело поуздања могу се позвати само свјесна лица. в. Радмила Ковачевић Куштримовић, *Стварно право* (Ниш: 2006), 465.

71 Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка* (Београд: 2012), 312-324.

72 Банке као најчешћи хипотекарни повјериоци траже од дужника да њихови процјенитељи прије закључења уговора о хипотеци, а и претходно уговора о кредиту, изврше процјену вриједности непокретности.

73 Чл. 80. ЗИП РС.

74 Закључак о продаји непокретности садржи начин и услове продаје, вријеме и мјесто јавног надметања.

75 У поступку лицитације могу учествовати само она лица која су дала обезбјеђење у скаду са чл. 86. ст. 3 ЗИП РС.

76 Чл. 84. ЗИП РС.

гом рочишту које се заказује у року од 30 дана од неуспјеле прве продаје, непокретност не може продати испод једне трећине.

5.4. Намирење

Суд приступа намирењу након доношења рјешења о досуди.⁷⁷ Из продајне цијене намирују се тражилац извршења, заложни повјериоци и, у случају када нису покренули извршни постуак, лица која оставрују право на накнаду за личне служности, док се вишак увијек враћа извршенику.⁷⁸ ЗИП РС је прописао редослијед намирења на начин да се прво морају намирити трошкови поступка па онда заложни повјериоци по реду првенства прије тражиоца извршења, тражилац извршења, заложни повјериоци чија се потраживања намирују послије тражиоца извршења и имаоци личних службености које се гасе.⁷⁹ Намирење потраживања, као што је надхипотека и других права која су терет права која се намирују, врши се такође према горе наведеном реду.

6. ЗАКЉУЧАК

Законодавац је реформом стварног права кроз један свеобухватан закон као што је Закон о стварним правима настојао да област стварног права реформише на један модеран начин, уважавајући захтијеве привредника и потребу превазилажења застрајелих института наслијеђених из бивше државе. Ипак, ЗСП се примјењује више од једне деценије и у пракси се појављују разни проблеми па и у вези са заложним правом на непокретностима. Хипотека као најважније стварноправно средство обезбјеђења потраживања своју сврху не може остварити само примјеном ЗСП, већ се на правни режим хипотеке и њену реализацију односе норме и других закона и подзаконских аката. Свакако су најважнији Закон о нотарској служби у Републици Српској и ЗИП РС. Законом о нотарској служби у Републици Српској законодавац је прописао да се сви правни послови везани за промет непокретности морају нотарски обрадити, а циљ овакве одредбе је правна сигурност и једнообразност у области промета непокретности. Врло је битно да уговор о хипотеци може да садржи извршну исправу и да хипотекарни повјерилац не мора водити дуготрајне парничне поступке ради добијања клаузуле извршности.

⁷⁷ Чл. 98. ЗИП РС.

⁷⁸ Чл. 97.

⁷⁹ Чл. 98. ЗИП РС.

Извршни поступак се дакле покреће на основу извршне исправе и заложни повјериоци се намирују без обзира да ли су они покренули поступак или је тражилац извршења неко други. Ипак, погрешно је схватање да хипотекарни повјериоци (најчешће банке) желе да „активирају хипотеку“ и да се намире и вриједности заложене непокретности. Банкама уопште није атрактивно намирење из вриједности предмета хипотеке, већ им је циљ да дужници уредно отплаћују своје обавезе. Без обзира што можемо рећи да је положај хипотекарних повјерилаца ЗИП Републике Српске уредио на начин да им осигура првенствени ред намирења, то не значи да ће се успјети потпуно намирити. Сам извршни поступак неоправдано дуго траје па је активирање хипотеке често коцкање са временом и средствима. Занимљиво је да цијене непокретности у посљедњих неколико година нагло расту, док куповна па и кредитна способност грађана и привреде пада, па се постваља логично питање да ли ће то значити застој и у кредитирању куповине истих. Свакако ће политички и фактори тржишта утицати да се у пракси појављује већи број извршних поступака на непокретностима па је потребно радити на ефикасности извршног поступка јер се само тако могу заштити хипотекарни повјериоци.

ЛИТЕРАТУРА

- Познић, Боривоје и Весна Ракић Водинелић. *Грађанско процесно право*. Београд: 1999.
- Медић, Душко. *Хипотека и остала средства обавезивања потраживања, стање и правци развоја*. Бања Лука: 2005.
- Медић, Душко. „Ново стварно право“, *Годишњак факултета правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“*, (2011).
- Медић, Душко и Хасо Тајић. *Судска пракса из стварног права*, друго издање. Бања Лука: 2008.
- Хибер, Драгор и Милош Живковић. *Обезбјеђење и учвршћење потраживања*. Београд: 2015.
- Бабић, Илија и Раденко Јотановић. *Грађанско право, књига 2 Стварно право*. Бања Лука: 2020.
- Бабић, Илија, Душко Медић, Енес Хашић, Мелиха Повлакић и Лариса Велић. *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*. Сарајево: Привредна штампа, 2011.
- Јанковић, Милош В. *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарних тржишта*. Београд: Универзитет Унион, 2016.
- Живковић, Милош. „Хипотека и земљишни дуг“, *Промене стварног права у Србији, Институт за упоредно право* (2004).
- Лазич, Мирослав. *Права реалног обезбјеђења*. Ниш: 2009.

- Повлакић, Мелиха. *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*. Сарајево: 2009.
- Бодирога, Никола. *Теорија извршног поступка*. Београд: 2012.
- Тешић, Ненад. „О извршности заложне изјаве“, *Правни живот број 10* (2019).
- Станковић, Обрен и Миодраг Орлић. *Стварно право*. Београд: Номос, 2004.
- Стошић, Слободан. *Реализација заложног права на непокретности*. Београд: Мегатренд универзитет, 2015.
- Ковачевић Куштримовић, Радмила. *Стварноправо*. Ниш: 2006.
- Јотановић, Раденко. „Етажна својина као предмет хипотеке у праву Републике Српске“, *Правни живот*, бр. 10 (2021).
- Симонети (*Siminetti*), Петар. *Право грађења*. Сарајево: 1986.
- *Закон о стварним правима* „Службени гласник Републике Српске“, број 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16- Одлука УС РС и 107/19.
- *Закон о нотарској служби Републике Српске* „Службени гласник Републике Српске“, број 28/21
- *Закон о хипотеци*, "Службени гласник Републике Србије", број 115/2005, 60/2015, 63/2015 – Одлука Уставног суда и 83/2015.
- *Закон о основним својинскоправним односима* „Службени лист СФРЈ“, број 6/80 и 30/90.
- *Закон о неважности правних прописадонијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације*, „Службени лист СФРЈ“, број 86/46.
- *Закон о облигационим односима* „Службени лист СФРЈ“ ,број 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, број 17/93, 03/96, 39/03 и 74/04.
- *Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине* „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ број 66/13, 100/13 и 32/19 Одлука УС.
- *Закон о извршном поступку Републике Српске* „Службени гласник Републике Српске“, број 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 и 67/1, 98/14, 5/17- Одлука УС, 58/1- рјешење Уставног суда БиХ и 66/18.
- *Основни закон о експропријацији ФНРЈ*, „Службени лист ФНРЈ“ број 28.
- *Закон о експропријацији ФНРЈ*, „Службени лист ФНРЈ“ број 12/57.
- Српски грађански законик- Грађански законик за Краљевину Србију, текст од 11.03.1944. године.
- Одлука о допустивости и меритуму АП 482/20 доступна на <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-482-20-1293255.pdf>.

POSITION OD MORTGAGE CREDITOR IN EXECUTIVE PROCEEDINGS

Igor Šukalo⁸⁰

Banja Luka City Assembly

Summary: *The modern economy is inconceivable without the existence of a mortgage. A mortgage is the most important real legal means of securing claims and a means of mobilizing capital. Only after comprehensive reform of real law in the Republic of Srpska did the legislator regulate in detail this important institute of civil law. However, both in our country and world, it happens that the claims secured by the mortgage are not properly repaid and the mortgage creditors must ask in court for protection of their rights, in settlement from the value of the subject the mortgage. Although it seems that mortgage creditors are fully protected, especially after introduction of mandatory notation of all real estate transactions, in practice we are witnessing various problems in terms of settling mortgage creditors.*

Keywords: *Mortgage, real estate, enforcement proceedings, collection of receivables.*

80 LL.M. Secretary of Banja Luka City Assembly, igorsukalo82@gmail.com.

ФАКТИЧКА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Дејан Дугић¹
„Адвокати Цвијановић“

Апстракт: Већ дуго је у судској пракси у Босни и Херцеговини приступно контроверзно правно питање које се односи на неповредивост једног од основних људских права – права својине, гарантованог свим водећим домаћим и међународним правним прописима. Ријеч је о институту фактичке експропријације.

Један од основних разлога дугогодишње проблематике овог питања јесте свакако чињеница да наведени институт није законска категорија. Другим ријечима, не постоји домаћи пропис којим је исти нормиран, већ се ради о институту који је производ праксе Европског суда за људска права, настао усљед потребе да се изнађе правично рјешење за ситуације у којима не долази до одузимања својине у прописаном поступку, али је материјалним радњама у тој мјери извршено задирање у право својине, да је титулар тог права лишен саме супстанце, односно сведен на тзв. голу својину, без могућности коришћења својинскоправних овлашћења.

Постојање правне празнине је имало за посљедицу да је на простору Босне и Херцеговине судска пракса дуго година „лутала“ у вези са бројним питањима која се односе на примјену овог института.

У овом раду покушаћемо у дозвољеним оквирима да се осврнемо на практичне проблеме, да дамо кратак приказ еволуције судске праксе у Босни и Херцеговини, укажемо на праксу Европског суда за људска права као основног путоказа за поступање домаћих судова и изнесемо личне ставове у вези (не)правилне примјене овог института од стране домаћих судова.

Кључне ријечи: фактичка експропријација, пракса Европског суда за људска права, пракса домаћих судова.

¹ Адвокатски приправник, „Адвокати Цвијановић“; Е-пошта: dejan.dugic@advokaticvijanovic.com.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Институт експропријације, детаљно регулисан Законом о експропријацији², је општепознат појам који представља одузимање или ограничење права својине на непокретностима³ уз правичну накнаду која не може бити нижа од тржишне вриједности непокретности. Овим законом су уређени услови, начин и поступак експропријације непокретности.

Међутим, у стварности се, можемо рећи и релативно често, дешава да државни органи односно јавна предузећа предузму одређене радње које по свом дејству имају карактер одузимања или ограничења права својине приватних лица на њиховим некретностима, али без да се претходно проведе законски регулисан поступак експропријације. Ово се најчешће дешава приликом изградње или проширења улица, путева и других комуникација *pro bono publico*, а којом приликом извођач радова предузме радње које задиру у приватну својину лица чије се непокретности граниче са јавним добрима.

У сврху заштите права својине као једног од кривних права свих модерних правних поредака, а слиједећи принцип правичности, домаћи и страни судови су заузели становиште да је у конкретном случају ријеч о *de facto* експропријацији. Тако и Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП, Европски суд), у једном од водећих случајева по овом питању, тврди да се и у недостатку формалне експропријације мора истражити стварна ситуација на коју се апликант жали, а с обзиром на то да је намјера Конвенције да штити права која су практична и дјелотворна, те на тај начин истражити да ли је у конкретном случају ријеч о *de facto* експропријацији.⁴

С обзиром да је институт фактичке експропријације продукт праксе Европског суда, за његово правилно разумијевање неопходно је да се првенствено осврнемо на Конвенцију и судску праксу ЕСЉП-а, да бисмо потом могли критички да сагледамо праксу домаћих судова у примјени предметног института, при чему ћемо акценат ставити на спорна практична питања.

2 «Службени гласник Републике Српске», бр. 112/06, 37/07, 110/08 и 79/15.

3 У домаћем праву предмет експропријације су искључиво непокретности у својини правних и физичких лица, како је то прописано чланом 4. Закона о експропријацији. Међутим, у упоредном законодавству проналазимо ширење предмета експропријације и на друга права, попут права патента за проналазак који би служио у војно-одбрамбене сврхе.

4 Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Sporrong и Lönnroth* против Шведске (Апликације бр. 7151/75 и 7152/75, пресуда од 23.9.1982. године, параграф 63), <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступљено 19.12.2022.

2. ИНСТИТУТ ФАКТИЧКЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ У ПРАКСИ ЕВРОПскоГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Члан 1. Протокола бр. I уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) гласи:

„Свако физичко или правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.

Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примјењује такве законе које сматра потребним да би надзирала кориштење имовине у складу с општим интересима или да би осигурала наплату пореза или других доприноса или казни“.

Овај члан садржи три јасно одређена правила која је Европски суд први пут утврдио у пресуди *Sporrong и Lönnroth* против Шведске (1982. године) и то баш приликом одлучивања о проблемима везаним уз дозволе за експропријацију (дакле, ријеч је о формалном поступку експропријације) и забрану градње у Шведској. Ово је и први случај у коме је Европски суд нашао да постоји повреда права на имовину.⁵

Уједно је ова пресуда и једна од најважнијих пресуда Европског суда за разумијевање примјене члана 1. Протокола бр. I на конкретне случајеве.⁶

Наведена три правила Европски суд је сажео и прецизно формулисао у предмету *James* и други против Уједињеног Краљевства (1986. године)⁷, а она обухватају:

- 1) Начело мирног уживања својине (прва реченица става 1, члана 1, Протокола I),
- 2) Одузимање имовине (друга реченица става 1, члана 1, Протокола I)
и
- 3) Контролу кориштења имовине (став 2, члана 1, Протокола I).⁸

Прво правило („Свако физичко или правно лице има право на мирно уживање своје имовине“) је поприлично уопштене природе и представља

⁵ Ана Будак, „Право на имовину у контексту људских права са посебним освртом на праксу Европског суда за људска права“ у *Социјална политика број 1/2019*, уред. Зоран Весић (Београд: Институт за политичке студије и Висока школа социјалног рада, 2019): 12.

⁶ Јасна Омејец, *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права – Страсбуоршки асquis, друго допуњено издање* (Загреб: 2014), 977.

⁷ Пресуда Европског суда за људска права у предмету *James* и други против Уједињеног Краљевства (Апликација број 8793/79, пресуда од 21.2.1986. године), <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступљено 19.12.2022.

⁸ *Ibid.*, 979.

супсидијарну заштиту која се лицима пружа у случају када се конкретна ситуација не може подвести под друго или треће правило. Другим ријечима, ако нека мјера доводи до повреде мирног уживања имовине, али та мјера не може да се подведе нити под одузимање имовине, нити под контролу коришћења имовине, онда Европски суд околности таквог случаја подводи под најнижи степен мијешања у право својине, односно под прву реченицу члана 1, Протокола број 1.

Друго правило („Нико не може бити лишен своје имовине“) се у пракси Европског суда назива „правило одузимања“, јер забрањује да се неком одузме имовина осим ако је то у јавном интересу и то само уз услове предвиђене законом и општим начелима међународног права. У смислу овог правила се често помиње и можда најрепрезентативнији примјер фактичке експропријације – *Paratichalopoulos* и други против Грчке (1993. године).⁹ Наиме, апликанти су били власници земљишта које је укључивало и плажу, те су од грчког министарства туризма добили дозволу за градњу хотелског комплекса на том земљишту. Након државног удара у Грчкој 1967. године, предметно земљиште је пренесено на грчку морнарицу која је на истом изградила поморску базу. Иако су захтијевали поврат земљишта, овакви захтјеви апликаната су одбијени. С обзиром на то да апликанти више нису могли да се користе својом имовином, нити да њоме располажу, Европски суд је оцијенио да је губитак сваке могућности кориштења и располагања, заједно са неуспјешним покушајима да се таква ситуација ријешити правним путем, имала довољно озбиљне последице за апликанте да се може сматрати како је њихово земљиште било *de facto* експроприсано.¹⁰ Дакле, еклатантан примјер фактичке експропријације постоји у свим оним случајевима када власнику непокретности, након материјалних радњи предузетих на основу аката државних органа, остаје само пуки наслов носиоца права својине на том земљишту, тзв. *nudum ius*, односно *proprietas nuda*.¹¹

Треће правило („Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примјењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересима или да би обезбједила наплату пореза или других дажбина или казни“) се односи на контролу коришћења (и располагања) приватном имовином од стране државе.

9 Предраг Трифуновић, „Фактичка експропријација и застарјелост“, *Право на имовину у контексту члана 1 протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима* (Подгорица, Савјет Европе: 2021): 19, <https://rm.coe.int/analiza-o-imovinskim-pravima/1680a332aa>, приступљено 26.10.2022.

10 Омејец, *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права – Страсбуоршки асquis, друго допуњено издање*, 983.

11 Милош Н. Прица, „Expropriation in a Material sense“ у *Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 89*, уред. Ирена Пејић (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020): 146.

Што се тиче поступка утврђивања да ли је дошло до повреде овог конвенцијског права, кроз досадашњу праксу је установљена судска техника испитивања повреде. Тако је на апликантима обавеза да докажу да је ријеч о имовини (својини) која улази у обим члана 1, Протокола I, те да укажу да постоји мијешање државе у ово њихово право. У супротном, ЕСЉП ће одбацили апликацију. Међутим, уколико апликанти докажу наведено, терет доказивања прелази на тужену државу која мора доказати да је, кумулативно, мијешање:

- a) Било у складу са законом,
- b) Имало легитиман циљ и
- c) Било сразмјерно циљу, односно да је постојала равнотежа између општег интереса заједнице и приватног интереса апликаната.¹²

Овај, тзв. трипартитни тест, који се примјењује и у случају испитивања повреде других конвенцијских права се, у највећем броју предмета, своди на његов трећи елемент, односно испитивање неопходности мијешања у демократском друштву.

3. СУДСКА ПРАКСА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

3.1. Застара потраживања накнаде за извршену фактичку експропријацију – уједначавање судске праксе

Случајеви изградње објеката од јавног интереса који за посљедицу имају потпуно или дјелимично одузимање права својине физичких или правних лица над некретнинама, када не постоји одлука о одузимању, односно одлука о утврђивању јавног интереса и рјешење о експропријацији, појављивали су се често у пракси. Наведене случајеве правна теорија и судска пракса подводили су под појам фактичког депосједирања, односно тзв. фактичке експропријације, којег од појма формалне експропријације разликује одсуство неког од битних елемената законом утврђеног поступка експропријације, прије свегаведеног управног поступка, односно одсуство доношења одлуке о експропријацији.

На тај начин се од стране надлежних органа угрожавају и вријеђају субјективна права својине над некретнинама. С тим у вези у судској пракси се као спорно поставило питање кроз које институције грађанског ма-

¹² Christopher Harland, Ralph Roche и Ekkehard Strauss, *Коментар Европске конвенције о људским правима према пракси у Босни и Херцеговини и Страсбоургу*, превод Енсар Еминовић и Мирјана Јовичић (Сарајево: Графичар промет, 2003), 349.

теријалног права се има отклонити наведена повреда субјективних права физичких или правних лица. Другачије речено, поставља се питање да ли се спор о одређивању накнаде због фактичког депосједирања и потпуног или дјемичног губитка права власништва усљед изградње објекта од јавног интереса треба разријешити примјеном правила о накнади штете, примјеном правила о грађењу на туђем земљишту, или пак предметну накнаду утврдити у складу с одредбама Закона од експропријацији. Од одговора на ово питање зависи и рјешавање питања која се тичу застарјелости захтјева за предметну накнаду.

Судска пракса судова бивше СФРЈ је била готово јединствена у погледу тога да се спорно правно питање има рјешавати кроз институт накнаде штете тако да се и питање застаре захтјева за исплату наведене накнаде има разматрати са становишта одредби члана 376. Закона о облигационим односима.¹³ Овакав правни став, након дисолуције заједничке државе, донедавно су слиједили и судови у Босни и Херцеговини, изражавајући мишљење да захтјев за предметну накнаду застаријева у трогодишњем субјективном, односно петогодишњем објективном року из члана 376. ЗОО.

Одређен број судова у Босни и Херцеговини је приликом разрјешења спорног правног питања кренуо у другом правцу, заузимајући правни став да изградња јавног пута без доношења одлуке о изузимању из посједа некретнине физичког лица представља фактичко депосједирање, које је основ за остваривање права на накнаду у складу с одредбама Закона о експропријацији, те да право на ову накнаду не застаријева.

У судској пракси забиљежене су одлуке у којима се изражава правни став да се спорно правно питање има ријешити примјеном одредби Закона о својинско-правним односима¹⁴, који је претходио данашњем Закону о стварним правима Републике Српске¹⁵, а које одредбе регулишу стицање права власништва грађењем на туђем земљишту.

Имајућу у виду наведену неуједначену судску праксу, предметно правно питање је разматрано на Панелу из грађанске области које је одржано у Сарајеву дана 30. 1. 2014. године, а којом приликом је једногласно заузет став да фактичка експропријација представља основ за остваривање права на накнаду у складу с одредбама Закона о експропријацији и да право на ову накнаду не застаријева.¹⁶

13 «Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије», бр. 29/78, 39/85 и 57/89, «Службени гласник Републике Српске», бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04, у даљем тексту: ЗОО.

14 «Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије», бр. 6/80 и 36/90, «Службени гласник Републике Српске», број 38/03.

15 «Службени гласник Републике Српске», бр. 124/08, 58/09, 95/11, 60/15 и 107/19.

16 Правно схватање усвојено на Панелу за уједначавање судске праксе из грађанске области одржаном у Сарајеву дана 30.1.2014. године: „Захтјев за новчану накнаду због извршене фактичке

Разлози за усвајање наведеног правног става могу се резимирати на слjedeћи начин:

Потпуно или дјелимично одузимање права власништва физичких или правних лица на некретнинама ради изградње објеката од јавног интереса мора бити засновано на законито спроведеном поступку експропријације, тако да фактичко депосједирање, без провођења поступка експропријације, не може оправдати јавни интерес. У случајевима када јавна власт врши или дозвољава изградњу објекта од јавног интереса на земљишту које није формално експроприсано угрожавају се и повријеђују субјективна права физичких и правних лица на некретнинама. Право власништва је једно од основних Уставом БиХ заштићених вриједности. Заштита тог права конкретизована је и у члану 3. Закона о својинско-правним односима, којим је прописано да свако физичко или правно лице има право на мирно уживање свог власништва и да се никоме не може одузети власништво осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим принципима међународног права. Чланом 6. истог закона прописано је да се право власништва може одузети само у јавном интересу, у складу с Уставом на начин и под условима одређеним законом те да власник има право на пуну накнаду за ограничено или одузето право власништва. Право на мирно уживање имовине, као и забрану њеног одузимања, изузев у јавном интересу и у складу са законом и начелима међународног права, гарантује и Протокол број I уз Европску конвенцију о људским правима, па се за остваривање заштите тога права не примјењују правила о застарјелости потраживања из Закона о облигационим односима.

Спор у којем је изградњом јавног пута или другог објекта од јавног интереса фактички депосједирана некретнина власника не може се рјешавати примјеном одредби Закона о својинско-правним односима које регулишу стицање права власништва грађењем на туђем земљишту. Ово стога што се, у правилу, ради о грађењу објекта који је постао јавно добро у општој употреби, због чега савјесном власнику земљишта не би било могуће утврђивати права која предвиђају одредбе које регулишту стицање власништва грађењем на туђем земљишту.

Право својине је дакле, најпотпунија власт на ствари, а обавеза је свих да се уздржавају од повреде права власништва других лица.

У случају фактичке експропријације физичка или правна лица су лишена права власништва, па је основ тужбеног захтјева у ствари захтјев за поврат својине. Будући да поврат и успостава пријашњег стања нису мо-

експропријације не застарјева“ (<https://csd.pravosudje.ba/vstvfo/Sc/142/article/52042>), *присутњено*: 26.10.2022. године.

гући због привођења намјени раније некретнине, то тужиоцима припада право да траже накнаду за одузете некретнине. Имајући у виду да право захтијевати поврат својине не застаријева то ни захтјев за тражену накнаду ранијих власника не застаријева.¹⁷

Овакав став потврдио је и Уставни суд Босне и Херцеговине у Одлуци број АП 2986/11 од 18. 11. 2014. године:

“Усаглашено је правно схватање да захтјев за новчану накнаду због извршене фактичке експропријације не застаријева. Наиме, указано је на то да су у случају фактичке експропријације физичка или правна лица лишена права власништва па је основ тужбеног захтјева уствари захтјев за поврат власништва. Будући да поврат и успостава пријашњег стања нису могући због привођења намјени раније некретнине, то тужиоцима припада право да траже накнаду за одузете некретнине.”¹⁸

Исти став потврђен је касније у одлуци којом је усвојена апелација број АП 161/13 од 3. 2. 2016. године.¹⁹ Стварни мотив, циљ и сврха фактичког депосједирања је остваривање јавног интереса, односно изградња објекта или извођење других радова од јавног интереса, тако да и накнада ранијим власницима треба да буде одређена у складу са одредбама Закона о експропријацији. Стога се и на питање застарјелости имају примијенити одредбе наведеног закона.

С друге стране, треба поменути и да су се, приликом заузимања оваквог става, чули и аргументи за оправданост примјене одредаба ЗОО у погледу застарјелости, а из разлога што су појединци искористили непостојање евиденција и доказа о исплаћеним накнадама (документација уништена у рату и слично), па су двоструко потраживали накнаду за изузету непокретност.²⁰

Дакле, захтјев за новчану накнаду због извршене фактичке експропријације не застаријева. Застаријева само захтјев за исплату накнаде одређене поравнањем или одлуком суда.

Сумирајући претходне редове, закључујемо да је од тренутка заузимања правног става на поменутом Панелу судска пракса у Босни и Херцеговини значајно унификована.

Осим унификације правних ставова која је свакако пожељна са становишта правне сигурности, сматрамо да је ово за посљедицу имало, једним

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда Босне и Херцеговине број АП-2986/11 од 18.11.2014. године, став 34, <https://www.ustavnisud.ba/>, приступљено 19.12.2022.

¹⁹ Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда Босне и Херцеговине број АП-161/13 од 3.2.2016. године, ставови 27 и 28, <https://www.ustavnisud.ba/>, приступљено 19.12.2022.

²⁰ Игор Шукало, „Фактичка експропријација“ у *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци – Часопис за правну теорију и праксу број 43*, уред. Дарко Радић (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2021): 78.

дијелом, и чињеницу да судови подводе под овај институт ситуације чија је правна квалификација спорна, односно, гдје је примјена института фактичке експропријације, по нашем мишљењу, неоснована.

3.2. Пасивна легитимација

Значајно и релативно често питање које се постављало пред домаћим судовима у предметима фактичке експропријације јесте питање пасивне легитимације у овим правним стварима. С тим у вези, желимо да отклонимо дилему за коју смо уочили да је и данас, скоро деценију након доношења одлука Уставног суда БиХ по овом питању, имају многи адвокати и судије, што и не треба да чуди, ако узмемо у обзир да образложење Уставног суда БиХ, по нашем мишљењу, није баш најубједљивије.

У предметима који се тичу фактичке експропријације, а у вези изградње регионалног пута Прњавор-Челинац, као и пута Фоча-Устипрача²¹, покренуло се питање пасивне легитимације на страни туженог с обзиром на чињеницу да је као тужени означено јавно предузеће, управљач пута, а не Република Српска, иако је претходно важећим, а и данашњим позитивним законодавством, у члану 6, став 1 Закона о експропријацији прописано: „Експропријација се може вршити за потребе Републике Српске и јединице локалне самоуправе, ако законом није другачије одређено (корисник експропријације)“, а осим тога је и Законом о јавним путевима²² у члану 4. став 1. експлицитно утврђено да су јавни путеви јавно добро, у општој употреби, у својини Републике Српске.

Стриктно тумачећи претходне одредбе, закључујемо да јавна предузећа не могу бити пасивно легитимисана у овим правним стварима, већ искључиво Република Српска, односно јединице локалне самоуправе, као корисник експропријације и титулар права својине на јавним путевима.

Ипак, ту долази до изражаја специфичност или, рекли бисмо, хибридна природа института фактичке експропријације, а што за резултат има многе проблеме у пракси.

Наиме, рјешавајући питање пасивне легитимације у предметима фактичке експропријације, Уставни суд БиХ је у низу својих одлука²³ заузео

21 Категоризација овог пута је спорна. Одлуком Владе РС о утврђивању општег интереса за изградњу магистралног пута Устипрача - Србиње бр. 02-1066/97 од 15.8.1997. године, овај пут је означен као магистрални пут, иако је данас очигледно ријеч о локалном путу, како је и уписано у одређене земљишно-књижне евиденције на том локалитету.

22 „Службени гласник Републике Српске“, бр. 89/13.

23 Почевши од Одлуке о допуствости број АП 4051/09 од 13.6.2012. године, потом одлука број АП 2061/10 од 12.6.2013, АП 2988/11 од 18.12.2014. године и других.

став да постоји пасивна легитимација туженог јавног предузећа уз следеће образложење:

„Уставни суд указује да су у наведеним предметима редовни судови закључили да приговор пасивне легитимације туженог није основан, те да се, иако је тачно да се према одредбама члана 7. став 1. Закона о експропријацији („Службени гласник РС“ бр. 8/96, 15/96 и 64/04), који је тада био на снази, експропријација вршила у корист Републике Српске, губи из вида став 2. наведене одредбе²⁴ који прописује да ће Република Српска експроприсане некретнине додјеливати инвеститорима за изградњу објекта за који је утврђен општи интерес с тим што ће се уговором регулисати међусобна права и обавезе уговорних страна која настају експропријацијом некретнина и изградњом објекта. При томе је утврђено да експропријација није ни извршена а да је правни предник туженог (Републичка дирекција за путеве) као инвеститор и наручилац радова започео радове на изградњи пута Устипрача-Фоча преко некретнина тужитеља и тиме им проузроковао предметну штету за коју је несумњиво одговоран у смислу одредбе члана 207. ЗОО. У тим предметима редовни судови су указали да је чињеница да су јавни путеви у власништву Републике Српске правно ирелевантна за постојање одговорности туженог, јер за штету одговара онај ко је проузрокује и при томе се позвали на одредбу члана 154. став 1. ЗОО“.

Дакле, имајући у виду да се Уставни суд БиХ напосљетку ипак позива на ЗОО и то на одредбе које регулишу основ одговорности за штету, а да се ипак не примјењују трогодишњи субјективни, односно петогодишњи објективни рок за застару потраживања накнаде проузроковане штете, јер потраживање накнаде за фактичку експропријацију не застаријева, то управо указује на хибриднос овог института и тешкоће с којима се домаћи судови сусрећу приликом примјене установе фактичке експропријације. Другим ријечима, хибриднос фактичке експропријације, као правне установе који се налази „између“ института проузроковања штете регулисаног ЗОО РС, с једне стране, и института експропријације нормираног Законом о експропријацији, с друге стране, има за посљедицу чињеницу да не постоји јасна граница у којим ситуацијама би се аналогно примјењивао један, а у којим други закон. Такође, видјели смо и да су се у појединим случајевима судови позивали на закон који регулише стварноправне односе. Све то у збиру утиче на извјесну правну несигурност која и даље у великом дијелу постоји приликом примјене овог института, као продукта праксе међународног суда, пред домаћим правосудним органима. Ни

²⁴ Идентичан и у важећем Закону о експропријацији.

Уставни суд БиХ у својим одлукама и образложењима није значајно помогао у отклањању ових дилема.

Напосљетку, додајемо и да су судови у региону сагласни са Уставним судом БиХ и домаћим судовима по питању да је управљач пута пасивно легитимисан у случају фактичке експропријације земљишта приликом изградње пута у општем интересу, али образложење Врховног касационог суда Србије дјелује далеко увјерљивије.

Одлучујући по ревизији туженог извођача радова на пресуду другостепеног суда којом је овај суд обавезао наручиоца и извођача радова да солидарно плате тужиоцу накнаду на име заузетог дијела земљишта, Врховни касациони суд Србије, усвајајући ову ревизију, за разлику од судова у БиХ, искључује примјену члана 207. ЗОО у конкретном случају и констатује:

„Чланом 207. Закона о облигационим односима прописана је солидарна одговорност за проузроковану штету у посебном случају када штета настане трећем лицу у вези са извођењем радова на непокретности. Овај члан регулише само питање одговорности за штету коју претрпе трећа лица у вези са извођењем радова на непокретности, пошто извођење радова на непокретности представља сложену и често опасну делатност по околину, па је овај члан прописујући солидарну одговорност наручиоца и извођача радова за штету коју у вези са извођењем радова претрпе трећа лица омогућио трећим лицима сигурнију накнаду штете и на тај начин већу правну сигурност у остваривању права на накнаду штете. Код утврђеног да је тужени ПТГП „Сава – Белча“ ОД Прешево изводио радове на асвалтирању пута, по налогу туженог ЈП Дирекције за грађевинско земљиште, урбанизам, путеве и стамбене послове Општине Бујановац, то се у овом случају не може применити одредба из члана 207. Закона о облигационим односима, јер се тужбом не тражи накнада штете коју су тужиоци претрпели у вези са извођењем радова, већ се ради о тужби за накнаду за трајно заузети део предметне парцеле према тржишној вредности исте, у којој ситуацији према одредбама Закона о експропријацији, власници имају право на накнаду у висини тржишне вредности за одузето право својине од крајњег корисника. Наиме, према одредбама Закона о експропријацији, које, иако се не могу применити у случајевима када одузимање или ограничење права својине на непокретности није извршено у поступку и на начин прописан овим законом, власници имају право на накнаду у висини тржишне вредности за одузето право својине од крајњег корисника. Имајући у виду наведено, а код утврђеног да је тужени ПТГП „Сава – Белча“ ОД Прешево био извођач радова и да није крајњи корисник заузетог дела предметне парцеле тужилаца, то, супротно закључку другостепеног суда, исти није

у обавези да тужиоцима плати накнаду за заузети део предметне парцеле, због чега је преиначена другостепена одлука и одлучено као у ставу првом изреке, применом члана 416. став 1. ЗПП²⁵.

Дакле, за разлику од домаћих судова који се баве тумачењем облигационоправних института у сврху доказивања пасивне легитимације наручиоца, сматрамо исправнијим став Врховног касационог суда Србије који држи да је наручилац и инвеститор, тј. управљач пута, у конкретном случају пасивно легитимасан јер је он заправо крајњи корисник заузетог дијела земљишта.

3.3. Законске затезне камате

Дуго времена је, првенствено код судова у Републици Српској, било на снази схватање да се законске затезне камате на утврђену накнаду за фактички експроприсану непокретност досуђују од дана када је тужени ступио у посјед на предметним некретнинама.

У пракси је то изазвало једну неправичну ситуацију да, уколико је тужени, примјера ради, ступио у посјед на некретнинама 1996. године²⁶, а при томе је пресуда, којом је утврђена фактичка експропријација тих некретнина, донесена у овој или претходној деценији, тужени дугује двоструко већи износ од износа накнаде за извршену фактичку експропријацију, јер законске затезне камате аутоматски достижу висину главног дуга.

Такав став је, поново, био везан за облигационо-правни институт накнаде штете и то конкретно одредбу члана 186. ЗОО којом је нормирано да се обавеза накнаде штете сматра доспјелом од тренутка настанка штете.

Међутим, на тај начин се, испоставиће се као тачно, суштински обесмишљавао сам циљ правне норме из члана 277. став 1. ЗОО, а која норма гласи да дужник, који задоцни са испуњењем новчане обавезе, дугује поред главнице и затезну камату. Поставило се логично питање: Како је могуће да неко задоцни са испуњењем новчане обавезе ако та новчана обавеза уопште није одређена?

Осим тога, а имајући у виду да се приликом рјешавања питања фактичке експропријације примарно примјењује Закон о експропријацији као и одредбе Закона о ванпарничном поступку²⁷ које регулишу питање одређивања накнаде за експроприсану непокретност²⁸, и то првенствено одред-

25 Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 5763/2018 од 18.12.2019. године, <https://www.vk.sud.rs/>, приступљено 19.12.2022.

26 Као што је то случај у вези са фактичком експропријацијом приликом изградње пута Фоча – Устипрача.

27 „Службени гласник Републике Српске“, бр. 36/09 и 91/16.

28 Од члана 157. до члана 164.

бу члана 163 став 1 која гласи: “Након што утврди битне чињенице, суд доноси рјешење којим одређује облик и обим, односно висину накнаде за експроприсану непокретност“, закључујемо да се новчана обавеза, у конкретном случају висина накнаде за експроприсану непокретност, одређује од стране суда.

Погрешну праксу нижестепених судова Врховни суд Републике Српске је коначно исправио у Пресуди број 94 0 П 034124 21 Рев од 8.12.2021. године уз сљедеће образложење:

„Према одредби члана 2. Закона о експропријацији („Сл. гласник РС“, број 12/06, 37/07, 66/08, 110/08 и 79/15), која се аналогно примјењује и код фактичке експропријације, експропријација је одузимање или ограничење права својине на непокретности, уз правичну накнаду.

У смислу одредбе члана 148. Закона о ванпарничном поступку²⁹ („Сл. гласник РС“, број 36/09 и 91/16) суд након што утврди битне чињенице доноси рјешење којим одређује облик и обим, односно висину накнаде за експроприсане некретнине.

Одредбом члана 277. Закона о облигационим односима (“Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85 и 57/89 и “Сл. гласник РС”, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04, даље: ЗОО) прописано је, да дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе, дужан је да плати затезну камату, а сагласно одредби члана 324. истог закона, дужник пада у доцњу, када не испуни обавезу у року одређеном за испуњење.

Према разлозима датим у првостепеној пресуди, корисник експропријације је у обавези да тужитељу, у складу са одредбом члана 277. ЗОО и члана 186. истог закона, плати законску затезну камату на досуђени износ предметне накнаде, почев од пресуђења. Наиме, обавеза исплате накнаде од стране корисника фактичке експропријације према ранијем власнику експроприсаних некретнина, доспијева тек, када се одреди накнада у складу са одредбом члана 148. ЗВП, што упућује на закључак, да корисник експропријације не може бити у доцњи са испуњењем своје обавезе, све до доспјелости његове новчане обавезе, што је у конкретном случају одређено првостепеним рјешењем од 4.5.2021. године. Сагласно наведеном, околност губитка посједа на предметним некретнинама, далеко прије одлучивања предметној накнади, није од значаја за одлуку о законској затезној камати, јер тужитељица не може кроз сврху камате захтијевати остваривање других права која евентуално могу бити заснована на губитку посједа на ствари, фактичком експропријацијом, прије исплате накнаде“.³⁰

²⁹ Ријеч је о очигледној омашци, с обзиром да Врховни суд даље цитира одредбе члана 163. ЗВП.
³⁰ Пресуда Врховног суда Републике Српске број 94 0 П 034124 21 Рев од 8.12.2021. године. Трешутно није јавно доступна.

На овај начин Врховни суд је утицао на усклађивање праксе домаћих судова са праксом судова у региону, с обзиром да се и у пресудама тих судова законска затезна камата досуђује од дана пресуђења.

Ипак, у погледу уводног дијела цитираног образложења, гдје Врховни суд наводи да се одредбе Закона о експропријацији аналогно примјењују и код фактичке експропријације, треба ставити резерву и бити врло обазрив у том случају. Наиме, неправилна сходна примјена Закона о експропријацији на институт фактичке експропријације у Републици Србији имала је за посљедицу доношење аутентичног тумачења одредаба тамошњег закона о експропријацији, а којом приликом је експлицитно искључена примјена појединих чланова овог закона у случајевима када је одузимање или ограничења права на непокретности извршено без спроведеног поступка експропријације.

И правна наука стоји на становишту да у појединим случајевима таква аналогија у примјени одредаба закона о експропријацији и релеватних одредаба закона о ванпарничном поступку, има за посљедицу грубу повреду владавине права, јер чињеница да се, аналогном примјеном одредаба о исплати накнаде за извршену експропријацију, досуђује само накнада за извршену фактичку експропријацију некретнина, представља својеврсну легализацију фактичке самовоље државних органа од стране домаћих судова и доводи их у положај да могу бирати да ли да покрену прописан поступак експропријације или да фактички заузму земљиште, јер ће у оба случаја имати за идентичну обавезу – само да исплате тржишну вриједност заузете некретнине.³¹

4. ЗАКЉУЧАК

Поредећи институте формалне и фактичке експропријације, можемо засигурно потврдити да су ефекти које исти производе једнаки, док се суштинска разлика огледа у чињеници да код фактичке експропријације није проведени прописан законски поступак за одузимање или ограничење права својине на непокретностима.

Међутим, као продукт праксе Европског суда, примјена института фактичке експропријације од стране домаћих судова и даље наилази на низ потешкоћа, а што у крајњој линији резултира неуједначеном судском праксом, односно правном несигурношћу.

31 Милош Н. Прица, „Експропријација као правни институт“, (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2016), 316-329. http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/disertacija_milos_prica.pdf, приступљено 26.10.2022.

Осим очигледне чињенице да је домаћим судовима, нарочито нижестепеним, пракса ЕСЈП-а изузетна непознаница, практични проблеми који настају приликом рјешавања спорова поводом предметног питања, огледају се и у чињеници да постоје огромне несагласности приликом примјене познатих института грађанског материјалног права у циљу заштите права својине лица којима је фактички заузета одређена непокретност.

Ту долазимо до суштине самог проблема практичне примјене, а то је својеврсна хибридна овог правног института. Другим ријечима, ако узмемо у обзир све претходно речено у овом раду, те став правне науке да је правни институт (правна установа) скуп више правних норми који регулишу исти предмет (исти друштвени однос), онда закључујемо да је основни проблем овог правног института управо чињеница да његов садржај није у потпуности јасан, односно да није одређено који је то скуп домаћих правних норми који регулишу овај предмет. У покушају да симплификујемо наведено, констатујемо да у већини случајева, с једне стране, приликом рјешавања проблема фактичке експропријације, судови примјењују облигационоправне норме, које се већински односе на питања штете, док се са друге стране за поједина питања позивају на норме садржане у Закону о експропријацији. С тим у вези, не постоји јасна правна логика која би представљала путоказ за одређивање које законске одредбе би се примјењивале на конкретне правне дилеме у вези овог института, него се сва питања рјешавају *ad hoc*, а што, како смо казали, за последицу има огромну правну несигурност.

Ово је само један од низа разлога због којег поједини аутори института фактичке експропријације означавају као угаснуће владавине права у материји експропријације и предлажу да би овај институт требало „занавек одагнати из позитивног права, а на њено место ваљало би образовати строги режим одговорности државе за штету проузроковану противправним поступањем својих органа и службеника“³², а са којим мишљењем се тешко не сложити, ако увидимо са каквим проблемима се све домаћи судови срећу приликом поступања у овим предметима, те какве све последице наведено проузрокује у домаћем правном поретку.

32 *Ibid.*, 328.

ЛИТЕРАТУРА

- Будак, Ана. „Право на имовину у контексту људских права са посебним освртом на праксу европског суда за људска права“ у *Социјална политика број 1/2019*, уред. Зоран Весић. Београд: Институт за политичке студије и Висока школа социјалног рада, 2019.
- Омејец, Јасна. *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права – Страсбоурички асquis, друго допуњено издање*. Загреб: 2014.
- Прица, Милош Н. „Expropriation in a Material sense“ у *Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 89*, уред. Ирена Пејић. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020.
- Прица, Милош Н. „Експропријација као правни институт“, (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2016), http://www.prafak.ni.ac.rs/files/disertacije/disertacija_milos_prica.pdf, приступљено 26. 10. 2022.
- Трифуновић, Предраг. „Фактичка експропријација и застарјелост“, *Право на имовину у контексту члана 1 протокола 1 уз европску конвенцију о људским правима* (Подгорица, Савјет Европе, 2021), <https://rm.coe.int/analiza-о-имовинским-правима/1680a332aa>, приступљено 26. 10. 2022.
- Шукало, Игор. „Фактичка експропријација“ у *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци – Часопис за правну теорију и праксу број 43*, уред. Дарко Радић. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2021.
- Harland, Christopher, Ralph Roche и Ekkehard Strauss, *Коментар Европске конвенције о људским правима према пракси у Босни и Херцеговини и Страсбоургу*, превод Енсар Еминовић и Мирјана Јовичић, Сарајево: Графичар промет, 2003.
- Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда Босне и Херцеговине број АП-2986/11 од 18.11.2014. године, <https://www.ustavnisud.ba/>, приступљено 19. 12. 2022.
- Одлука о допустивости и меритуму Уставног суда Босне и Херцеговине број АП-161/13 од 3. 2. 2016. године, <https://www.ustavnisud.ba/>, приступљено 19. 12. 2022.
- Правно схватање усвојено на Панелу за уједначавање судске праксе из грађанске области одржаном у Сарајеву дана 30.1.2014. године: „*Захтјев за новчану накнаду због извршене фактичке експропријације не застаријева*“, <https://csd.pravosudje.ba/vstvfo/Sc/142/article/52042>, приступљено: 26. 10. 2022. године.
- Пресуда Врховног касационог суда Србије број Рев 5763/2018 од 18. 12. 2019. године, <https://www.vk.sud.rs/>, приступљено 19. 12. 2022.
- Пресуда Врховног суда Републике Српске број 94 0 П 034124 21 Рев од 8. 12. 2021. године.

- Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Sporrong и Lönnroth* против Шведске. Апликације бр. 7151/75 и 7152/75, пресуда од 23. 9. 1982. године, <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступљено 19. 12. 2022.
- Пресуда Европског суда за људска права у предмету *James* и други против Уједињеног Краљевства. Апликација број 8793/79, пресуда од 21. 2. 1986. године, <https://hudoc.echr.coe.int/>, приступљено 19. 12. 2022.

FACTUAL EXPROPRIATION IN JUDICIAL PRACTICE

Dejan Dugić³³
„Attorneys Cvijanović“

Abstract: *For a long time, there has been a controversial legal issue in the court practice of Bosnia and Herzegovina that refers to the inviolability of one of the basic human rights - the right to property, guaranteed by all leading domestic and international legal documents.*

One of the main reasons for the topicality of this issue for many years is certainly the fact that this institute is not regulated by the domestic law. In other words, there is no national law that regulates it, but it is an institute that is a product of the case-law of the European Court of Human Rights, created due to the need to find a fair solution for situations in which the deprivation of property rights does not occur in the prescribed procedure, but the right of ownership has been encroached upon by material actions to such an extent that the titleholder of the ownership right is deprived of its substance, i.e. reduced to the so-called bare ownership, without any possibility to use any authorizations.

The existence of a legal gap in domestic law had the consequence that in the territory of Bosnia and Herzegovina, judicial practice struggled for many years in dealing with numerous legal issues related to the application of this institute.

In this paper, we will try to perceive practical problems within the permitted framework, to give a brief overview of the evolution of judicial practice in Bosnia and Herzegovina, to refer to legal standpoints in the case-law of the European Court of Human Rights as a basic guide for the actions of national courts, and express personal opinion regarding the (im)proper application of this institute by national courts.

Key words: *factual expropriation, case-law of European Court of Human Rights, judicial practice of national courts.*

³³ Legal intern, „Attorneys Cvijanović“, email: dejan.dugic@advokaticvijanovic.com.

ПРИКАЗИ

МИЛАН ШКУЛИЋ: ОСНОВИ КРИВИЧНОГ ПРАВА
СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА
(Правни факултет Универзитета у Београду,
Едиција CRIMEN 53, 2021, стр. 369)

Академик проф. др Миодраг Н. Симовић¹
Проф. др Марина М. Симовић²

Право Сједињених Америчких Држава припада породици англосаксонског права. Овај велики правни систем се означава и као англоамеричко право или, пак, као *common law* sistem. Дијели низ карактеристика са правом Енглеске из кога је и настао, али је развио и низ сопствених својстава.

Према федералном систему власти, федерална (тј. национална) власт и власт сваке од 50 америчких држава има независно овлашћење да доноси законе из кривичноправне области који су примјењиви на територији њене јурисдикције. Такође, свака држава има овлашћење да спроводи кривичне законе кроз своје законе о кривичном поступку, и то путем својих кривичноправних агенција. Стога, у многим аспектима, постоји 51 различит кривични поступак, по један за сваку државу и један за федералну јурисдикцију. Педесет и друга јурисдикција је осигурана одлуком Конгреса САД (Амандман XXIII на Устав САД) да се одвојено третира Дистрикт Колумбија, који има посебан кривични закон и закон о кривичном поступку, који су одвојени од поступка који се примјењује у спровођењу федералних кривичних закона у цијелој земљи.

Већина страних аутора која се бавила америчким кривичним поступком мање простора је посветила истраживању основних уставних принципа као што је уједињавање доктрина, фокусирајући се, умјесто тога, на њихову примјену. Треба разумјети да је *Bill of Rights* (првих 10 амандмана

1 Судија Уставног суда Босне и Херцеговине, редовни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, редовни члан Европске академије наука и умјетности, инострани члан Руске академије природних наука и редовни члан Балканског научног центра Руске академије природних наука, miodrag.simovic@ustavnisud.ba.

2 Ванредни професор, секретар у Омбудсману за дјецу Републике Српске, marina.simovic@gmail.com.

на Устав САД) примјењив на фазе у поступку укључене у Четврти амандман. Посебно је важно да се поведе рачуна о учењу о „плодовима отровне воћке“. Треба запамтити двије кључне ствари: (1) докази који су незаконито прибављени, као директан резултат имају да је неподесно полицијско ангажовање разлог за искључење тих доказа и (2) докази који су добијени, директно или индиректно, могу такође бити предмет изузимања, док год су тијесно повезани са основним незаконитим активностима. Уз то, треба обратити пажњу на различите начине „прекидања ланца“ од незаконитих радњи до законитих доказа.

Проучавање кривичног поступка у САД у великој мјери представља изучавање уставног права, нарочито одлука Врховног суда САД. Посебан значај имају идеје изнесене у подударним (*concurring opinion*) и издвојеним (*dissenting opinion*) мишљењима Врховног суда САД. Ове идеје често постају већинско становиште за касније одлуке. Затим, треба обратити пажњу на називе одлука Врховног суда САД. За разлику од предмета у којима се употребљава доктрина права чији је примарни извор у судским пресудама (*common law doctrine*) која је често подложна измјенама, уставна одлука Врховног суда представља коначну ријеч у вези са датим питањем.

Из различитих разлога, и бројање гласова у Врховном суду САД се може показати важним и понекад је од суштинског значаја. Прво, дугорочна важност одлуке може зависити од величине већине. Одлука донесена гласовима 5:4 није иста као одлука донесена гласовима 9:0. Једногласно мишљење често има већу моралну вриједност у јавности и унутар правне заједнице него мишљење које је резултат тијесне одлуке. Друго, бројање гласова је од суштинског значаја при одређивању преседанске вриједности неког предмета. Препоручује се такође да се науче ставови различитих судија.

О америчком кривичном праву и кривичном поступку недовољно знамо и што је можда и најгоре, врло површно. Вјерујемо да ће најновија књига „*Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*“, др Милана Шкулића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Београду и судије Уставног суда Републике Србије, промијенити ствари из коријена. Ова књига представља текст монографског карактера посвећен материјалном и процесном кривичном праву САД, које иако је родоначелник англосаксонског права уопште, па и америчког кривичног права Енглеска, данас свакако представља најтипичнијег представника англосаксонске кривичноправне традиције. Као и сваки рад који се бави упоредним правом и ова је монографија, прије свега, намијењена читаоцима који теже да упознавањем са њеним текстом, стекну један упоредноправни поглед на основне специфичности кривичног права САД, те да

тима могу реалније да оцијене и домете домаћег кривичног права, поредећи га са кривичним правом САД.

Монографија садржи 13 поглавља, од тога се шест односи на кривично материјално право, а седам на посебни дио материјалног кривичног права и кривично процесно право САД.

Општи дио материјалног кривичног права започиње излагањем о поријеклу и изворима кривичног права САД, уз објашњење значаја - функције начела законитости (прво поглавље), уз посебан осврт на уставни и међународноправни карактер начела законитости и његове основне елементе у европском континенталном кривичном праву, те разлике у схватању начела законитости у америчком и европском континенталном кривичном праву.

Друго поглавље односи се на општи појам кривичног дјела у кривичном праву САД. Аутор говори о основним елементима општег појма кривичног дјела; противправности кривичног дјела; основним садржинским аспектима општег појма кривичног дјела - један објективни и један субјективни елемент у конструкцији кривичног дјела (*actus reus* и *mens rea*); односу неких других субјективних кривичноправно релевантних категорија и *mens rea* елемента; захтјеву каузалитета - узрочна веза између радње и посљедице кривичног дјела као елемент *actus reusa*, обухваћена *mens rea* сегментом кривичног дјела и основним сличностима и разликама између општег појма кривичног дјела у САД и у Србији, уз осврт на нека рјешења из њемачког кривичног права.

У трећем поглављу обрађени су одређени посебни облици одговорности у кривичном праву САД: објективна и командна одговорност (непостојање командне одговорности у класичном међународном праву, суђење јапанском генералу Јамашита и непримјењивање концепта команде одговорности приликом суђења за масакр цивила у вијетнамском селу Ми Лај).

Четврто поглавље регулише учеснике у кривичном дјелу и прелиминарна и некомплетна - некомплетирана кривична дјела у кривичном праву САД. Посебна пажња аутора усмјерана је покушај кривичног дјела, облике (са)учесништва који представљају некомплетна - некомплетирана кривична дјела и одбране у погледу ових кривичних дјела.

Пето поглавље односи се на „Одбране” као основ који у кривичном праву САД искључују постојање кривичног дјела и кривично гоњење. Аутор излаже типичне конвенционалне одбране у кривичном праву САД, као основе искључења постојања кривичног дјела: узраст учиниоца који га чини неспособним да одговара, интоксикација учиниоца, душевна болест или психичка поремећеност у вријеме извршења кривичног дјела, принуда, стање крајње нужде, правна и стварна заблуда, видове одбране који

оправдавају употребу силе, уставни имунитет и неке друге форме имунитета, дјеловање начела *ne bis in idem*, застарјелост кривичног гоњења, забрањено провоцирање на кривично дјело, постојање алибија окривљеног, пристанак повријеђеног као *одбрана* у кривичном праву и значај основних неконвенционалних *одбрана*.

Шесто поглавље доноси „Кривичне санкције у кривичном праву САД“ у коме аутор истражује и приказује развој система кривичних санкција у кривичном праву САД, сврху казне, основне врсте кривичних санкција, одмјеравање казне, смртну казну, алтернативне кривичне санкције и јавне регистре осуђених за кривична дјела.

Посебни дио материјалног кривичног права садржи три поглавља.

Седмо поглавље уводи читаоце у основне категорије кривичних дјела у кривичном праву САД, уз напомену да у америчкој кривичноправној теорији не постоји стриктна подјела материјалног кривичног права на општи и посебни дио. Основне врсте кривичних дјела, у феноменолошком смислу, у кривичном праву САД су: конвенционална кривична дјела, економска кривична дјела, кривична дјела организованог криминалитета и политичка кривична дјела и тероризам.

Кривична дјела против личности у кривичном праву САД предмет су анализе у осмом поглављу, које се односи на облике убиства - лишења живота човјека, кривична дјела разноврсних напада у кривичном праву САД и кривична дјела против полне слободе (сексуални деликти).

Девето поглавље садржи кривична дјела против имовине у кривичном праву САД. Аутор даје своје виђење о постојању три основна типа кривичних дјела против имовине у кривичном праву САД. Предмет анализе су: крађа, провална крађа као вид „велике крађе“ и провала - обијање, вишеструки поврат учинилаца крађе као основ поштреног кажњавања, разбојништво, изнуда и крађа као оште - консолидовано имовинско кривично дјело у Моделу Кривичног законика САД.

Дио који се односи на „Кривично процесно право САД“ започиње са Десетим поглављем „Поријекло, извори и основне карактеристике кривичног поступка у САД“. У фокусу интересовања аутора су и основне упоредне карактеристике адверзијалног кривичног поступка САД и типичног - класичног континенталног европског кривичнопроцесног система, основне разлике између кривичног поступка САД и континентално-европских кривичних поступака, те основна правила кривичног поступка САД у односу на кривични поступак Србије и могући утицај америчких кривичнопроцесних рјешења на реформу кривичног поступка Србије.

Једанаесто поглавље „Основна доказна правила у кривичном поступку САД“ приказује и правила о огромном значају начела непосредности у кривичном поступу уопште и у доказном кривичном процесном праву, терету доказивања у кривичном поступку, доказној концепцији о плодовима отровног дрвета у кривичном поступку, исказу свједока као доказу, значају и домету начела истине у кривичном поступку повезано са основним доказним правилима - однос истине и терета доказивања и специјалним истражним техникама, односно посебним доказним радњама у САД (тајни аудио и видео надзор и прикривени ислѣдник).

Дванаесто поглавље („Мјере за обезбјеђење присуства окривљеног ради суђења и током суђења у САД“) припада излагањима о јемству и притвору; јемству - кауцији као правилу, а лишењу слободе - притвору као изузетку; историјском развоју јемства у САД и његовом уставноправном утемељењу; основним врстама јемства у САД и могућности комбинације различитих мјера ради обезбјеђивања присуства окривљеног и остваривања других циљева кривичног поступка, те комерцијалном јемству и професионалним јемцима у кривичном поступку.

Задњи дио књиге (тринаесто поглавље) резервисан је за „Субјекте и ток кривичног поступка у САД“: основне субјекте, стадијумски (фазни) карактер кривичног поступка, хапшење осумњиченог, поступак пред великом поротом и прелиминарни претрес, рочиште за изјашњавање оптуженог о оптужби, споразум о признању кривице, поротно суђење и жалбу и неке друге правне лијекове у кривичном поступку.

Сврха ове монографије није само да се њени читаоци боље упознају са материјом кривичног права које се примјењује у САД и основним институтима кривичног материјалног и кривичног процесног права ове државе, већ да, што је посебно важно, уоче које су основне разлике, али и неке сличности између кривичног права Србије и кривичног права САД. Као што то произлази и из термина *упоредно право* и *упоредноправни метод*, рад у основи садржи одређена *поређења* релевантних правних института и механизма кривичног права, како материјалног, тако и процесног. Тај текст је прикладан и да читаоцима омогући да захваљујући упознавању са конкретним страним правним системом, а истовремено и уз познавање домаћег правног система и евентуално неких других правних система који припадају другачијој правној традицији, уоче основне разлике, али и неке релевантне сличности између различитих упоредноправних система.

Када је ријеч о материјалном кривичном праву САД, читаоцима у Србији би могла бити интересантна бројна нормативна рјешења, од којих нека имају и одређене сличности са кривичним правом Републике Србије, док се

нека битно разликују. Наравно, разлике су ипак далеко веће када се ради о кривичном процесном праву САД, које представља типичног представника адверзијалног кривичнопроцесног система, који иначе, последњих деценија остварује снажан утицај и на нека европско-континентална кривичнопроцесна законодавства. Такав веома снажан утицај се, прије свега, остварује на кривичнопроцесна законодавства некадашњих социјалистичких држава. Уз то, неке европске континенталне државе увеле су бројне адверзијалне елементе у своје кривичне поступке (попут споразума о признању кривичног дјела), али су, притом, задржале или чак знатно ојачале и значајне инквизиторске елементе, па су њихови кривични поступци постали често и мјешавина адверзијалних и инквизиторских елемената. Углавном, како исправно примјећује аутор, тешко је у континенталној Европи уочити тип кривичног поступка који је изразито или бар у већој мјери, суштински сличан кривичном поступку САД, не само због тога што се ријетко гдје у континенталној Европи одржавају класична поротна суђења, већ и због тежње да се мјешавином рјешења из домена адверзијалног и континентално-европског модела, направе неки „оригинални“ модели, што се по правилу, своди на својеврсне неуспјеле „експерименте“.

Читаоцима у Србији ће упознавање са кривичним правом САД бити интересантно, посебно у контексту својеврсне „фаме“ да је кривични поступак Републике Србије, устројен по сада важећем Законику о кривичном поступку из 2011. године (чија је цјеловита примјена започела 2013. године), нека врста „америчког“ или „американизованог“ кривичног поступка, што наравно, није тачно. Наиме, кривични поступак Србије, који се води према правилима важећег Законика о кривичном поступку, једна је врста „хибридне творевине која се састоји у мјешавини неких адверзијалних и инквизиторских кривичнопроцесних обиљежја, уз обиље мањих или већих правно-техничких грешака“.

Аутор упозорава да су битни адверзијални елементи позитивног српског кривичног поступка донекле формално слични неким институтима из кривичног поступка САД, али су они ипак, најчешће изразито „козметичког“ карактера и не утичу на суштински карактер важеће кривичне процедуре у Републици Србији (то је, на примјер, посебно упадљиво када се ради о основном, односно унакрсном испитивању свједока на главном претресу). С друге стране, сматра аутор, неки инквизиторски елементи кривичног поступка Србије, на жалост, прилично су недемократског карактера и суштински сада важећи кривични поступак чине више инквизиторским него некадашњи Законик о кривичном поступку (утемељен на кривичнопроцесној традицији из доба СФРЈ), што је посебно типично када се ради о могућностима одступања од начела непосредности.

Када је ријеч о материјалном кривичном праву САД, читаоци су у прилици да уоче како неке велике разлике, тако и одређене битне сличности између материјалног кривичног права САД и српског материјалног кривичног права. Интересантно је и да материјално кривично право САД, за разлику од већине европских континенталних кривичноправних система, често има један наглашено казуистички манир, посебно када се ради о конкретним инкриминацијама.

У монографији се посебно инсистира и на разбијању одређених стереотипа који у српској јавности постоје у односу на неке институте америчког кривичног права, што је то посебно типично у случају нужне одбране и проширеним могућностима одбране у америчком кривичном праву, када је у питању „одбрана дома - кућног прага“ (утемељено на *castle doctrine*) што је навело неке радикалне критичаре садашњег концепта нужне одбране у Кривичном закону Републике Србије да се заложе за давање права власнику стана да „рутински ликвидира провалника“ и сл., позивајући се притом да „таква правила постоје у САД“ и у неким другим државама, што наравно није баш тако и што се, између осталог, детаљно објашњава у овој књизи.

Књига ће њеним читаоцима омогућити да се боље упознају са кривичним правом САД, као типичним представником англосаксонског кривичног права и боље сагледају и кривичноправни систем Србије. Тако је, захваљујући поређењу са системом друге државе, а нарочито када тај други кривичноправни систем припада потпуно супротној кривичноправној традицији, могуће реалније оцијенити и домаћи кривичноправни систем, како са становишта његових врлина, али тако и у погледу неких потенцијалних недостатака. Књига још једном потврђује да различите перспективе о односима кривичног права између САД и Републике Србије могу бацити ново свјетло на функционисање важећег Кривичног законика и Законика о кривичном поступку Републике Србије, те да се у процесу њихових измјена и допуна сви судионици треба да ослањају на легални процес и легалне аргументе, користећи језик права.

Закључно можемо казати да је ова монографија значајно дјело које на ауторитативан и аргументован начин проговара о изузетно важној и интригантној теми. Професор Шкулић је темељито обрадио предметну тему и књига пред нама несумњиво представља вриједан допринос кривичном праву, а засигурно је један од великих наслова савременог компаративног права уопште не само у Републици Србији. Аутор је водећи познавалац ове тематике у Републици Србији, па ову монографију препоручујемо широком кругу стручњака, посебно правне провенијенције.

Проф. др Илија Бабић, проф. др Раденко Јотановић:
ГРАЂАНСКО ПРАВО, КЊИГА 2 - СТВАРНО ПРАВО
(Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2020, стр. 452)

Босиљка Чубриловић Стаменић, ма¹

1. Увод

Студентима Правног факултета Универзитета у Бањој Луци (а и ши­рој академској заједници и стручној јавности) од 2021. године доступан је уџбеник Грађанско право, Књига 2 – Стварно право, аутора проф. др Илије Бабића и проф. др Раденка Јотановића. Заједно са уџбеником Грађанско право, Књига 1 – Увод у грађанско право објављеним 2018. године од стране истих аутора, овај уџбеник представља цјелину која чини садржину наставног предмета Грађанско право који се изучава на Првом циклусу основних студија на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци. Истовремено, уџбеник је саставни дио шире литературе за наставни предмет Право регистра непокретности који се изучава на Другом циклусу студија, односно за наставни предмет Право обезбјеђења потраживања који се изучава на Трећем циклусу студија Правног факултета.

За уџбеник Грађанско право, Књига 1 – Стварно право са сигурношћу можемо рећи да је већ дуго времена ишчекиван, јер је то прва књига у формату уџбеника на простору Републике Српске, али и Босне и Херцеговине из стварноправне области. Случајно или намјерно, уџбеник се нашао у штампани десетогодињицу од ступања на снагу Закона о стварним правима у Републици Српској. У овом рукопису обухваћени су сви институти стварног права према рјешењима из Закона о стварним правима, али и одређена рјешења из Закона о премјеру и катастру Републике Српске, у оном дијелу који се односи на јавне евиденције о непокретностима.

У складу с професионалном етиком израде коауторског дјела, на овом мјесту треба истакнути да је проф. др Илија Бабић написао сљедеће дијелове уџбеника: Појам и обиљежја стварног права, Право својине (Појам, Историјат, Садржина, Деривативно стицање, Законско право прече купови-

¹ Виши асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци. Имејл-адреса: bosiljka.cubrilovic-stamenic@pf.unibl.org.

не, Национализација и други начини одузимања ствари и права, Заштита и престанак права својине, Сувојина, Заједничка својина); Заложно право, Службености и Реални (стварни) терети. Проф. др Раденко Јотановић написао је следеће дијелове уџбеника: Државина, Ограничења права својине (Уопште и Сувоједска права), Оригинарно стицање права својине, Својина на посебном дијелу непокретности – етажна својина, Јавна својина, Право грађења и Јавне евиденције непокретности.

Рецензирање уџбеника извршили су реномирани правни писци из грађанскоправне области - проф. др Душко Медић, судија Уставног суда Републике Српске и проф. др Нина Планојевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

2. Композиција

Већ при првом погледу на садржај уџбеника Грађанско право, Књига 1 – Стварно право, читалац може да уочи савремену систематику у излагању, те исправност методолошког приступа при обради института који припадају стварноправној материји. Композицију уџбеника чине: Предговор (17), Скраћеница (18-22), те V дијелова у којима су анализирани сви институти стварног права.

У објективном смислу, стварно право је дио грађанског права, а представља скуп правних норми грађанског права које регулишу односе између људи, поводом ствари и одређују ко су имаоци права на њима. Субјективно посматрано, стварно право је грађанско право које свог имаоца овлашћује на непосредну правну власт на одређеним стварима. У првом дијелу уџбеника (25-50) управо су обрађена питања која се односе на појам, обиљежја и подјелу **СТВАРНИХ ПРАВА**, како је и нормирано матичним Законом о стварним правима, затим појам и подјела ствари, а за крај овог дијела укратко су обрађене хартије од вриједности, као посебне врсте ствари.

Други дио уџбеника (53-85) посвећен је **ДРЖАВИНИ** (посјед, *possessio*) као фактичкој власти на ствари. Поред излагања дефиниције појма државине и указивања на дистинкције са институтом права својине, са којом се државина неријетко поистовјећује, аутор анализира и субјекте и објекте (предмете) државине, врсте, стицање, пренос и престанак државине али и облике заштите (тужбе и допуштена самопомоћ).

Централни дио уџбеника посвећен је најсвеобухватнијем стварном праву – праву својине. Право својине, као највиша правна и фактичка васт на сопственој ствари и њени квалификовани облици обрађени су у трећем дијелу (89-265), те је овај дио подијељен на V глава (I глава: ПРАВО СВОЈИ-

НЕ; II глава: СУСВОЈИНА; III глава: ЗАЈЕДНИЧКА СВОЈИНА; IV глава: СВОЈИНА НА ПОСЕБНОМ ДИЈЕЛУ НЕПОКРЕТНОСТИ – ЕТАЖНА СВОЈИНА; V глава: ЈАВНА СВОЈИНА).

Осим стварних права на сопственој ствари (право својине, сусвојине, заједничке својине и етажне својине) постоје и стварна права на туђој ствари. Титулар стварних права на туђој ствари има ужа овлашћења на тој ствари од њеног власника због чега се ова права називају и секторска права. Стварна права на туђим стварима, нормирана Законом о стварним правима *numerus clausus*, предмет су анализе четвртог дијела уџбеника (269-397). Тако је овај дио подијељен на IV главе, односно, сваком од ових *iura in re aliena* посвећена је по једна глава (I глава: ЗАЛОЖНО ПРАВО; II глава: ПРАВО СЛУЖБЕНОСТИ; III глава: РЕАЛНИ (СТВАРНИ) ТЕРЕТИ; IV глава: ПРАВО ГРАЂЕЊА).

У петом и уједно посљедњем дијелу овог уџбеника (401-439) остављен је простор за елаборирање питања из домена права регистра непокретности, односно за анализу ЈАВНИХ ЕВИДЕНЦИЈА НЕПОКРЕТНОСТИ првенствено на нашем правном простору, али и у свијету. Евиденције непокретности су јавне књиге у којима надлежни државни орган води евиденцију, уписује податке о непокретностима и стварним и неким другим правима на непокретностима и имаоцима права на непокретностима. У овом дијелу дат је приказ настанка, развоја и врста, односно система јавних евиденција о непокретностима, али је посебна пажња посвећена обради питања јавних евиденција о непокретностима на нашем правном подручју. Како је на нашем правном подручју (ex Југославија) постојало неколико врста евиденција непокретности, од којих се већина и данас примјењује у новонасталим државама, тако су на овом мјесту образложени: тапијски систем, земљишне књиге и јединствена евиденција (катастар) непокретности. Даље су обрађена начела јавних евиденција, састав и садржај катастра непокретности, врсте уписа и оснивање, те за крај, обнова и одржавање катастра непокретности, онако како је то нормирано важећим Законом о премјери и катастру Републике Српске.

3. Закључак

Грађанско право, Књига 2 – Стварно право, аутора проф. др Илије Бабића и проф. др Раденка Јотановића за примаран циљ има да послужи као други дио основне (обавезне) наставне литературе и да заједно са првим дијелом обавезне литературе - Увод у грађанско право, омогући студентима

друге године основних студија Правног факултета Универзитета у Бањој Луци спремање испита из наставног предмета Грађанско право.

Можемо са задовољством закључити да су аутори овим рукописом на језгровит начин, на оптималном броју страна, успјели постићи садржинску свеобухватност изложене материје. У рукопису, научном методологијом, стилски јасно и садржински кохерентно, аутори излажу институте стварног права, не либећи се да критикују поједина законска рјешења, те да о неким питањима износе мишљење које је супротно увреженим доктринарним схватањима.

Става смо да овај уџбеник чини, не само обавезну литературу за студенте основних студија, већ да ће привући и знатно шири круг читалаца, а нарочито оне представнике правне струке који се у свом послу сусрећу са изазовима и дилемама у вези с примјеном института из домена стварноправне материје.

ПРОФ. ДР ЗДРАВА СТОЈАНОВИЋ: СРПСКА ПРАВНА
ИСТОРИЈА
(Глас Српске, 2020, стр. 439)

Милица Ристић, ма¹

Издавањем књиге „Српска правна историја”, аутора проф. др Здраве Стојановић 2020. године Република Српска добила је свој први уџбеник из области српске правне историје. Све до тог момента, научна сазнања из ове области студентима и научној јавности била су доступна искључиво путем страних уџбеника, најчешће оних поријеклом из Републике Србије или путем других радова који су датирали из времена социјалистичке Југославије. Осим што је пионир у овом погледу, ова књига истиче се и по цјеловитом и свеобухватном приказу правне прошлости држава које се по свом етничком карактеру могу сматрати српским државама. Важност овог штива, према томе, огледа се првенствено у омогућавању студентима правних наука, али и свим другим заинтересованим, да сагледају токове српске правне прошлости и еволуцију најважнијих правних института, као и да боље разумију садашњу позицију српског народа и његове односе са другим народима.

Уважавајући специфичности историјскоправне науке, проф. др Здрава Стојановић у оквиру сваког појединог дијела књиге даје и кратак преглед историјских околности које су условиле карактер права у конкретном периоду. На овај начин, књига пред оне које се њом буду бавили ставља задатак повезивања и успостављања релација између, с једне стране, права и с друге стране, простора и времена у којем се оно развијало. Тиме је учињен значајан одмак од посматрања правне историје као пуког набрајања историјских догађаја и правних института и направљен корак напријед ка схватању правне историје као онога што она стварно јесте - науке чији је циљ уочавање главних узрока и детерминанти правног развоја у неком одређеном периоду и на неком одређеном простору. Не треба посебно на-

¹ Асистент на Катедри за римско право и историју права и државе на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци; milica.ristic@pf.unibl.org.

глашавати колико су ова схватања драгоцјена и за боље разумијевање правне садашњости и будућности.

Уџбеник „Српска правна историја” подијељен је у четири велика поглавља. У оквиру првог поглавља који носи назив „Средњовјековна српска државност” уочавамо још три дијела. Први од њих посвећен је преддржавном уређењу Јужних Словена и у том погледу значајно садржајнији у односу на уџбеничку литературу која је раније била у употреби. Проф. др Здрава Стојановић у овом дијелу износи приказе византијских писаца из којих сазнајемо податке о условима и историјату досељавања Јужних Словена, њиховој политичкој организацији и друштвено - економским односима. Нарочито су нам од значаја подаци о словенској религији и митологији, не само из разлога што је њихов утицај на развој средњовјековног права огроман, већ и због тога што ови обичаји и митови и данас чине корпус културног идентитета народа који су некоћ спадали у групу Јужних Словена. У другом дијелу поглавља о средњовјековној српској државности, проф. др Здрава Стојановић пружа нам податке о постанку и развоју српских држава раног средњег вијека, гдје се приказују основне компоненте државног и друштвеног уређења Рашке и Дукље. Дио III у којем се изучавају српске државе од 12. до 15. вијека очекивано је најобимнији у овом поглављу. Његов текст посвећен је анализи државотворног и правног уређења средњовјековне Србије и Босне, са посебним освртом на државну организацију, изворе права, као и анализу одредби појединих грана права. У контексту средњовјековне Србије, студентима се предочавају основни правни институти уз обавезно и детаљно консултовање најважнијих правних извора, на челу са Закоником цара Стефана Душана. Истакли бисмо на овом мјесту да је добар дио простора посвећен и чувеном Законоправилу Светог Саве, што у ранијим уџбеницима није био случај. Имајући у виду да се студенти са овом материјом сусрећу на првој години својих студија, проф. др Здрава Стојановић на почетку анализе сваке поједине гране права пружа и кратак осврт на дефиниције и основне појмове везане за ту грану права, уважавајући чињеницу да се са овим појмовима студенти у правилу срећу тек на вишим годинама студија. Дио који је посвећен развоју права средњовјековне Босне могли бисмо означити као дио од посебног значаја и за студенте и за научну јавност, а све у циљу бољег разумијевања развоја права у простору на којем је српски народ вијековима живио и гдје је, уосталом, и издат овај уџбеник.

Друго поглавље књиге, под називом „Срби под туђинском влашћу” преваходно се бави животом српског народа под влашћу Османског царства. С обзиром на вишевијековни опстанак туђинске власти на овим простори-

ма, природно је да се српски друштвени, културни и правни живот у том периоду није могао развијати независно од османских утицаја. Они се уочавају у анализи организације централне власти, локалне управе, судске и војне организације као и аграрног уређења Османског царства. Посебна пажња у овом поглављу посвећена је носиоцима и чуварима српског правног и националног идентитета у овом периоду - кнежинској локалној самоуправи и Српској православној цркви.

У трећем поглављу књиге, који носи назив „Нововјековна српска државност”, обрађује се период крајем XVIII и током XIX вијека који је обиљежен борбом за ослобађање од туђинске власти и успостављање државности и уставности Србије и Црне Горе. Међународни контекст који је одиграо пресудну улогу у овом нимало лако задатку такође није изостављен, као ни анализа политичких и друштвених прилика уочи усвајања низа уставних докумената у току XIX вијека. Након излагања о садржини и структури сваког појединачног устава, као и важнијих органских закона, проф. др Здрава Стојановић пружа критички осврт на значај и домет ових правних аката, чиме читаоци стичу увид у развој парламентарне мисли у Србији XIX вијека. Нарочито бисмо издвојили одјелке у којима се проф. др Здрава Стојановић бави анализом великих правних кодификација. У овом дијелу пажња је посебно посвећена Српском грађанском закону из 1844. године, Кривичном и Трговачком закону из 1860, Општем имовинском закону за Књажевину Црну Гору из 1888. године, али и законима из материје процесног права. Подробно излагање најважнијих одредби ових законика, као и услова који су претходили њиховом усвајању новина је у односу на ранију уџбеничку литературу. Међутим, значај овог дијела књиге не огледа се само у томе, већ и у непобитној чињеници да се у њему обрађују правни акти XIX вијека од важности не само за простор Србије и Црне Горе, већ и за комплетно европско правно подручје. С обзиром на то да су се усвајањем ових аката Србија и Црна Гора коначно одмакле од османског наслеђа и приближиле се германском правном кругу, оваквим приступом ове велике кодификације коначно су у домаћој литератури добиле мјесто које заслужују.

Посљедње поглавље књиге под називом „Савремено доба” обухвата период стварања, уставноправног развоја и права Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевине Југославије. Да би се боље разумио политички и правни контекст прве југословенске државе, проф. др Здрава Стојановић пружа кратак осврт на предисторију уједињења, сажету кроз Нишку, Мајску, Крфску и Женевску декларацију, као и Прводецембарски акт о уједињењу из 1918. године. У овом дијелу књиге, читаоци имају

прилику да се упознају и са темељним одредбама Видовданског и Септембарског устава, као и других важнијих правних аката овог периода, као што је Уредба о Бановини Хрватској. Посљедњи дио књиге посвећен је и спорном питању унификације кривичног и грађанског права у првој јужнословенској држави, тако да се ова материја, раније расута по различитим историјскоправним уџбеницима, сада први пут налази систематизована на једном мјесту.

На самом крају књиге, проф. др Здрава Стојановић износи списак одабраних извора и литературе који ће читаоцима значајно олакшати евентуално касније истраживање историјскоправних тема, али им и омогућити да своје знање у погледу познавања историјскоправне области усаврше и обогате. Томе свакако доприноси и јасан и језгровит стил који одликује сва поглавља ове књиге.

Имајући у виду све наведено, мишљења смо да је уџбеник „Српска правна историја” незаобилазно штиво које ће свима онима који се први пут сусрећу са правном науком и терминологијом значајно олакшати разумијевање истих. Међутим, он се не бави само и искључиво правом, већ и историјскоправним и политичким контекстом, који је врло често за правилно схватање права и правног развоја пресудан. Самим тим, овај уџбеник послужиће не само студентима у циљу лакшег савладавања и стицања елементарних знања из српске правне историје, већ ће исто тако бити од велике користи и онима који се овом материјом баве у научне сврхе.

СУДСКА ПРАКСА

ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Припремио: др Љубомир Ожеговић

*Одлука број: У-12/20 од 24. фебруара 2021. године
„Службени гласник Републике Српске“, број 19/21*

УСТАВНО ПРАВО НА ЖАЛБУ У ПРЕКРШАЈНОМ ПОСТУПКУ

Прописивањем могућности изјављивања жалбе само у односу на изречену санкцију, окривљеном је нарушено његово право на жалбу, односно правно средство које гарантује Устав, против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на праву заснованом интересу.

Када оштећени има својство учесника у прекршајном поступку, свој имовинскоправи интерес може реализовати покретањем парничног поступка пред надлежним судом ради чега нема повреде његовог уставног права на жалбу против одлуке прекршајног суда.

Из образложења

Младен Убовић из Бање Луке дао је Уставном суду Републике Српске иницијативу за покретање поступка за оцјењивање уставности члана 127. став 2. тачка 3) и члана 191. став 5. Закона о прекршајима Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске” бр. 63/14, 110/16 и 100/17). У иницијативи се наводи да оспорене законске одредбе нису у сагласности са чланом 16. став 2. и чланом 113. став 1. Устава Републике Српске, јер грађанима ускраћују Уставом зајемчено право на жалбу. Поред тога, давалац иницијативе сматра да су наведене норме супротне члану 6. став 1. и члану 13. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, које гарантују право на дјелотворан правни лијек. У погледу члана 127. став 2. тачка 3) предметног закона у иницијативи се износи став да је оваквим прописивањем оштећеном лицу у прекршајном поступку ускраћено право на жалбу у случају када је прекршајни поступак покренут од стране овлашћених органа за покретање прекршајног поступка, односно да оштећени може поднијети жалбу само на одлуку која је донесена пово-

дом његовог захтјева за покретање прекршајног поступка. У вези с тим, указује се на одредбу члана 203. став 2. овог закона којим је прописано да окривљени и подносилац захтјева могу изјавити жалбу на рјешење о прекршају, из чега произлази да оштећени, као учесник у поступку, нема могућност да изјави жалбу на првостепену одлуку у прекршајном поступку. Образлажући наводе о повреди члана 191. став 5. предметног закона давалац иницијативе истиче да је овом нормом окривљеном који је прихватио одговорност у прекршајном поступку ускраћено право на жалбу, односно да је онемогућено да суд више инстанце испита законитост и правилност одлуке првостепеног суда у погледу трошкова поступка, одузимања имовинске користи и накнаде штете, јер предвиђа право на жалбу окривљеног само у односу на изречену санкцију.

У одговору на иницијативу који је доставила Народна скупштина Републике Српске наводи се да је иницијатива неоснована, те да садржи погрешно и произвољно тумачење оспорених законских одредаба, као и уставних норми на чију се повреду позива. Законодавац је мишљења да позитивне одредбе Закона о прекршајима Републике Српске, а посебно одредбе оспорене предметном иницијативом, значе досљедну примјену Устава Републике Српске, па тиме и члана 16, којим се свим грађанима јемчи право на једнаку заштиту права у поступку пред судом или другим државним органом, као и право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву. У погледу члана 191. став 5. предметног закона у одговору се указује на одредбу члана 203. овог закона, из којег, како се истиче, произлази да окривљени и подносилац захтјева могу жалбом побијати рјешење о прекршају због одлуке о санкцији, мјери упозорења, одузимању имовинске користи, трошковима прекршајног поступка и имовинскоправном захтјеву. Прописивање из члана 191. Закона је, како се даље наводи, у функцији унапређења ефикасности и краћег трајања прекршајног поступка. Поред тога, у одговору се наводи да, с обзиром на то да је оштећени странка у прекршајном поступку када поднесе захтјев за покретање овог поступка, исти у овом својству има право да из прописаних жалбених основа побија рјешење о прекршају. Надаље, истиче се да је члановима 61. и 69. овог закона прописано да се одузимањем предмета не дира у право трећих лица на накнаду штете од окривљеног, те да нико не може задржати имовинску корист која је прибављена прекршајем. Исто тако, указује се на члан 72. предметног закона, према којем ће суд упутити оштећеног или друго овлашћено лице да имовинскоправни захтјев, или вишак тог захтјева, оствари у парници, уколико се ово питање не расправи у прекршајном поступку. Сходно наведеном, оспорено пропи-

сивање је, по мишљењу Народне скупштине, сагласно одредби члана 113. Устава, јер је заштита окривљеног и оштећеног, као и других овлашћених лица у прекршајном поступку обезбијеђена одребама предметног закона, као и прописа који уређује парнични поступак, а све са циљем постизања ефикасности прекршајног поступка.

Чланом 127. став 2. тачка 3) Закона о прекршајима Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске” бр. 63/14, 110/16 и 100/17) прописано је да оштећени има право да сам или посредством свог законског заступника или пуномоћника изјављује жалбу на одлуку која је донесена поводом његовог захтјева за покретање прекршајног поступка. Према оспореном члану 191. став 5. овог закона, у поуци о правном лијеку окривљени ће се подучити да се жалбом може рјешење побијати само у погледу изречене санкције.

У поступку оцјењивања уставности оспорених одредаба Закона о прекршајима Републике Српске Суд је имао у виду да према одредбама тачака 4, 5, 10. и 18. Амандмана XXXII на Устав Републике Српске, којим је замијењен члан 68. Устава, Република уређује и обезбјеђује, поред осталог, уставност и законитост, остваривање и заштиту људских права и слобода, организацију, надлежности и рад државних органа, као и друге односе од интереса за Републику, у складу са Уставом. Поред тога, у конкретном случају суд је узео у обзир да је Уставом утврђено да свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органом и организацијом, те да је сваком зајемчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на законом заснованом интересу (члан 16), да се права и слободе зајемчени овим уставом не могу одузети или ограничити (члан 48. став 1), да судови штите људска права и слободе, утврђена права и интересе правних субјеката и законитост (члан 121. став 3), те да се оснивање, надлежност, организација и поступак пред судовима утврђују законом (члан 122).

Одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода на које указује давалац иницијативе утврђено је да: свако има право да законом одређен, независан и непристрасан суд, правично, јавно и у разумном року одлучи о његовим правима и обавезама грађанске природе или о кривичној оптужби против њега, да ће се пресуда прогласити јавно, али медији и јавност могу се искључити у интересу морала, јавног реда или националне сигурности у демократском друштву када то захтијевају интереси малољетника или заштита приватног живота старнака, или у посебним околностима, у мјери која је по мишљењу суда неопходна, када би јавност могла штетити интересима правде (члан 6. став 1), те да

свако, коме су повријеђена права и слободе предвиђена у овој конвенцији има право на дјелотворан правни лијек пред домаћим властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству (члан 13).

Из наведених уставних одредаба, по оцјени Суда, произлази да је законодавац овлашћен да уређује све сегменте поступка пред судовима и другим државним органима, па тако и прекршајни поступак. У складу са овим овлашћењем, Законом о прекршајима Републике Српске уређени су појам прекршаја, услови за прописивање прекршаја и прекршајних санкција и одговорности, те прекршајни поступак и поступак извршења прекршајних санкција. Уређујући питање прекршајног поступка, овим законом су, између осталог, оспореним одредбама чл. 127. став 2. тачка 3) и 191. став 5. прописани услови за изјављивање жалбе оштећеног у прекршајном поступку и окривљеног који је прихватио одговорност за почињени прекршај.

Приликом разматрања оспорених законских одредаба Суд је такође узео у обзир релевантне норме предметног закона којима је прописано: да су овлашћени органи за покретање прекршајног поступка надлежна министарства и други органи Босне и Херцеговине, Министарство унутрашњих послова, друга министарства и инспекцијски органи Републике Српске, надлежни органи јединица локалне самоуправе, привредна друштва и друга правна лица која имају јавна овлашћења а у чију надлежност спада непосредно извршење или надзор над извршењем закона или прописа којима су прописани прекршаји (члан 11. став 1. тачка 2), да је окривљени правно или физичко лице против којег је покренут прекршајни поступак (члан 11. став 1. тачка 3), да је оштећени правно или физичко лице које је претрпјело штету насталу чињењем прекршаја (члан 11. став 1. тачка 4), да ако докази изведени у прекршајном поступку не пружају поуздан основ да се имовинскоправни захтјев у цијелости или дјелимично усвоји, суд ће упутити оштећеног или друго овлашћено лице да имовинскоправни захтјев, односно вишак тог захтјева може остварити у парници (члан 72. став 1), да се правилима прекршајног поступка овог закона омогућава правично вођење прекршајног поступка, заштита људских права, правилно утврђивање чињеница и законито одлучивање о прекршајној одговорности, тако да нико невин не буде кажњен, а да се починиоцу прекршаја изрекне казна или да се према њему примијени друга прекршајна санкција (члан 105. став 1), да су странке у прекршајном поступку овлашћени подносилац захтјева, окривљени и оштећени који је поднио захтјев за покретање прекршајног поступка (члан 120. став 1), да су учесници у прекршајном поступку бранилац окривљеног, законски заступник или пуномоћник окривљеног,

оштећени и друго лице када је то законом одређено (члан 120. став 2), да су овлашћени подносиоци захтјева за покретање прекршајног поступка овлашћени органи из члана 11. овог закона (члан 121. став 1), да оштећени може покренути прекршајни поступак само ако није издат прекршајни налог, односно ако није поднесен захтјев за покретање прекршајног поступка у року од 60 дана од дана чињења прекршаја или у року од 60 дана од одустајања од захтјева за покретање прекршајног поступка у смислу члана 161. став 1. овог закона (члан 121. став 2), да је, у смислу овог закона, оштећени лице чије је неко лично или имовинско право повријеђено или угрожено прекршајем (члан 127. став 1), да оштећени има право да сам или посредством свог законског заступника или пуномоћника подноси захтјев за покретање прекршајног поступка у случајевима прописаним овим законом, да подноси доказе, даје приједлоге и истиче имовинскоправни захтјев за накнаду штете или враћање ствари и изјављује жалбу на одлуку која је донесена поводом његовог захтјева за покретање прекршајног поступка (члан 127. став 2), да ако окривљени прихвати одговорност, суд ће одлучити само о врсти, висини санкције и трошковима поступка, а евентуално и о одузимању имовинске користи и накнади штете оштећеном, извођењем достављених и предложених доказа неопходних да се одлучи о тим околностима (члан 191. став 3), да у случају из става 3. члана 191. овог закона одлука не мора да садржи образложење, осим у погледу изречене санкције, трошкова поступка, одузимања имовинске користи и накнаде штете (члан 191. став 4), да је жалба редовни правни лијек који се изјављује против првостепеног рјешења о прекршају, те да окривљени и подносилац захтјева могу изјавити жалбу на рјешење о прекршају (члан 203), да се рјешење о прекршају може побијати, између осталог, због одлуке о санкцији, мјери упозорења, одузимању имовинске користи, трошковима прекршајног поступка и имовинскоправном захтјеву (члан 208. тачка 4).

Имајући у виду наведено, Суд је оцијенио да прописивањем из одредбе члана 127. став 2. тачка 3) предметног закона нису нарушене уставне гаранције на које се указује у иницијативи. Овом законском нормом прописано је да оштећени у прекршајном поступку има право да изјави жалбу на одлуку донесену поводом његовог захтјева за покретање прекршајног поступка. Давалац иницијативе налази да су пропуштањем законодавца да овом одредбом оштећеном омогући изјављивање жалбе и у случају када није подносилац захтјева за покретање овог поступка нарушене одредбе члана 16. став 2. и члана 113. став 1. Устава. Приликом оцјењивања предметне законске норме Суд је имао у виду да је одредбом члана 120. став 1. тачка 3) оспореног закона прописано да оштећени у прекршајном поступ-

ку има статус странке када је поднио захтјев за покретање овог поступка, док је чланом 121. став 2. законодавац дефинисао у којим случајевима оштећени може покренути прекршајни поступак. Надаље, према члану 203. став 2. овог закона, подносилац захтјева може изјавити жалбу на рјешење о прекршају, из чега јасно произлази да оштећени, који има својство странке у поступку (јер је подношењем затјева покренуо прекршајни поступак), има право да изјави жалбу и побија рјешење о прекршају из свих законом прописаних жалбених основа. С друге стране, када је прекршајни поступак покренут од стране других, законом овлашћених субјеката, оштећени, према одредби члана 120. став 2. тачка 3) предметног закона, има статус учесника у прекршајном поступку, те у овој правној ситуацији нема могућност да изјави жалбу на рјешење о прекршају. Оваквим прописивањем, по оцјени Суда, није дошло до повреде зајемченог права на жалбу или друго правно средство из члана 16. Устава, као ни члана 113. став 1. Устава, јер се положај оштећеног који има својство учесника у прекршајном поступку не може довести у контекст ових уставних норми. Суд, наиме, сматра да се ове уставне гаранције односе превасходно на права лица која имају статус странака у поступку о чијим се правима рјешава, због чега им је предметним уставним нормама гарантована могућност побијања одлука органа који их доносе. Дакле, оштећени који има статус странке у прекршајном поступку, у погледу штете коју је претрпио извршењем прекршаја може изјавити жалбу на рјешење о прекршају, док у својству учесника у овом поступку свој имовинскоправни интерес може, сходно одредби члана 72. став 1. оспореног закона, реализовати покретањем парничног поступка пред надлежним судом, уколико суд у прекршајном поступку не усвоји његов имовинскоправни захтјев. Имајући у виду наведено, Суд је оцијенио да нису основани наводи иницијативе о неуставности оспорене норме члана 127. став 2. тачка 3) предметног закона.

У поступку оцјењивања уставности одредбе члана 191. став 5. Закона о прекршајима Републике Српске Суд је утврдио да су оваквим прописивањем нарушене норме из члана 16. став 2, члана 113. став 1. и члана 48. став 1. Устава. Наиме, ова законска одредба се односи на правну ситуацију када окривљени у прекршајном поступку прихвати одговорност, те му се поуком о правном лијеку даје могућност да рјешење о прекршају жалбом побија само у погледу изречене санкције. Приликом оцјене оспорене одредбе члана 191. став 5. овог закона Суд је узео у обзир да је ставовима 3. и 4. истог члана Закона прописано да ако окривљени прихвати одговорност, суд ће одлучити само о врсти, висини санкције и трошковима поступка, а евентуално и о одузимању имовинске користи и накнади штете оштећеном,

извођењем достављених и предложених доказа неопходних да се одлучи о тим околностима, те да одлука у том случају садржи образложење у погледу изречене санкције, трошкова поступка, одузимања имовинске користи и накнаде штете. Дакле, када се има у виду да ће у случају прихватања одговорности од стране окривљеног суд одлучити о наведеним питањима, Суд сматра да је, сходно гаранцијама из члана 16. став 2. и члана 113. став 1. Устава, законодавац окривљеном требао дати могућност побијања одлуке о прекршају из свих основа који су засновани на његовом правном интересу, а не само у погледу изречене санкције. Наиме, без обзира на то што је прихватио одговорност, несумњиво је да поред одлуке о санкцији, окривљени може имати правни интерес за побијање и одлуке о трошковима поступка, те евентуално и одузимању имовинске користи и накнади штете, уколико суд у конкретном случају о томе одлучи. Иако доносилац оспореног закона у свом одговору на иницијативу истиче да је оспорено законско рјешење из члана 191. став 5. предметног закона усвојено са циљем унапређења ефикасности прекршајног поступка и његовог краћег трајања, Суд сматра да могућност изјављивања жалбе по више жалбених основа, а не само у погледу изречене санкције, не може довести у питање ово начело прекршајног поступка. Дакле, прописивањем могућности за изјављивање жалбе само у погледу изречене санкције, окривљеном је, по оцјени Суда, нарушено право на жалбу, односно правно средство против одлуке којом се рјешава о његовом праву или на праву заснованом интересу које је зајемчено чланом 16. став 2. и чланом 113. став 1. Устава.

Суд није разматрао паушалне наводе иницијативе о повреди члана 6. став 1. и члана 13. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Наиме, члан 13. ове конвенције предвиђа право на дјелотворан правни лијек поводом повреде права и слобода заштићених Конвенцијом, али иницијатива не садржи никакво образложење у том погледу. Исто тако, давалац иницијативе није образложио на који начин су оспореним прописивањем нарушене гаранције из члана 6. став 1. Конвенције.

Одлука број: У-21/20 од 31. марта 2021. године
“Службени гласник Републике Српске” број 32/21

УСТАВНА ОБАВЕЗА УСКЛАЂИВАЊА ПОДЗАКОНСКИХ НОРМАТИВНИХ АКТА СА ЗАКОНОМ

У случају када су доносиоци оспорених нормативних аката пропустили да у року ускладе подзаконске акте са законом или да донесу нове акте којим ће уредити одређену материју, а били су дужни то учинити сходно императивној норми закона, дошло је до повреде уставног начела законитости

Из образложења

Игор Дукић из Бијељине, кога заступа Ђорђе Васић, адвокат из Бијељине, дао је Уставном суду Републике Српске иницијативу за покретање поступка за оцјењивање уставности и законитости члана 13а. Одлуке о паркирању у граду Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ бр. 22/06, 23/07, 3/11 и 7/14) и чл. 18, 19. и 20. Правилника о јавним паркиралиштима у граду Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ број 24/07 и „Службени гласник Града Бијељина“ бр. 17/15 и 21/17). У иницијативи се наводи да је оспореном одредбом предметне одлуке доплатна карта за паркирање возила одређена супротно прописаном начину коришћења јавног паркиралишта, јер, по мишљењу даваоца иницијативе, овако дефинисана доплатна карта представља уговорну казну за возача и није у сагласности са чланом 16. став 1. Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17), те чланом 270. став 3. и чланом 271. став 2. Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“ бр. 17/93, 3/96 и 39/03). У погледу предметног правилника у иницијативи се наводи да оспорене норме овог акта нису у сагласности са Законом о комуналним дјелатностима и наведеном Одлуком о паркирању у граду Бијељина, јер из овог закона и Одлуке произлази да се блокирање возила може извршити само уколико је возило непрописно паркирано. Поред тога, давалац иницијативе сматра да је оспорено прописивање из предметног правилника у супротности са чланом 17. став 1. Закона о стварним правима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 и 107/19), јер блокирање возила власника ограничава у праву да возило држи у посједу и да га користи. Сходно наведеном, предлаже да Суд утврди да оспорене норме предметне одлуке и правилника нису у сагласности са законом и чланом 108. Устава Републике Српске.

Одговор на иницијативу у погледу оспорене одлуке доставила је Скупштина Града Бијељина, а у односу на оспорени правилник одговор је достављен од стране градоначелника Бијељине. У оба одговора, који су по свом садржају готово идентични, наводи се да су оспорени акти у цијелости сагласни релевантним одредбама Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17). Прије свега, истиче се да, према овом закону, јединица локалне самоуправе обезбјеђује организовано обављање комуналних дјелатности, те да управљање јавним просторима за паркирање возила обухвата одржавање, чишћење, постављање саобраћајне сигнализације на јавним површинама или објектима изграђеним за паркирање моторних возила, као и уклањање, премјештање и блокирање непрописно паркираних возила. Надаље, у одговору се износи став да се корисник јавног паркиралишта, који се није придржавао прописаних услова за коришћење паркиралишта, не може сматрати прописно паркираним, тако да је овакво поступање супротно члану 17. став 1. Закона о стварним правима. У вези с тим, доносиоци оспорених аката сматрају да се на овај начин ограничава право својине титулара својине над добром од јавног интереса, због чега је субјекат који је овлашћен да управља јавном површином законом овлашћен да са добра од јавног интереса, чија је намјена јавно паркирање, искључи сваког ко га неовлашћено користи. Поред тога, наводи се да доплатна карта не представља казну, него накнаду за цјелодневно коришћење паркинг мјеста, односно цијену за неовлашћено коришћење јавне површине, коју би, да није било неовлашћеног паркирања, други корисници могли користити.

Одлуку о паркирању у граду Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ бр. 22/06, 23/07, 3/11 и 7/14) донијела је Скупштина Општине Бијељина на основу члана 2. Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини („Службени гласник Босне и Херцеговине“ број 6/06), члана 2. став 3. Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 11/95, 18/95 и 51/02) и члана 35. алинеја 2. Статута Општине Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ бр. 5/05, 6/05 и 6/06). Оспореном одредбом члана 13а. ове одлуке прописано је: да је корисник који не изврши обавезе предвиђене чланом 13. ове одлуке дужан да плати доплатну карту, да је корисник паркирања дужан поступити по примљеном налогу и платити доплатну карту у року од 8 (осам) дана од дана пријема налога, те да ће, ако корисник јавног паркиралишта не плати доплатну карту, ЈП „Дирекција за изградњу и развој града“ Бијељина против њега покренути судски поступак.

Правилник о јавним паркиралиштима у граду Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ број 24/07 и „Службени гласник Града Бијељина“ бр. 17/15 и 21/17) донио је начелник Општине Бијељине на основу члана 2. Закона о основама безбједности саобраћаја на путевима у Босни и Херцеговини („Службени гласник Босне и Херцеговине“ број 6/06), Одлуке о паркирању у граду Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ број 22/06), Одлуке о измјенама и допунама Одлуке о паркирању у граду Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ број 23/07) и члана 51. Статута Општине Бијељина („Службени гласник Општине Бијељина“ бр. 5/05, 6/05 и 6/06). Оспореним одредбама овог правилника прописано је: да је корисник који чини повреду из члана 17. овог акта дужан да плати доплатну карту; да налог за плаћање доплатне карте издаје овлашћени контролор; да када контролор није у могућности да уручи налог кориснику, причврстиће га на паркирано возило испод брисача, чиме се сматра да је достава извршена; да оштећење или уништење налога нема утицаја на ваљаност достављања и не одлаже плаћање доплатне карте; да се возило за које је исписана доплатна карта снима фотографским апаратом ради доказивања учињеног преступа (члан 18), да је корисник паркирања дужан да плати доплатну карту у року од 8 (осам) дана од дана уручења; те да ако корисник јавног паркиралишта не плати доплатну карту, ЈП „Дирекција за изградњу и развој града“ Бијељина ће против њега покренути поступак утуживања код Суда, као стварно и мјесно надлежног органа (члан 19), да ће се кориснику који учини било коју повреду услова коришћења паркиралишта из члана 17. Правилника, а има више од једне неплаћене доплатне карте, извршити блокирање возила направом за блокирање точкова возила, а на основу налога за тај посао овлашћеног контролора или комуналног полицајца; да ће се кориснику паркирања који чини повреду из члана 17. овог правилника, а чије је возило регистровано у другој држави, извршити блокирање возила након издавања доплатне карте (члан 20).

У поступку оцјењивања уставности и законитости оспорене одредбе Одлуке о паркирању у граду Бијељина Суд је имао у виду релевантне норме Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 11/95, 18/95 и 51/02) који је био на снази у вријеме доношења ове одлуке и означен је као правни основ за њено доношење. Према члану 1. овог закона, њиме се утврђују комуналне дјелатности од посебног друштвеног интереса и начин обезбјеђивања посебног друштвеног интереса, организација обављања комуналних дјелатности и начин њиховог финансирања. Чланом 2. став 1. дефинисане су комуналне дјелатности од посебног друштвеног интереса које су предмет регулације овог закона,

међу које није уврштена дјелатност управљања јавним просторима за паркирање возила. Према ставу 2. члана 2. овог закона, скупштина општине може одлуком утврдити као дјелатност од посебног друштвеног интереса и друге комуналне дјелатности, поред оних које су утврђене у ставу 1. овог члана, ако су те дјелатности незамјенљив услов живота и рада грађана, предузећа или рада других организација.

Поред тога, у конкретном случају Суд је узео у обзир и одредбе важећег Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17), чијим ступањем на снагу је престао да важи Закон о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 11/95, 18/95 и 51/02). Овим законом утврђене су комуналне дјелатности од посебног јавног интереса и начин обезбјеђивања посебног јавног интереса, организација обављања комуналних дјелатности и начин њиховог финансирања (члан 1), прописано је да је комунална дјелатност од посебног јавног интереса, у смислу овог закона, и управљање јавним просторима за паркирање возила (члан 2. став 1. тачка д), те да управљање јавним просторима за паркирање возила обухвата одржавање, чишћење, постављање саобраћајне сигнализације на јавним површинама или објектима изграђеним за паркирање моторних возила, као и уклањање, премјештање и блокирање непрописно паркираних возила (члан 3. тачка ђ).

Уређујући питање обављања комуналних дјелатности, овим законом прописано је: да јединица локалне самоуправе обезбјеђује организовано обављање комуналних дјелатности и да скупштина јединице локалне самоуправе својом одлуком детаљније прописује услове и начин обављања комуналних дјелатности, материјалне, техничке и друге услове за финансирање, развој, изградњу и одржавање комуналних објеката, услове за коришћење и престанак коришћења комуналне услуге, јединицу обрачуна за сваку врсту комуналне услуге и начин наплате комуналних услуга (члан 6. став 1. тач. а), б), д) и е); да одлуку из става 1. овог члана доноси скупштина јединице локалне самоуправе (члан 6. став 2); да корисник комуналне услуге користи ту услугу у складу са одредбама овог закона (члан 9а. став 1); да је давалац комуналне услуге дужан да обезбиједи трајно и несметано пружање комуналних услуга корисницима комуналне услуге под условима, на начин и према нормативима који су прописани законом и другим прописима, затим исправност и функционалност комуналних објеката и уређаја, одређени квалитет комуналних услуга (члан 13. став 1); да корисник плаћа утврђену цијену за пружену комуналну услугу на основу рачуна који испоставља давалац комуналне услуге и који има снагу вјеродостојне исправе (члан 16. став 2); да је јединица локалне само-

управе дужна да усклади прописе о вршењу комуналних дјелатности са одредбама овог закона и донесе прописане одлуке у року од шест мјесеци од дана ступања на снагу овог закона (члан 41. став 1); те да су јединице локалне самоуправе дужне да у року од шест мјесеци од дана ступања на снагу овог закона ускладе одлуку из члана 6. став 2. овог закона са одредбама овог закона (члан 41. став 2).

Како из цитираних законских одредаба произлази, важећи Закон о комуналним дјелатностима на другачији и свеобухватан начин уређује питање обављања комуналне дјелатности управљања јавним површинама за паркирање возила, у односу на ранији Закон о комуналним дјелатностима на основу којег је донесена оспорена одлука. Важећим законом је, прије свега, предметна комунална дјелатност предвиђена као комунална дјелатност од посебног јавног интереса, дефинисан је појам и садржина ове дјелатности, овлашћење за доношење одлуке о обављању комуналне дјелатности, те питања која се детаљније прописују одлуком скупштине јединице локалне самоуправе о обављању комуналне дјелатности. Због тога је, по оцјени Суда, сходно императивној норми из члана 41. став 2. важећег Закона о комуналним дјелатностима, доносилац оспорене одлуке био дужан да у року од шест мјесеци од дана ступања на снагу овог закона ову одлуку усклади са одредбама овог закона или да донесе нову одлуку којом ће уредити предметну материју. Како је пропустио да то учини, Суд је оцијенио да је у конкретном случају дошло до повреде члана 41. Закона о комуналним дјелатностима, односно да је оспорена одлука у цијелости довела до нарушавања начела законитости из члана 108. став 2. Устава. У вези са наведеним, Суд сматра да се Одлука о измјени Одлуке о паркирању у граду Бијељина („Службени гласник Града Бијељина“ број 7/14), која је донесена на основу важећег Закона о комуналним дјелатностима и којом се мијења Цјеновник наплате паркирања на подручју општине Бијељина, не може сматрати усклађивањем оспорене одлуке са овим законом.

Из истих разлога, Суд је оцијенио да ни оспорени Правилник о јавним паркиралиштима у граду Бијељина није у сагласности са Законом о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17). Наиме, овим правилником се детаљније разрађују и конкретизују релевантне одредбе Одлуке о паркирању у граду Бијељина ради њихове примјене. Због тога, као и у погледу оспорене одлуке, која је, поред Закона о комуналним дјелатностима, правни основ за доношење предметног правилника, Суд је оцијенио да ни овај акт није у сагласности са Законом о комуналним дјелатностима, јер, сходно члану 41. овог закона, доноси-

лац Правилника није извршио његово усклађивање са тим законом, нити је донио нови правилник.

Имајући у виду да, из наведених разлога, оспорена одлука и правилник нису у сагласности са Законом о комуналним дјелатностима, Суд сматра да је беспредметно разматрати ове акте у односу на Закон о облигационим односима и Закон о стварним правима, на које се указује у иницијативи.

*Одлука број: У-28/20 од 31. марта 2021. године
“Службени гласник Републике Српске” број 32/21*

НАКНАДА ЗА ОДРЖАВАЊЕ ВОДОМЈЕРНОГ МЈЕСТА И ИНСТРУМЕНТА

Доносилац подзаконског акта прекорачио је законско овлашћење утврђивањем накнаде за одржавање мјерног мјеста и мјерног инструмента која није предвиђена законом будући да мјерно мјесто и мјерни инструмент чине саставни дио комуналне инфраструктуре и средства за њихово одржавање се обезбјеђују из цијене комуналне услуге.

Из образложења

„ПРОИЗВОДЊА ДУШАНИЋ“ д.о.о Прњавор, које заступају Зоран Бубић и Бојана Дука Бубић, адвокати из Бање Луке, дало је Уставном суду Републике Српске иницијативу за покретање поступка за оцјењивање уставности и законитости члана 16. ст. 5. и 6. Одлуке о јавном водоводу и јавној канализацији општине Прњавор („Службени гласник Општине Прњавор“ број 24/17). У иницијативи се наводи да оспорене одредбе предметне одлуке нису у сагласности са Уставом Републике Српске, те са одредбама члана 2. став 1. тачка с), члана 13. став 1. тачка б), члана 16. став 1. и члана 20. ст. 1. и 2. Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17). Наиме, како истиче давалац иницијативе, из наведених законских одредби произлази да је давалац комуналне услуге дужан да обезбиједи исправност и функционалност комуналних објеката и уређаја, те да се средства за пружање комуналне услуге обезбјеђују из цијене комуналне услуге. Како мјерно мјесто и водомјер чине дио јавне комуналне инфраструктуре, давалац иницијативе сматра да давалац комуналне услуге треба да обезбиједи њихово исправно функционисање, те да сноси трошкове одржавања мјерног мјеста и водомјера. Насупрот томе,

оспореним нормама ове одлуке је, како се истиче, уведена обавеза за корисника комуналне услуге да плаћа мјесечну накнаду за одржавање мјерног мјеста и мјерног инструмента потрошње воде. Овакво прописивање је, по мишљењу даваоца иницијативе, у супротности са Законом о комуналним дјелатностима, чиме је истовремено дошло до повреде и члана 108. став 2. Устава Републике Српске.

У одговору на иницијативу који је доставила Скупштина Општине Прњавор наводи се да је иницијатива у цијелости неоснована, јер је оспорена одлука донесена у складу са овлашћењима из члана 6. и члана 7. став 1. Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17), те да су сагласно одредби члана 7. став 4. овог закона јавни водовод и канализација повјерени на управљање КП „Водовод“ а.д. Прњавор. Надаље, доносилац оспореног акта истиче да приликом одржавања мјерног мјеста и мјерног инструмента овлашћено комунално предузеће има извјесне трошкове, због чега је оспореним одредбама Одлуке прописано да се за одржавање мјерног мјеста и мјерног инструмента плаћа мјесечна накнада. У вези с тим, у одговору се наводи да се одржавање мјерног мјеста и мјерног инструмента не може сматрати робом, па се не може урачунати у цијену утрошене воде, због чега се, сходно оспореним одредбама Одлуке, од корисника овај трошак наплаћује у виду мјесечне накнаде, у висини коју утврђује Надзорни одбор комуналног предузећа које управља јавним водоводом и канализацијом. Слиједом наведеног, Скупштина Општине Прњавор сматра да су наводи изнесени у иницијативи неосновани, те предлаже да Суд дату иницијативу не прихвати.

Одлуку о јавном водоводу и јавној канализацији општине Прњавор („Службени гласник Општине Прњавор“ број 24/17) донијела је Скупштина Општине Прњавор на основу члана 6. Закона о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11), члана 39. Закона о локалној самоуправи („Службени гласник Републике Српске“ број 97/16), члана 37. Статута Општине Прњавор („Службени гласник Општине Прњавор“ број 15/17) и чланова 161. став 1. и 190. Пословника о раду Скупштине Општине Прњавор („Службени гласник Општине Прњавор“ број 21/17). Оспореним одредбама члана 16. ове одлуке прописано је: да се за одржавање мјерног мјеста и мјерног инструмента плаћа мјесечна накнада (став 5), те да висину накнаде из претходног става утврђује Надзорни одбор предузећа уз сагласност Скупштине Општине (став 6).

У поступку оцјењивања уставности и законитости оспорених одредаба предметне одлуке Суд је имао у виду да је Уставом Републике Српске утврђено да општина преко својих органа, у складу са законом, уређује и

обезбјеђује обављање комуналних дјелатности (члан 102. став 1. тачка 2), те да закони, статuti, други прописи и општи акти морају бити у сагласности са Уставом, а прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом (члан 108).

Надаље, Законом о локалној самоуправи („Службени гласник Републике Српске“ број 97/16 и 36/19) прописано је да самосталне надлежности јединице локалне самоуправе обухватају, поред осталих, уређење и обезбјеђење обављања комуналних дјелатности, у оквиру којих је прописана производња и испорука воде, у складу са законом, те оснивање привредних дрштава, установа и других организација ради пружања услуга из њихове надлежности, уређење њихове организације и управљање (члан 18. тачка 2) подт. 2. и 3), као и да скупштина јединице локалне самоуправе доноси одлуке и друге опште акте и даје њихово аутентично тумачење (члан 39. став 2. тачка 2).

Поред тога, Законом о комуналним дјелатностима („Службени гласник Републике Српске“ бр. 124/11 и 100/17) утврђене су комуналне дјелатности од посебног јавног интереса и начин обезбјеђивања посебног јавног интереса, организација обављања комуналних дјелатности и начин њиховог финансирања (члан 1), те је прописано да су, поред осталих, комуналне дјелатност производње и испоруке воде и и пречишћавање и одвођење отпадних вода дјелатности од посебног јавног интереса (члан 2. став 1. тачке а) и б). Надаље, овим законом је прописано да производња и испорука воде обухвата сакупљање, пречишћавање и испоруку воде корисницима за пиће и друге потребе водоводном мрежом до мјерног инструмента корисника, укључујући и мјерни инструмент (члан 3. тач. б), те да се комуналним објектима сматрају грађевински објекти са уређајима, опремом и инсталацијама који служе за обављање комуналних дјелатности, као и сама постројења, опрема и инсталације које чине комуналну инфраструктуру или служе за производњу комуналног производа и вршење комуналних услуга, грађевинско земљиште на којем су изграђени, те добра у општој употреби која служе за ове намјене (члан 3. тачка с). Уређујући обављање комуналних дјелатности, овим законом је прописано: да јединица локалне самоуправе обезбјеђује организовано обављање комуналних дјелатности и да скупштина јединице локалне самоуправе својом одлуком детаљније прописује: услове и начин обављања комуналних дјелатности, материјалне, техничке и друге услове за финансирање, развој, изградњу и одржавање комуналних објеката, услове за функционисање и техничко-технолошко јединство система и уређаја, јединицу обрачуна за сваку врсту комуналне услуге и начин наплате комуналних услуга (члан 6. тач. а), б), в), и е);

да одлуку из става 1. члана 6. доноси скупштина јединице локалне самоуправе (члан 6. став 2), да корисник комуналне услуге користи ту услугу у складу са одредбама овог закона (члан 9а. став 1), да је давалац комуналне услуге дужан да обезбиједи трајно и несметано пружање корисницима комуналне услуге под условима, на начин и према нормативима који су прописани законом и другим прописима, исправност и функционалност комуналних објеката и уређаја, одређени квалитет комуналних услуга и да је давалац комуналне услуге одговоран за штету коју проузрокује корисницима ако не обезбиједи да се комунална услуга врши под наведеним условима (члан 13); да корисник плаћа утврђену цијену за пружену комуналну услугу на основу рачуна који испоставља давалац комуналне услуге, који има снагу вјеродостојне исправе, и да је у случају спора између уговорних страна надлежан суд (члан 16. став 2); да се средства за обављање комуналних дјелатности индивидуалне комуналне потрошње обезбјеђују из цијене комуналних услуга (члан 20. став 1), те да се цијеном комуналних услуга обезбјеђују средства за покриће укупних расхода даваоца комуналне услуге и унапеђивање постојећих комуналних објеката и уређаја, према нормативима и стандардима у комуналним дјелатностима и тржишним цијенама улазних трошкова (члан 20. став 2).

Из цитираних уставних и законских одредаба, по оцјени Суда, произлази да су производња и испорука воде, као и пречишћавање и одвођење отпадних вода, дјелатности од посебног јавног интереса, да је јединица локалне самоуправе овлашћена да уређује и обезбјеђује обављање ових комуналних дјелатности, те да својим општим актом детаљно пропише услове и начин на који се грађанима пружа ова услуга, материјалне, техничке и друге услове за финансирање, развој, изградњу и одржавање објеката, као и услове за функционисање и техничко-технолошко јединство система и уређаја.

Слиједом наведеног, Суд је оцијенио да је Скупштина Општине Прњавор била овлашћена да, са циљем провођења релевантних одредаба Закона о комуналним дјелатностима, донесе оспорену одлуку, којом је уређена изградња, управљање, одржавање и коришћење јавног водовода и јавне канализације на подручју општине Прњавор.

Међутим, по оцјени овог суда, оспореним прописивањем из члана 16. ст. 5. и 6. предметне одлуке Скупштина Општине Прњавор је изашла из оквира законских овлашћења и прописала накнаду која није у сагласности са Законом о комуналним дјелатностима. Приликом ове оцјене, Суд је, прије свега, имао у виду да комуналне објекте чине, између осталог, и сама постројења, опрема и инсталације комуналне инфраструктуре, те да

је, према члану 13. став 1. тачка б) Закона о комуналним дјелатностима, давалац комуналне услуге дужан да обезбиједи исправност и функционалност комуналних објеката и уређаја. Поред тога, чланом 20. ст. 1. и 2. овог закона прописано је да се средства за обављање комуналних дјелатности индивидуалне комуналне потрошње обезбјеђују из цијене комуналне услуге, те да се из ове цијене обезбјеђују и средства за покриће укупних расхода даваоца комуналне услуге и унапређење постојећих комуналних објеката и уређаја. Како из наведених законских одредаба произлази, мјерно мјесто и мјерни инструмент (водомјер) чине саставни дио комуналне инфраструктуре и средства за њихово одржавање се обезбјеђују из цијене комуналне услуге, односно у ту цијену улазе сви трошкови које давалац ове комуналне услуге сноси приликом производње и испоруке воде. Због тога је, по оцјени Суда, комунално предузеће које је давалац комуналне услуге производње и испоруке воде дужно да из цијене коју плаћају крајњи корисници ове комуналне услуге обезбиједи одржавање мјерног мјеста и мјерног инструмента, као и њихово исправно функционисање, без увођења посебне накнаде за њихово одржавање, јер плаћање накнаде за комуналну дјелатност индивидуалне комуналне потрошње није у сагласности са Законом о комуналним дјелатностима. С обзиром на то да оспорене норме предметне одлуке нису у складу са овим законом, тиме је истовремено нарушено начело законитости из члана 108 став 2. Устава.

*Одлука број: У-31/20 од 31. марта 2021. године
“Службени гласник Републике Српске”, број 32/21*

ФИНАНСИЈСКА ПОДРШКА ПОРОДИЦИ ЗА СВАКО НОВОРОЂЕНО ДИЈЕТЕ

С обзиром на то да доносилац оспореног подзаконског нормативног акта законом није овлашћен да уређује одређену област, његовим доношењем од стране неовлашћеног субјекта дошло је до повреде уставних начела законитости, владавине права и подјеле власти.

Из образложења

Душан Перић из Бијељине је дао Уставном суду Републике Српске иницијативу за оцјењивање законитости Одлуке о финансијској подршци породици за свако новорођено дијете на територији Општине Угљевик, број

02/40-482/20 од 2. марта 2020. године („Службени билтен Општине Угљевик“ број 1/20). Давалац иницијативе сматра да начелник Општине, сходно одредби члана 5. Закона о дјечијој заштити („Службени гласник Републике Српске“ бр. 114/17 и 122/18), није имао овлашћења да донесе оспорену одлуку, већ је то могла да уради само локална скупштина општине, због чега сматра да је наведена одлука у цијелости незаконита. У иницијативи се указује да је оспорена одлука слична општем акту о чијој је уставности и законитости Уставни суд одлучио у предмету број У-19/19.

У одговору на наводе из иницијативе доносилац оспореног акта указује на одредбе члана 17. став 2, чл. 24, 25. и 82. став 3. Закона о локалној самоуправи („Службени гласник Републике Српске“ бр. 97/16 и 36/19), чл. 5. и 10. Закона о дјечијој заштити („Службени гласник Републике Српске“ бр. 114/17 и 122/18), те члана 60. Статута општине Угљевик („Службени билтен општине Угљевик“ бр. 7/18), сматрајући да није поступио супротно одредбама наведених закона. Поред тога истиче да није прекорачио своја законска овлашћења и да је доношење оспорене одлуке било у циљу предузимања мјера популационе политике на подручју општине Угљевик, као и да је иста донесена сагласно Одлуци Суда у предмету број У-19/19. Сходно наведеном, предлаже се да Суд не прихвати дату иницијативу.

Одлуку о финансијској подршци породици за свако новорођено дијете на територији општине Угљевик („Службени билтен Општине Угљевик“ број 1/20) донио је начелник Општине Угљевик, на основу члана 82. став 3. Закона о локалној самоуправи Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 97/16) и члана 89. Статута Општине Угљевик („Службени билтен Општине Угљевик“ број 7/18). Овом одлуком се прописују начин, услови, критеријуми и поступак финансијске подршке породици у циљу унапрјеђења популационе политике, тако што ће се финансијски стимулисати породице за свако новорођено дијете на територији општине Угљевик (члан 1), одређује да право на финансијску подршку остварују породиље са пребивалиштем на територији општине Угљевик (најмање шест мјесеци прије рођења дјетета), за свако новорођено дијете (члан 2), прописује да се право из члана 2. ове одлуке остварује исплатом једнократног новчаног давања по основу новорођеног дјетета на рачун породиље у износу: од 400,00 КМ ако су оба родитеља запослена, уколико се ради о првом или другом дјетету, од 500,00 КМ, ако је један родитељ незапослен, уколико се ради о првом или другом дјетету, од 600,00 КМ, ако су оба родитеља незапослена, уколико се ради о првом или другом дјетету, од 700,00 КМ уколико се ради о трећем, четвртном и сваком следећем новорођеном дјетету, без обзира на радни статус родитеља, као и да се сред-

ства за остваривање ове финансијске подршке обезбјеђују у Буџету општине Угљевик (члан 3). Чланом 4. Одлуке је прописан начин подношења захтјева за остваривање права из члана 2. Одлуке, док је у члану 5. исте утврђена надлежност начелника да одлучује о остваривању наведеног права. Чланом 6. Одлуке прописано је да породиље које су оствариле право на финансијску подршку на основу Правилника о финансијској подршци породиљама на територији општине Угљевик („Службени билтен Општине Угљевик“ број 3/17) немају право на финансијску подршку у складу са овом одлуком. Чланом 7. овог општег акта је одређено да ова одлука (у Одлуци погрешно назначено Правилник) ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном билтену Општине Угљевик“.

У поступку оцјењивања уставности и законитости оспорене одлуке, Суд је имао у виду да је Уставом утврђено: да се уставно уређење Републике темељи, између осталог, на владавини права, те на парламентарној демократији и подјели власти (члан 5. став 1. ал. 4. и 7), да се државна власт у Републици организује на начелу поделе власти (члан 69. став 1), да општина преко својих органа, у складу са законом, извршава законе, друге прописе и опште акте Републике чије извршавање је повјерено општини, те обезбјеђује извршавање прописа и општих аката општине (члан 102. став 1. тачка б), док је ставом 2. овог члана Устава утврђено да се систем локалне самоуправе уређује законом. У складу са чланом 108. Устава закони, статут, други прописи и општи акти морају бити у сагласности са Уставом, а прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом.

Суд је имао у виду да је Законом о локалној самоуправи („Службени гласник Републике Српске“ бр. 97/16 и 36/19) прописано: да је скупштина представнички орган, орган одлучивања и креирања политике јединице локалне самоуправе, који у смислу овог закона, има надлежност да доноси статут, као и одлуке и друга општа акта о обављању функција из области културе, образовања, спорта, здравства, социјалне заштите, информација, занатства, туризма, угоститељства и заштите животне средине (члан 39. ст. 1. и 2. тач. 1. и 9), да органи јединице локалне самоуправе у вршењу послова из своје надлежности доносе: статут, пословник, одлуке, правилнике, наредбе, рјешења, упутства, закључке, препоруке, резолуције, стратегије, планове и програме, да скупштина, између осталог доноси одлуке (члан 82. ст. 1. и 2).

Суд је узео у обзир да је Законом о дјечијој заштити („Службени гласник Републике Српске“ бр. 114/17, 122/18 и 107/19) прописано: да је дјечја заштита у смислу овог закона дјелатност од општег интереса за Републику Српску, а чине је организоване активности којима се обезбјеђује: подр-

шка за рађање дјецe и усклађивање рада и родитељства, стварање основних услова за уједначавање нивоа задовољавања развојних потреба дјецe, помоћ породици са дјецом у остваривању њене репродуктивне, заштитне, васпитне и економске функције, побољшавање материјалног положаја породица са дјецом, посебна финансијска подршка породици за рођење трећег дјетета (члан 2), да су у складу са овим законом носиоци дјечије заштите Република и јединица локалне самоуправе, те да јединица локалне самоуправе доноси годишњи и средњорочни програм дјечије заштите на основу демографске анализе и социјалног стања становништва, доноси одлуку о проширеним правима из области дјечије заштите и обезбјеђује средства за реализацију проширених права (члан 5), да су права из дјечије заштите, према овом закону: помоћ за опрему новорођенчета, матерински додатак, додатак на дјецу, рефундација накнаде плате за вријеме коришћења породилског одсуства, рефундација накнаде плате за вријеме рада са половином пуног радног времена ради појачане њега дјетета до три године живота, рефундација накнаде плате за вријеме рада са половином пуног радног времена ради појачане њега и бриге о дјетету са сматњама у развоју, задовољавање развојних потреба дјецe, пронаталитетна накнада за трећерођено и четврторођено дијете, накнада родитељу - његоватељу или његоватељу (члан 10).

Имајући у виду изложено, Суд је утврдио да дјечија заштита подразумијева скуп дјелатности и социјалних политика у оквиру републичког и локалног нивоа финансирања. Ријеч је о активностима из домена дјечије социјалне заштите које су усмјерене на смањење, односно отклањање стања ризика или потребе код дјецe или њихових породица. Садржај мјера заштите према породици, између осталог, чини давање у новцу, а с циљем унапређења породичног живота кроз стварање услова за одговарујућу бригу о дјеци, и то путем компензирања увећаних финансијских давања узрокованих њиховим потребама. Иако се породична давања, поготово када је ријеч о пронаталитетној политици, разликују од система социјалне помоћи, политика према породици је, према мишљењу Суда, неодвојиви дио укупне социјалне политике.

Узимајући у обзир наведено, као и да дјелатност социјалне заштите обухвата, између осталог, мјере и активности за стварање услова за остваривање заштитне функције породице (члан 2. став 3. Закона о социјалној заштити („Службени гласник Републике Српске“ бр. 37/12, 90/16, 94/19 и 42/20), те имајући у виду да скупштина општине/града, између осталог, доноси одлуке о обављању функција локалне самоуправе из области социјалне заштите (члан 39. став 2. тачка 9) Закона о локалној самоуправи),

Суд је утврдио да је у надлежности, у конкретном случају, Скупштине Општине Угљевик да пропише начин, услове, критеријуме и поступак финансијске подршке породици у циљу унапређења популационе политике на територији општине Угљевик.

Како је оспорену Одлуку о финансијској подршци породици за свако новорођено дијете на територији Општине Угљевик донио начелник Општине Угљевик, који према Закону о локалној самоуправи није овлашћен да својим актом уређује предметне односе, ова одлука, по оцјени Суда, у цјелини није у сагласности са наведени законом.

С обзиром на утврђену незаконитост оспореног општег акта, а која је последица прекорачења овлашћења начелника Општине Угљевик, Суд је утврдио да су њоме повријеђена начела зајемчена чланом 102. став 1. тачка 6) Устава, те чланом 108. Устава. Прописујући на оспорени начин, начелник Општине Угљевик је поступио супротно и зајемченим начелима владавине права и подјеле власти из члана 5. став 1. ал. 4. и 7. и члана 69. став 1. Устава.

*Одлука број: У-25/20 од 29. априла 2021. године
“Службени гласник Републике Српске”, број 45/21*

ОГРАНИЧЕЊА УСТАВНОГ ПРАВА НА СЛОБОДУ КРЕТАЊА

Будући да се само законом могу увести ограничења кретања уколико је то неопходно ради заштите безбједности и здравља људи, Републички штаб за ванредне ситуације није био овлашћен да оспореним актима ограничи и забрани кретање чиме је на себе преузео законодавна овлашћења, што је супротно уставним начелима владавине права и подјеле власти.

Из образложења

Дејан Савановић из Бањалуке дао је Уставном суду Републике Српске (у даљем тексту: Суд) иницијативу за покретање поступка за оцјењивање, у суштини, уставности и законитости тачке 1. (у иницијативи погрешно означено као члан 1. ст. 1), 2) и 3) Закључка о ограничењу и забрани кретања на територији Републике Српске број: 16-3/20 од 6. априла 2020. који је донио Републички штаб за ванредне ситуације, сматрајући да су наведене одредбе у супротности са чл. 21, 14, 18. и 19. Устава Републике Српске (у даљем тексту: Устав). Давалац иницијативе објашњава да оспо-

рени закључак не садржи образложење критеријума на основу којег је закључено да корона вирус представља непосредну опасност, због чега се не може знати зашто је полицијски час неопходан, као и да начин на који се спроводи полицијски час представља мучење, свирепо, нехумано и понижавајуће поступање и кажњавање те мјеру кућног затвора без суђења и права на одбрану.

У иницијативи се истиче да члан 43. Закона о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник Републике Српске“ број 90/17) није могао послужити као правни основ за доношење оспореног закључка јер није постојало утемељење за установљавање неопходности полицијског часа. Такође, наводи се да је закључак недоречен, што оставља могућност за произвољна тумачења у пракси, као и да исти није здравствени пропис јер не прави разлику између болесних и здравих адресата, а његова примјена повјерена је полицији. Давалац иницијативе сматра да би оглашавање оспореног закључка неуставним мотивисало Републички штаб за ванредне ситуације да донесе ваљане мјере за спречавање епидемије.

У одговору који је Суду доставио доносилац оспореног закључка се истиче да је оспорени закључак престао да важи у току поступка пред Судом те да су, у смислу члана 57. став 1. тачка а), испуњене претпоставке за обуставу поступка. Доносилац оспореног закључка наводи да је Влада Републике Српске, на приједлог Републичког штаба за ванредне ситуације, Одлуком објављеном у „Службеном гласнику Републике Српске“ број 25/20, за територију Републике Српске прогласила ванредну ситуацију због епидемиолошке ситуације изазване корона вирусом, те да је, из истих разлога, Народна скупштина Републике Српске, Одлуком објављеном у „Службеном гласнику Републике Српске“ број 31/20 прогласила ванредно стање за територију Републике Српске. У одговору се парафразира прописивање из Закона о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама („Службени гласник Републике Српске“ бр. 121/12 и 46/17), уз нагласак на одредбе члана 6. став 1. тачка б) и члана 45. став 1. тачка з) тог закона, те истиче да су грађани Републике Српске на одговарајући начин били упознати с уведеним ванредним мјерама. Наводи се да је прописивањем према којем се оспорени закључак примјењује од дана његовог доношења до 13. априла 2020. године, ограничено важење забране кретања, а како би се преиспитала неопходност предметне забране. Позивајући се на одредбе члана 21. став 2. Устава, члан 2. став 3. и 4. Протокола 4. уз Европску конвенцију о заштити основних људских права и слобода, те члан 43. Закона о заштити становништва од заразних болести, доносилац оспореног акта

истиче да су неосновани наводи даваоца иницијативе према којем је предметно ограничење кретања у супротности са чл. 21, 14, 18 и 19. Устава.

Оспорени Закључак о ограничењу и забрани кретања на територији Републике Српске број: 16-3/20 од 6. априла 2020. године донио је Републички штаб за ванредне ситуације на основу члана 45. тач. б), г) и з) Закона о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама („Службени гласник Републике Српске“ бр. 121/12 и 46/17), члана 43. Закона о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник Републике Српске“ број 90/17), Одлуке о проглашењу ванредне ситуације у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“ број 25/20), а у вези са Закључком о обавезном спровођењу мјера за реаговање на појаву болести изазване новим вирусом корона (COVID – 19) у Републици Српској број 11-2/20 од 30.3.2020. године.

Оспореном тачком 1. Закључка је прописано да се, у циљу спречавања ширења болести изазване новим вирусом корона (COVID – 19), у Републици Српској, наређује забрана кретања: лицима са навршених 65 и више година живота од 00.00 до 24.00 часа (подтачка 1), свим лицима без обзира на године живота, у времену од 20.00 до 05.00 часова (подтачка 2) и свим лицима изван њиховог мјеста пребивалишта/боравишта, од суботе у 12:00 часова до недјеље у 18:00 часова (подтачка 3).

Тачком 7. Закључка је прописано да закључак ступа на снагу даном доношења и да се примјењује до 13. априла 2020. године.

У поступку оцјењивања уставности и законитости оспореног закључка Суд је имао у виду да је Уставом утврђено: да се уставно уређење Републике темељи, између осталог, на владавини права те на парламентарној демократији и подјели власти (члан 5. став 1. алинеје 4. и 7), да се законом могу увести ограничења кретања само ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или ради заштите безбједности и здравља људи (члан 21. став 2), да се државна власт у Републици организује на начелу подјеле власти, те да уставотворну и законодавну власт остварује Народна скупштина (члан 69. ст. 1. и 2). У складу са чланом 108. Устава закони, статuti, други прописи и општи акти морају бити у сагласности с Уставом, а прописи и други општи акти морају бити у сагласности са законом.

Суд је имао у виду да је Законом о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама („Службени гласник Републике Српске“ бр. 121/12 и 46/17) прописано: да је систем заштите и спасавања дио система безбједности и интегрисани облик управљања и организовања субјеката и снага система заштите и спасавања на спровођењу превентивних и оперативних мјера и извршавању задатака заштите и спасавања људи и материјалних добара

од елементарне непогоде и друге несреће, укључујући и мјере опоравка од њихових посљедица (члан 2), да су снаге за заштиту и спасавање, између осталог, Републички штаб за ванредне ситуације и специјализоване јединице заштите и спасавања које формира Влада Републике Српске (члан 4. тачка а), да систем заштите и спасавања у смислу овог закона подразумијева: планирање, припремање и спровођење мјера и активности на заштити и спасавању, заштиту као скуп превентивних мјера усмјерених на јачање отпорности друштва, отклањање могућих узрока угрожавања, смањење утицаја и спречавање елементарне непогоде и друге несреће и у случају да до њих дође, умањење њихових посљедица, координацију при успостављању, изради и реализацији Програма за смањење ризика од елементарне непогоде и друге несреће у Републици, спасавање и пружање помоћи кроз организовање цивилне заштите, као превентивне и оперативне активности које се предузимају у циљу спасавања људи, материјалних и културних добара и животне средине, предузимање мјера и активности на ублажавању и отклањању непосредних посљедица усљед елементарне непогоде и друге несреће и стварање неопходних услова за живот људи на угроженом подручју, организовање, опремање и оспособљавање снага заштите и спасавања, републичких органа управе и других органа, привредних друштава, других правних лица и предузетника за заштиту и спасавање, организовање и оспособљавање грађана за све видове заштите, управљање, координацију и руковођење субјектима и снагама система заштите и спасавања у ванредним ситуацијама, пружање, тражење помоћи и сарадњу са другим земљама и међународним организацијама и друге послове и задатке заштите и спасавања (члан 6), да су снаге за заштиту и спасавање: Републички штаб за ванредне ситуације и специјализоване јединице заштите и спасавања које формира Влада Републике Српске (члан 8. тачка а), да су превентивне активности заштите и спасавања: израда процјене угрожености од могућих ризика од опасности, израда планова заштите и спасавања, уређење простора и објеката у функцији заштите и спасавања, успостављање система заштите и спасавања и ангажовање лица и обезбјеђивање материјалних и других средстава за извршење планираних задатака (члан 13), да су оперативне активности за заштиту и спасавање активности које се предузимају: у случају непосредне пријетње и ризика од опасности, за вријеме ризика од опасности и за отклањање посљедица у току опасности и послје престанка опасности (члан 14), да Влада у области заштите и спасавања обезбјеђује изградњу и развој система заштите и спасавања Републике и планско повезивање дијелова система и задатака у јединствену цјелину те, између осталог, оснива Републички штаб за ванредне си-

туације (члан 18. тачка л), да се за координацију и руковођење приликом заштите и спасавања у ванредним ситуацијама у складу с овим законом и другим прописима, као оперативно-стручно тијело за територију Републике формира Републички штаб за ванредне ситуације (члан 40. тачка а), да Одлуку о проглашењу ванредне ситуације за територију Републике или дио територије Републике доноси Влада на приједлог Републичког штаба за ванредне ситуације (члан 41. став 2), да Штаб за ванредне ситуације руководи и координира рад субјеката и снага система заштите и спасавања на спровођењу утврђених задатака, руководи и координира спровођење мјера и задатака заштите и спасавања, разматра и даје мишљење на приједлог Процјене угрожености и приједлог Плана заштите и спасавања од елементарне непогоде и друге несреће, прати стање и организацију заштите и спасавања и предлаже мјере за њихово побољшање, наређује употребу снага за заштиту и спасавање, средстава помоћи и других средстава која се користе у ванредним ситуацијама, ради на редовном информисању и обавјештавању становништва о ризицима, опасностима и предузетим мјерама, прати организацију, опремања и обучавања јединица и тимова за заштиту и спасавање, овлашћених, оспособљених правних лица, сарађује са надлежним органима заштите и спасавања сусједних држава у ванредним ситуацијама и доноси приједлоге, закључке и препоруке (члан 45), да Републички штаб за ванредне ситуације, поред послова из члана 45. овог закона, обавља и сљедеће послове: наређује штабовима за ванредне ситуације предузимање мјера и активности за заштиту и спасавање, разматра и даје мишљење на Програм за смањење ризика од елементарне непогоде и друге несреће у Републици, наређује ангажовање и употребу снага и средстава заштите и спасавања са подручја неуgroжених општина или градова на подручје угрожених општина или градова, предлаже Влади доношење одлуке о тражењу, прихватању, односно пружању помоћи сусједним и другим државама и ангажује оспособљена правна лица и друге организације од значаја за Републику (члан 47).

Суд је узео у обзир да је Законом о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник Републике Српске“ бр. 90/17) прописано: да се ванредне мјере за спречавање и сузбијање заразних болести спроводе у ситуацији у којој долази до угрожавања безбједности и здравља људи постојањем непосредне опасности за масовно преношење заразних болести те да ванредне мјере из става 1. овог члана, између осталог, обухватају ограничење кретања у зараженом и угроженом подручју и стављање под здравствени надзор лица које је било у контакту са зараженим лицем (члан 43. ст. 1. и 2. тачка 1), да Дом здравља пријављује Институту поја-

ву епидемије заразне болести за подручје јединице локалне самоуправе за коју је основан или у оквиру које дјелује, да у складу с епидемиолошким надзором и процјеном ризика за појаву и ширење заразне болести, Институт даје процјену о угроженом и зараженом подручју, те Министарству здравља и социјалне заштите (у даљем тексту: Министарство) предлаже проглашење епидемије од већег епидемиолошког значаја, да на основу процјене и приједлога Института из става 2. овог члана министар наредбом проглашава појаву епидемије од већег епидемиолошког значаја и наређује мјере које се у том случају морају спроводити на зараженом подручју (члан 44. ст. 1, 2. и 3).

Имајући у виду изложено Суд је утврдио да је доносећи оспорени Закључак о ограничењу и забрани кретања на територији Републике Српске број: 16-3/20 од 6. априла 2020. године Републички штаб за ванредне ситуације прекорачио своја овлашћења оперативно-стручног тијела формираног за координацију и руковођење приликом заштите и спасавања на територији Републике (члан 40. тачка а) те чл. 45. и 47. Закона о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама).

Такође, Суд је утврдио да Републички штаб за ванредне ситуације није био овлашћен ни да, у смислу члана 43. Закона о заштити становништва од заразних болести, који је, између осталог, послужио као правни основ за доношење оспореног закључка, „ограничи кретање у зараженом и угроженом подручју“, а имајући у виду надлежности министра здравља и социјалне заштите у овом контексту (члан 44. став 3. истог закона).

Узимајући у обзир да је чланом 21. став 2. Устава утврђено да се само законом могу увести ограничења кретања, уколико је то, између осталог, неопходно ради заштите безбједности и здравља људи, Суд је утврдио да Републички штаб за ванредне ситуације није био овлашћен да оспореним општим актом „ограничи и забрани кретање на територији Републике Српске“. Поступајући на описани начин ово тијело је, супротно члану 69. став 2. Устава, на себе преузело законодавна овлашћења Народне скупштине Републике Српске, чиме је поступило супротно и зајамченим начелима владавине права и подјеле власти из члана 5. став 1. ал. 4. и 7. и члана 69. став 1. Устава. Поред тога, како оспорени закључак није донесен у циљу извршавања закона, већ је њиме извршено непосредно уређивање односа који према члану 21. став 2. Устава представљају законску материју, оспорени закључак није сагласан ни са чланом 108. став 2. Устава.

С обзиром на то да Републички штаб за ванредне ситуације није надлежан да својим актом уређује предметне односе, оспорени закључак, по оцјени Суда, у вријеме важења, у цјелини није био у сагласности с Уста-

вом, Законом о заштити и спасавању у ванредним ситуацијама и Законом о заштити становништва од заразних болести.

Узимајући у обзир раније утврђене разлоге неуставности и незаконитости оспореног општег акта Суд је оцијенио да остали наводи даваоца иницијативе нису од значаја за одлучивање у овој уставноправној ствари.

С обзиром на чињеницу да је у току поступка пред овим судом, Републички штаб за ванредне ситуације 27. априла 2020. године донио Закључак о ограничењу и забрани кретања на територији Републике Српске број 26-2/20, који је ступио на снагу даном доношења, и чијом тачком 6. је стављен ван снаге оспорени закључак, Суд је уставност и законитост оспореног акта оцијенио у вријеме његовог важења, сагласно овлаштењу Суда из одредбе члана 3. Закона о Уставном суду Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број 104/11 и 92/12).

ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Припремио: проф. др Владимир М. Симовић

ПРАВО НА ЛИЧНУ СЛОБОДУ И БЕЗБЈЕДНОСТ И ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Испуњење новчане обавезе

Оспорена одредба члана 105 Закона о прекршајима у складу је са чланом II/3д) Устава Босне и Херцеговине и чланом 5 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Наведена одредба задовољава стандарде права на слободу личности зато што је с процедуралног аспекта довољно јасна и прецизна и, сагледана у цјелини, задовољава све потребне гаранције које обезбјеђују да лишење слободе не буде произвољно. Осим тога, оспорена одредба задовољава стандард пропорционалности јер њена сврха није казна него принуда да се обезбједи испуњење новчане обавезе, а околност да и након лишења слободе (до 15 дана) остаје евидентирана у Регистру новчаних казни је оправдана с аспекта њеног трајања, јер се у сваком случају брише по истеку пет година од правоснажности судског рјешења - прекршајног налога.

Одредба члана 105 Закон о прекршајима у складу је и са чланом II/3е) Устава Босне и Херцеговине и чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода јер не покреће питање утврђивања одговорности за почињени прекршај, а стога ни питање утврђивања кривичне оптужбе, већ искључиво питање лишења слободе због неиспуњења обавезе која је претходно утврђена. Осим тога, оспорена одредба не доводи у питање принципе из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода као што су право приступа суду, право на одбрану и остало на шта је указао подносилац захтјев.

Из образложења:

Уставни суд сматра да оспорена одредба члана 105 став 2 ЗОП-а (Закон о прекршајима - „Службене новине Федерације БиХ“ број 63/14) испуњава захтјев пропорционалности јер је постигнута правична равнотежа између обезбјеђења испуњења обавезе и права на слободу. Оправдано је стога да

лишење слободе због неплаћања у прекршајном поступку не утиче сразмјерно на изречену казну, јер би се другачијим тумачењем изгубила сврха принуде ради плаћања новчане казне.

Из садржаја одредбе члана 105 ЗОП-а не произлази да покреће питање утврђивања одговорности за почињени прекршај, а стога ни питање „кривичне оптужбе“. Наведена одредба покреће искључиво питање лишења слободе због неиспуњења обавезе – неплаћања новчане казне. Тек се у случају неиспуњења претходно утврђене обавезе, активира лишење слободе због њеног неиспуњења из члана 105 ЗОП-а као средство принуде ради испуњења те обавезе. Осим тога, Уставни суд је испитао да ли одредба члана 105 ЗОП-а експлицитно искључује неке од принципа из члана 6 Европске конвенције, имајући у виду наводе подносиоца захтјева (оспорена одредба не гарантује право приступа суду и саслушање пред судом; кажњеницима је ускраћено право на одбрану; „опсег дискреције надлежних тијела“ није ограничен, а одређивање лишења слободе због неплаћања новчане казне препуштено је неограниченој дискрецији судијске воље).

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-2286/21 од 5 октобра 2021. године)

ПРАВО НА СЛОБОДУ И СИГУРНОСТ ЛИЧНОСТИ

Притвор

Нема кршења права на слободу и сигурност особе из члана II/3д) Устава Босне и Херцеговине и члана 5. став 1. тачка ц), те ст. 2, 3 и 4 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода када су одлуку о продужењу притвора донијели редовни судови на начин и у поступку прописаном законом, при чему су на јасан и аргументован начин, који не одаје дојам произвољности, образложили постојање основане сумње, као и постојање посебних притворских разлога из разлога прописаних чланом 132 став 1 тачка ц) Закона о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, указујући на постојање нарочитих околности за продужење притвора из члана 135 став 3, те позивајући се на релевантне законске одредбе зашто апеланту нису достављени сви докази, указујући на заштиту интереса врло комплексне истраге, с довољно датих навода апеланту у том погледу. Уз то, нема ништа што указује да је апеланту повријеђено право из члана 5 став 2 Европске конвенције или да му је онемо-

гућено да „изнесе одбрану“ у односу на приједлог тужилаштва да се апеланту продужи притвор.

Из образложења:

Уставни суд запажа да је редовни суд утврдио (на темељу прикупљених доказа) да постоји основана сумња да је апелант организовао и руководио групом за организовани криминал, да је апелант припремао и договарао набавку опојне дроге, њен надзор и чување, превоз и даљу продају, те преузимање новца за продају (указујући на доказе). Даље, у рјешењима редовних судова је наведено да је Тужилаштво у приједлогу за продужење притвора указало да је 5. јула 2021. године донијело наредбу о проширењу истраге, као и да је донијело одлуку да се одбрани, у складу са чланом 47 ст 1 и 2 Закона о кривичном поступку Врчко distrikta Bosne i Hercegovine („Службени гласник Брчко distrikta БиХ“ бр. 34/13 – пречишћени текст, 27/14, 3/19 и 16/20), дио достављених доказа не доставља јер би њиховим откривањем могао бити доведен у опасност циљ истраге, те су ти докази таксативно наведени и побројани у рјешењима. Уставни суд даље примјећује да се може и наслутити о каквим се доказима ради. У вези с тим, Уставни суд примјећује да су суду, који је одлучивао о продужењу притвора, достављени сви докази, те да их је он детаљно размотрио како би донио одлуку. Дакле, Уставни суд нема сумње да су судије који су одлучивали у предмету у оба степена у цијелости имали увид у све доказе (што је суд јасно навео), те да су провели тест избалансираности јавног интереса с апелантовим правом, што се види и из образложења оспорених одлука. Притом, Уставни суд сматра да се суд руководио неспорним јавним интересом – провођење неометане истраге у врло комплексном предмету.

Уставни суд закључује да се апелант неосновно позива на то да му није омогућен увид у доказе који се односе на продужење притвора будући да из стања списка и образложења оспорених одлука произлази да је апелант неспорно био упознат с кривичним дјелима, са садржајем радњи за које се сумњичи и садржајем доказа битних за доношење одлуке о продужењу притвора, а које је у жалбеном поступку размотрио и Апелацијски суд и дао разлоге зашто је одлука о продужењу притвора у конкретном случају правилна. Коначно, Уставни суд сматра да апеланту није остало непознато за што се основано сумњичи, иако је у овој фази поступка још постојао снажан јавни интерес због којег није могао бити упознат са свим детаљима истраге. Осим тога, апелант је имао могућност учествовати у процесу одлучивања, колико је то било могуће и без откривања свих детаља и материјала које је „оптужба“ жељела задржати тајним до одређене фазе истраге.

С обзиром на наведено, те подржавајући властиту праксу у предметима који су покретали слична правна питања (види Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП-2490/17 од 18. јула 2017. године, доступна на www.ustavnisud.ba), Уставни суд сматра да није прекршено апелантово право из члана 5 став 4 Европске конвенције.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-2991/21 од 16. новембра 2021. године)

ПРАВО ЛИЦА ДА НЕ БУДЕ ПОДВРГНУТО МУЧЕЊУ, НИТИ НЕЧОВЈЕЧНОМ ИЛИ ПОНИЖАВАЈУЋЕМ ТРЕТМАНУ ИЛИ КАЗНИ

Нехуман третман

Не постоји повреда права из члана II/36) Устава Босне и Херцеговине и члана 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода када у конкретном случају нема ничега што би могло указивати на нехуман третман, „тортуру, мучење, уцјену и застрашивање“ током издржавања казне затвора апеланта као осуђене особе у Казнено-поправном заводу затвореног типа, нити постоје елементи који би могли водити закључку о нехуманом поступању према апеланту, односно да је током издржавања казне затвора апелант био подвргнут патњи или тешким условима било којег интензитета који прелази неизбјежан ниво патње присутан код особе лишене слободе.

Из образложења:

У вези са позитивном обавезом надлежних органа и кључног питања у конкретном случају које се односи на то да ли су апелантове притужбе о нехуманом третману у КПЗ (Казнено-поправном заводу затвореног типа), „тортури, мучењу, застрашивању и уцјенама“ дјелотворно испитане, Уставни суд из достављене документације може закључити да су апелантови наводи испитани у оквиру Завода у којем издржава казну а затим и изван Завода. Наиме, полазећи од обавезе државе (надлежних органа) да поштује, штити и остварује право појединца да не буде подвргнут мучењу или нечовјечном или понижавајућем третману, Уставни суд је имао у виду предочену документацију прихватајући при томе дозу флексибилности у погледу допустивости апелације.

Из достављене документације произлази да се апелант због нехуманог третмана у КПЗ затвореног типа жалио надлежним институцијама, Федералном министарству чијом одлуком (која уз апелацију није достављена, нити оспорена) очигледно није био задовољан. Уз то, апелантови наводи о нехуманом и понижавајућем третману у КПЗ испитани су и провјерени инспекцијским надзором и у оквиру овлаштења надлежних тужилаштава, те донесене одлуке према којима се неће проводити кривична истрага јер нема елемената кривичних дјела од „службених особа“ на која је апелант указао. Осим тога, ради помоћи апеланту као осуђеној особи на издржавању дуготрајне казне затвора и превазилажењу потешкоћа које се у таквим ситуацијама неизоставно јављају, формиран је мултидисциплинарни тим, апеланту је обезбијеђено право да у оквиру КПЗ ради, али је помоћ мултидисциплинарног тима одбио, а радни ангажман, како је у одговору на апелацију наведено, углавном је престајао због апелантових честих дисциплинских прекршаја.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-1922/20 од 9. фебруара 2022. године)

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Укњижба права својине

Постоји кршење уставног права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине јер редовни судови у оспореним одлукама, везано за успоставу ранијег земљишнокњижног стања на спорним катастарским честицама у специфичним околностима конкретног предмета, нису дали довољно значаја круцијалној чињеници да је управо због непоступања Општинског вијећа у складу са одредбама Закона о грађевинском земљишту Федерације БиХ, приликом доношења Одлуке која је била основ за дозволу уписа, дошло до незаконите укњижбе права својине у корист Општине Љубушки на спорним честицама, ранијим одлукама редовних судова донесеним у предметном поступку. Те су одлуке касније укинуте на основу Одлуке Уставног суда.

Из образложења:

Уставни суд запажа да су редовни судови у поновном поступку, након доношења Одлуке Уставног суда, афирмисали став Уставног суда о непостојању законског овлаштења у смислу одредаба ЗГЗ (Закона о грађевин-

ском земљишту Федерације БиХ - „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 25/03 и 67/05), за укњижбу права власништва у корист Општине Љубушки на основу Одлуке Општинског вијећа и да су оцијенили да та одлука, која је била основ за доношење ранијег рјешења Општинског суда, а којим је укњижено право својине на, између осталих и спорним катастарским честицама, у корист Општине Љубушки - није могла бити правни основ за укњижбу Општине Љубушки јер није донесена у складу са одредбама ЗГЗ. При томе, Уставни суд примјеђује да се у конкретном случају радило о специфичној ситуацији када се у поновном поступку након доношења Одлуке Уставног суда, на основу које су укинута раније донесене одлуке у предметном поступку (којима је дозвољена укњижба права својине у корист Општине Љубушки на основу Одлуке Општинског вијећа), поново одлучивало о захтјеву за упис права власништва Општине Љубушки на спорним честицама, на основу Одлуке Општинског вијећа као основа за упис, а која евидентно није донесена у складу са одредбама ЗГЗ.

Такође, Уставни суд сматра да да у том контексту редовни судови нису дали довољно значаја чињеници да је Уставни суд својом Одлуком укинуо раније донесену другостепену одлуку у предметном поступку (којим је потврђена првостепена одлука којом дозвољена укњижба права власништва у корист Општине Љубушки.) Имајући у виду изнесено, произилази да у специфичним околностима конкретног предмета те раније одлуке редовних судова нису ни могле да производе правна дејства. Поред тога, Уставни суд сматра потребним да укаже да у конкретном случају не улази у (не)законитост уговора и поравнања везаних за спорне некретнине које је, како то произилази из достављене документације, Општина Љубушки закључила са са трећим лицима, јер то питање улази у домен других поступака, а не конкретног у којем се одлучивало о укњижби права својине у корист Општине Љубушки, на, између осталих, и спорним парцелама

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-3859/20 од 8. јуна 2022. године)

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Грађевинско земљиште у државној својини

Постоји кршење права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине када образложење оспорених одлука не задовољава стандарде права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине у вези са одредбама Закона о грађевинском земљишту.

Из образложења:

Уставни суд подсећа да је у својој пракси у предмету број АП-3316/17 разматрао питање укњижбе права својине у корист Општине Читлук, на основу Одлуке Општинског вијећа Општине Читлук о одређивању грађевинског земљишта у државној својини, на некретнинама уписаним у јавним књигама као „општенародна имовина” (види, Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП-3316/17 од 13. фебруара 2019. године, доступна на web-страници Уставног суда www.ustavnisud.ba). У наведеном предмету Уставни суд је подсјетио на своју праксу из предмета број АП-176/18 (види, Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП-176/18 од 22. и 23. марта 2018. године, објављена на www.ustavnisud.ba) који се тичао правног питања укњижбе права својине Општине на некретнинама у државној својини на основу Одлуке Општинског вијећа у којем предмету је Уставни суд указао да је одредбама Закона о земљишним књигама Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 58/02, 19/03 и 54/04), између осталог, регулисан поступак уписа права својине и других права у земљишну књигу.

Уставни суд сматра да су ставови из Одлуке Уставног суда број АП-176/18 од 23. априла 2018. године у цијелости примјењиви на конкретан случај. Наиме, Уставни суд запажа да из образложења оспорених одлука којима је допуштена укњижба права својине с дијелом 1/1 на предметним некретнинама у корист предлагача - произлази да је у конкретном случају као основ уписа била Одлука о одређивању грађевинског земљишта у државној својини Општинског вијећа Општине Читлук од 26. новембра 2015. године, којом је наложено Земљишнокњижном уреду да у земљишним књигама упише право својине на предметним некретнинама у корист Општине Читлук са дијелом 1/1. Затим, Уставни суд запажа да из садржаја оспорених одлука не произлази да је, у смислу ставова из Одлуке број АП-176/18, утврђено да су у конкретном случају испуњени услови за упис из члана 42 ст. 2 и 3 Закона о земљишним књигама (који се односе на оно

што земљишнокњижни референт испитује приликом провјере захтјева за упис – „2) да ли су документи (исправе) идентични са стањем у земљишној књизи“ и 3) „да ли постоји одобрење из члана 41 став 1 тог закона“).

Стога, Уставни суд сматра да образложење оспорених одлука не задовољава стандарде права на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине, те да се оно, у смислу ставова из Одлуке број АП-176/18, заснива на произвољној примјени материјалног права, *in concreto*, одредаба чл. 42 и 43 Закона о земљишним књигама у вези с одредбама Закона о грађевинском земљишту („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 25/03 и 67/05). Уставни суд налази да је оспореним одлукама, због арбитрарне примјене материјалног права, прекршено апелантово право на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-2636/20 од 9. марта 2022. године)

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Одлучивање о имовинскоправном захтјеву

У конкретном случају Кантонални суд је чигледно произвољно примијенио одредбе члана 212 став 3 Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине због тога што није одлучио о цјелокупном имовинскоправном захтјеву апеланта, те је на тај начин повриједио уставно право апеланта на правично суђење из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине.

Из образложења:

Уставни суд запажа да је апелант, који је неспорно имао својство оштећеног у предметном кривичном поступку (члан 207 Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине БиХ - ЗКПФБиХ - „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 и 59/14 и 74/20), сматрао да је због поступања тада оптуженог Х.Л. и предузимања радњи кривичног дјела за које је Х.Л. оптужен и осуђен њему проузрокована материјална штета у износу од 48.944,65 КМ који је исплаћен 7. јануара 2009. године са рачуна његовог правног предника. Затим, запажа да је апелант у складу са одредбама члана 208 став 1 ЗКПФБиХ Општинском суду поднио приједлог да се ус-

воји његов имовинскоправни захтјев који је тај суд одбио и апеланта упутио да га оствари у парничном поступку.

Општински суд је у пресуди навео да подаци кривичног поступка не пружају поуздан основ за „потпуно или дјелимично“ пресуђење апелантовог имовинскоправног захтјева. Насупрот томе, Кантонални суд је, одлучујући о апелантовој жалби, закључио супротно, те је усвојио апелантов имовинскоправни захтјев на начин да је Х.Л. обавезан да оштећеном „на име накнаде штете исплати износ од 48.944,65 КМ у року од 15 дана по правоснжности пресуде“. Дакле, Кантонални суд је усвојио апелантов имовинскоправни захтјев у дијелу који се тичао главног потраживања.

Међутим, Уставни суд запажа да Кантонални суд у образложењу пресуде, узимајући у обзир одредбе члана 212. став 3 ЗКПФБиХ, није одговорио на који начин је одлучио о дијелу апелантовог имовинскоправног захтјева који се тичао затезних камата. Штавише, Уставни суд запажа да је у одговору на апелацију Кантонални суд навео да је „одлучио о цјелокупном имовинскоправном захтјеву“, а насупрот томе, у допуни одговора је навео да је „у ставу 2 изреке пресуде Кантоналног суда као другостепеног, наведено да у осталом дијелу првостепена пресуда остаје неизмијењена“. С тим у вези, Уставни суд констатује да из образложења пресуде Кантоналног суда не произлази да је тај суд уопште узео у обзир цјелокупан апелантов имовинскоправни захтјев. Дакле, будући да је апелант поставио имовинскоправни захтјев и за затезне камате, а да Кантонални суд за тај дио имовинскоправног захтјева није навео да га је усвојио или одбио, у цјелини или дјелимично, нити је затезне камате уопште споменуо, нити је апеланта експлицитно упутио на парнични поступак, Уставни суд сматра да је на тај начин Кантонални суд произвољно примијенио одредбе члана 212 став 3 ЗКПФБиХ.

Коначно, Уставни суд истиче да није његов задатак да оцјењује основност апелантовог цјелокупног имовинскоправног захтјева. Одговор на то питање је задатак редовног суда. Задатак Уставног суда је и у овој конкретној одлуци био да одговори на питање да ли је дошло до повреде Уставом гарантованих права апеланта.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-3801/20 од 26. јануара 2022. године)

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Суђење у разумном року

Постоји повреда права на правично суђење у односу на доношење одлуке у разумном року из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, имајући у виду да је предметни жалбени поступак пред Кантоналним судом, у радном спору који је по закону хитне природе, трајао четири године и скоро 10 мјесеци, при чему тај суд у одговору на апелацију није понудио никакво оправдање за тако дуго трајање поступка пред тим судом.

Из образложења:

Уставни суд, прије свега, истиче да се, према конзистентној пракси Европског суда за људска права и Уставног суда, разумност дужине трајања поступка мора оцијенити у свјетлу околности појединог предмета, водећи рачуна о критеријима успостављеним судском праксом Европског суда, а нарочито о сложености предмета, понашању страна у поступку и надлежног суда или других јавних власти, те о значају који конкретна правна ствар има за апеланта (види, Европски суд, *Микулић против Хрватске*, апликација број 53176/99 од 7. фебруара 2002. године, Извјештај број 2002-I, став 38).

Такође, Европски суд за људска права је указао да је потребна нарочита марљивост надлежних власти у свим предметима који се тичу личног статуса и својства, а да је овај захтјев нарочито важан у државама у којима домаћи закон прописује да одређени судски поступци имају хитан карактер (види, Европски суд, *Borgese protiv Italije*, пресуда од 26. фебруара 1992. године, Серија А број 228-Б, став 18 и *Нововић против Црне Горе*, представка број 13210/05, пресуда од 23. октобра 2012. године, став 51).

Уставни суд подсећа да, у складу са чланом 31 Правила Уставног суда, у сваком предмету одлучује у оквиру апелационих навода. У вези с тим, Уставни суд запажа да из апелационих навода произлази да апелант искључиво указује да му је право на суђење у разумном року као елемент права на правично суђење повријеђено од Кантоналног суда. Сходно томе, Уставни суд ће као дужину трајања поступка разматрати само период трајања предметног жалбеног поступка пред Кантоналним судом, тј. период од 21. августа 2014. године, као датума када је другостепени суд примио предметни спис на поступање по жалби, па до 16. јула 2019. године, као да-

тума када је Кантонални суд донио одлуку о посљедњем дјелотворном правном лијеку. Дакле, релевантан период који Уставни суд треба узети у обзир при оцјени дужине трајања предметног поступка су четири године и скоро 10 мјесеци.

Уставни суд запажа да је предмет конкретног тужбеног захтјева било потраживање накнада по основу радног односа, те да се, дакле, у конкретном случају ради о поступку који је по закону хитне природе. Надаље, имајући у виду чињенично стање предмета, Уставни суд сматра да евентуална сложеност предмета, као један од критерија које Уставни суд има у виду при оцјени дужине трајања поступка, није утицала на трајање жалбеног поступка, те се стога Уставни суд неће посебно бавити тим питањем.

Анализирајући понашање Кантоналног суда, Уставни суд примјећује да је Кантонални суд одлуку о жалби изјављеној против првостепене пресуде донио након чак четири године и скоро 10 мјесеци од пријема списка предмета у тај суд.

Оцјењујући понашање апеланта у предметном поступку, Уставни суд примјећује (како то произлази из стања предметног апелационог списка) да апелант својим понашањем није допринио дужини трајања предметног поступка.

Уставни суд подсјећа да, према члану 74 став (1) Правила Уставног суда, у одлуци којом усваја апелацију Уставни суд може да одреди накнаду на име нематеријалне штете. Према члану 74. став (2) Правила Уставног суда, ако Уставни суд одреди да је потребно додијелити новчану накнаду, одредиће је на основу праведности, узимајући у обзир стандарде који произлазе из праксе Уставног суда.

С обзиром на одлуку у овом предмету, а имајући у виду пресуде Европског суда против Босне и Херцеговине (види, Европски суд, *Дорић против БиХ*, апликација број 68811/13 од 7. новембра 2017. године, *Шкрбић и Вујичић против БиХ*, апликације бр. 37444/17 и 75271/17 од 6. јуна 2019. године и *Хаџајлић и остали против БиХ*, апликација број 10770/18 од 16. јануара 2020. године), досадашњу праксу, економске услове у Босни и Херцеговини (подаци доступни на www.bhas.ba) и околности конкретног случаја, према члану 74 Правила, односно члану 41 Европске конвенције, Уставни суд сматра да апеланту у конкретном случају на име накнаде нематеријалне штете, због недоношења одлуке у разумном року, треба исплатити износ од 500,00 КМ.

Ову накнаду дужна је да плати Влада Кантона Сарајево у року од три мјесеца од дана достављања ове одлуке, уз обавезу да након истека наведеног рока плати апеланту законску затезну камату на евентуално не-

сплаћени износ или дио износа накнаде одређене овом одлуком. Ова одлука Уставног суда у дијелу који се односи на накнаду нематеријалне штете представља извршну исправу

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-3615/20 од 3. новембра 2021. године)

ПРАВО НА ПРИВАТНИ И ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ, ДОМ И ПРЕПИСКУ

Заштита физичког и психичког интегритета малољетника

Постоји кршење права на приватни живот из члана II/3ф) Устава Босне и Херцеговине и члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода када у околностима конкретног случаја другоапеланткињи као малољетном лицу није пружена одговарајућа заштита у погледу њеног физичког и психичког интегритета јер су у примјени кривичноправних механизма у вези с прикупљањем доказа направљени пропусти и мањкавости у мјери која представља повреду позитивне обавезе надлежних тијела, конкретно тужилаштва, према члану II/3ф) Устава Босне и Херцеговине и члану 8 ове конвенције.

Из образложења:

Уставни суд запажа да произлази да је тужилаштво у тренутку подизања оптужнице, 11 мјесеци након пријаве о догађају и кривичном дјелу, при чему идентификација осумњиченог, односно оптуженог није била спорна, закључило да располаже довољним бројем доказа да је у односу на другоапеланткињу као оштећену почињено кривично дјело. Међутим, током процесуирања се појавила сумња у погледу законитости одређеног броја доказа, након чега су редовни судови извели закључак да су одређени докази незаконити због пропуста у процедури њиховог прибављања и да би другачији став водио битној повреди одредби кривичног поступка. За Уставни суд је неупитно да због специфичности и природе кривичног дјела поводом којег се водио кривични поступак – силовање, радња физичког прегледа и њен резултат, између осталих, представља један од кључних доказа с циљем доказивања да ли је почињено кривично дјело. Осим тога, другоапеланткиња се, захтијевајући дјелотворну заштиту свог права на физички и психички интегритет, обратила полицијској управи, дакле

јавној власти, па се стога не може закључити да је на било који начин утицала на даљњу некооперативност између тужилаштва и полицијске управе као надлежних тијела у погледу поступања према члану 123 Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације БиХ“ бр. 35/03, 37/03 – исправка, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 и 74/20) (недостатак тужилачке наредбе за преглед), што је, како произлази из оспорене пресуде, био разлог за незаконитост тог доказа и доказа који су из њега проистекли (вјештачење).

Из наведене анализе произлази да тужилаштво није имало у виду конкретне, специфичне околности предметног случаја које се, према мишљењу Уставног суда, одгледају у природи кривичног дјела поводом којег се водио поступак (силовање) и другоапеланткињиној старосној доби (у вријеме наводног почињења дјела имала је 14 година, а у вријеме саслушања у својству свједока мање од 16 година), занемарујући при томе да примијени кривичноправне механизме и обезбиједи да се докази прикупе у прописаној процедури. Наведени елементи су изискивали нарочиту пажњу и процјену приликом прикупљања доказне грађе како другоапеланткињи као жртви због пропуста који су се могли отклонити (наредба за физички преглед) не би била ускраћена одговарајућа заштита. Стога, Уставни суд сматра да спорно поступање у посебним околностима овог предмета није пружило одговарајућу заштиту другоапеланткињи од напада на њен физички интегритет и показало је мањкавост у начину на који су прибављени докази на којим је заснована оптужба (*mutatis mutandis*, Европски суд, Исаковић Видовић против Србије, пресуда од 1. јула 2014. године, став 64).

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-3766/20 од 16. децембра 2021. године)

ПРАВО НА СЛОБОДУ ИЗРАЖАВАЊА

Накнада нематеријалне штете

Нема повреде права на слободу изражавања из члана III/3x) Устава Босне и Херцеговине и члана 10 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода када је оспореном одлуком Окружног суда наложено апелантима да тужиоцима исплате накнаду нематеријалне штете нанесене њиховом угледу и части изношењем неистинитих чињеница, при чему је „мијешање“ у право апеланата на слободу изражавања било у складу са законом, имало циљ да „заштити права

других“ и било је „неопходна мјера у демократском друштву“, те је постигнута правична равнотежа између права тужилаца на углед и права апеланата на слободу изражавања.

Из образложења:

Уставни суд подсјећа да је Основни суд испитао ове наводе апеланата на начин да је спроведено вјештачење потписа на предметној пуномоћи, те саслушан и вјештак на наведене околности. Како вјештак приликом давања исказа није био сигуран да ли је приликом вјештачења коришћена оригинална предметна пуномоћ, Основни суд је оцијенио да исказ не потврђује изричито достављени налаз и мишљење, па се на њима није могло засновати утврђење да на предметној пуномоћи није потпис првотужиоца. При томе, Основни суд је узео у обзир да је првотужилац својим поднеском изјавио да је потпис на пуномоћи његов и да су наводи пуномоћника и његови наводи, па је Основни суд закључио да је оспорено коначно мишљење Форензичког центра и да је првотужилац прихватио све радње пуномоћника као своје. Наведени став потврдио је и Окружни суд у оспореној одлуци. Доводећи наведене ставове у везу с релевантним одредбама ЗПП (Закон о парничном поступку – „Службени гласник Републике Српске“ бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08, 45/09, 49/09, 61/13 и 109/21), Уставни суд не види произвољност у наведеном поступању Окружног суда, те сматра да су неосновани ови апелациони наводи.

Надаље, према мишљењу Уставног суда, Окружни суд је за обавезивање апеланата на накнаду нематеријалне штете у прецизираном износу дао јасно образложење, при чему је цијенио начин оцјене доказа и примијенио релевантне одредбе ЗЗК (Закон о заштити од клевете Републике Српске - „Службени гласник Републике Српске“ број 37/01) и ЗОО (Закон о облигационим односима - „Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“ бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04), у чему Уставни суд не види било какву произвољност на штету апеланата, па се, стога, показују неоснованим апелациони наводи о произвољној оцјени доказа и произвољној примјени материјалног права. Такође, Уставни суд запажа да је Окружни суд, супротно наводима апелације, у оспореној пресуди одговорио на оне жалбене наводе које је оцијенио релевантним за одлуку и који су били од одлучног значаја, па Уставни суд и наводе у погледу кршења права на образложену одлуку сматра неоснованим.

У односу на наводе о повреди права на приступ суду, Уставни суд примјећује да је из чињеница предмета евидентно да су редовни судови у конкретном случају на двије судске инстанце расправљали и одлучивали о

меритуму предмета, што, само по себи, искључује постојање повреде права на приступ суду из члана 6 став 1 Европске конвенције, која кореспондира с одредбом члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине (види Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП- 3192/19 од 3. фебруара 2021. године, тачка 59, доступна на интернет страници www.ustavnisud.ba).

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-3853/20 од 20. априла 2022. године)

ПРАВО НА ДЈЕЛОТВОРАН ПРАВНИ ЛИЈЕК У ВЕЗИ СА ПРАВОМ НА ПРИСТУП СУДУ

Рок за подношење тужбе у управном спору

Прекршено је право апеланата на дјелотворан правни лијек из члана 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у вези с правом на приступ суду из члана II/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 ове конвенције у ситуацији када је Врховни суд одбацио тужбе апеланата због протека рока прописаног чланом 18 став 2 Закона о управним споровима иако није са сигурношћу утврдио када су апелантима достављене оспорене одлуке другостепеног органа, односно када није водио рачуна и није узео у обзир да се рок за подношење тужбе у управном спору, прописан одредбом члана 18 став 2 овог закона, рачуна од дана достављања странци оспореног управног акта, а не од дана сазнања.

Из образложења:

Уставни суд запажа да Врховни суд рачуна рок за подношење предметних тужби од дана евентуалног сазнања апеланта за оспорене одлуке управних органа, а не од дана достављања тих оспорених одлука апелантима. Имајући у виду чињеницу да из образложења оспорених одлука Врховног суда произлази да Врховни суд из управних списа није могао са сигурношћу утврдити када су оспорена рјешења другостепеног органа уручена лично апелантима (јер су доставнице о уручењу оспорених рјешења нечитко потписане), нејасно је због чега је Врховни суд, позивајући се на друге управне поступке, утврђивао када су апеланти сазнали за оспорене одлуке, када се рок за подношење тужбе против управног акта рачуна од дана достављања управног акта, а не од дана сазнања за њега. Наиме, у

случају ако Врховни суд није могао са сигурношћу утврдити када су апелантима уручена оспорена рјешења другостепеног органа, логично је да се апелантима иде у корист и омогући судска заштита у управном спору, односно могућност да оспоравају оспорена рјешења другостепеног органа пред судом, поготово када се има у виду да је оспореним рјешењима одлучивано само о правима апеланата (ни на који начин не би било угрожено право неких трећих лица).

При томе, Уставни суд подсјећа да из одредбе члана 25 став 2 ЗУС-а (Закон о управним споровима - „Службене новине Федерације БиХ“ број 9/05) произлази да надлежни суд у случају да утврди да је тужба неблаговремена, може одбацити тужбу у сваком стадију поступка, па се поставља питање зашто се Врховни суд бавио другим управним поступцима с циљем утврђивања датума када су апеланти евентуално сазнали за оспорена рјешења другостепеног органа. Стога, Уставни суд сматра да је Врховни суд произвољно примијенио одредбе члана 18 став 2 у вези са чланом 25 став 1 тачка 1 ЗУС-а када је у околностима конкретних случајева одбацио тужбе апеланата као неблаговремене, не водећи рачуна да се рок за подношење тужбе у управном спору рачуна од дана достављања странци оспореног управног акта, а не од дана сазнања.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП 3598/20 од 11. маја 2022. године)

НЕДИСКРИМИНАЦИЈА У ВЕЗИ СА ПРАВОМ НА ИМОВИНУ

Право на породичну пензију иза умрлог осигураника

Редовни суд и органи управе су примјеном тада важећег Закона о пензијском и инвалидском осигурању, без уважавања опредјелења из Породичног закона о досљедном изједначавању ванбрачне заједнице са брачном заједницом у свим правима и обавезама, укључујући и имовинска права, односно не размотривши основаност апелантициних навода да је ванбрачна партнерка умрлог осигураника, већ *a priori* сматрајући да ванбрачни партнер не спада у категорију лица које могу остварити право на породичну пензију иза умрлог осигураника - прекршили забрану дискриминације из члана II/4 Устава Босне и Херцеговине и члана 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у вези са правом на имовину из члана II/3.к) Устава Босне и Херцеговине и члана 1 Протокола број уз ову конвенцију.

Из образложења:

Уставни суд напомиње да исто правно питање расправљао у предмету број АП-4077/16 (види, Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП-4077/16 од 11. октобра 2018. године, доступна на интернет страници Уставног суда www.ustavnisud.ba). Наиме, у наведеном предмету спорно је било да ли се апелантици као ванбрачном партнеру умрлог корисника пензије може признати право на породичну пензију у складу са одредбама ранијег Закона о пензијском и инвалидском осигурању Федерације БиХ (“Службене новине Федерације БиХ“, бр. 13/18, 93/19, 94/20, 90/21 и 19/22). Оспореним одлукама у том предмету одбијен је апелантицин захтјев за признавање права на породичну пензију након смрти М.Ф. на основу њихове ванбрачне заједнице, с образложењем да је одредбама тада важећег Закона о пензијском и инвалидском осигурању јасно прописано ко има право на породичну пензију, а да то право није прописано у корист ванбрачног друга. У цитираној Одлуци, Уставни суд се реферирао на праксу из Одлуке број АП-4207/13 (види, Уставни суд, Одлука о допустивости и меритуму број АП-4207/13 од 30. септембра 2016. године, доступна на интернет страници Уставног суда www.ustavnisud.ba), а у којој је расправљао слично правно питање.

Доводећи у везу праксу из наведених Одлука Уставног суда, са околностима конкретног предмета, Уставни суд запажа да је пракса из Одлуке број АП-4077/16 примјењива у околностима конкретног случаја. Наиме, Уставни суд сматра да да примјена тада важећег Закона о пензијском и инвалидском осигурању, на начин како су то урадили редовни суд и органи управе у оспореним одлукама, не размотривши основаност апелантициних навода да је ванбрачна партнерка умрлог Е.П, већ *a priori* сматрајући да ванбрачни партнер не спада у категорију лица које могу остварити право на породичну пензију иза умрлог осигураника (иако у ту категорију спада брачни супружник умрлог осигураника) није имала разумно и објективно оправдање. Због тога је апелантица на дискриминирајући начин лишена могућности стицања права на породичну пензију.

С обзиром да је (11. марта 2022. године) у “Службеним новинама Федерације БиХ“, број 19/22 објављен Закон о измјенама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању, који, је узео у обзир ванбрачну заједницу и регулисао стицање права ванбрачним партнерима, Уставни суд сматра да је довољно да предмет врати Кантоналном суду да донесе нову одлуку, у складу с чланом 14 Европске у вези са правом на имовину из члана II/3к) Устава Босне и Херцеговине и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-2891/20 од 6. априла 2022. године)

ПРАВО НА ИМОВИНУ

Ништавост уговора о доживотном издржавању

Мијешање у апелантично право на имовину, учињено оспореним одлукама редовних судова, не испуњава услове законитости јер уписана забиљежба забране апелантици да располаже предметним некретнинама, усљед постојања парничног поступка с циљем утврђења ништавости предметног уговора о доживотном издржавању, не може спријечити укњижбу апелантичног права својине на предметним некретнинама на темељу тог уговора. Стога је дошло до повреде апелантичног права на имовину из члана II/3к) Устава Босне и Херцеговине и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

Из образложења:

Из наведених законских одредби произлази да је циљ забиљежбе (*annotatio*) публикаоње (чињење јавно доступним) одређених правно релевантних чињеница које могу бити од утицаја на стварна права уписана у земљишну књигу у односу на конкретну некретнину и да се забиљежба, између осталог, може састојати у забрани располагања одређеном имовином (некретнином), што је у конкретном случају и одређено рјешењем Општинског суда од 20. септембра 2018. године, на начин да је одређена забиљежба спора по тужби С. М. и Г. Ш. против апелантице ради утврђења ништавости предметног уговора о доживотном издржавању, као правно релевантне чињенице. У таквој ситуацији треће особе су обавијештене (сходно начелу јавности земљишних књига) о постојању наведеног спора, а предлагач осигурања заштићен јер отуђење или оптерећење, супротно налогу суда о забрани према њему - нема правни учинак.

Доводећи наведено у везу с околностима конкретног предмета, Уставни суд сматра да, узимајући у обзир одређену мјеру осигурања којом је апелантици забрањено располагање предметним некретнинама - уписана забиљежба спора не може спријечити укњижбу апелантичног права својине на предметним некретнинама на темељу уговора о доживотном издржавању од 12. јануара 2017. године. Стога, Уставни суд сматра произвољним закључак редовних судова да у конкретном случају постоји сметња која спрјечава укњижбу, у смислу одредбе члана 43 став 2 тачка 4 Закона о земљишним књигама Федерације БиХ („Службене новине Федерације БиХ“ бр. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19 и 94/20). Наиме, у контексту наведеног, права

противника осигурања (који су покренули парнични поступак против апеланткице ради утврђења ништавости предметног уговора о доживотном издржавању) заштићена су чињеницом да евентуално располагање предметним некретнинама од стране апеланткице према њима неће имати правни ефекат, која чињеница је публикована трећим заинтересованим особама, а што је и циљ предметне забиљежбе.

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-1783/20 од 12. јануара 2022. године)

ПРАВО НА СЛОБОДУ КРЕТАЊА

Ограничење кретања и боравка странаца у Босни и Херцеговини

Прекршено је право апеланата на слободу кретања из члана II/3м) Устава Босне и Херцеговине и члана 2 Протокола број 4 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода будући да измјештање апеланата као тражитеља азила у камп „Липа“ од стране припадника Министарства унутрашњих послова Унско-санског кантона не испуњава захтјев „законитости“ из члана 2 Протокола број 4 уз Европску конвенцију јер у кантоналним и федералним прописима у вријеме измјештања апеланата и подношења апелације није постојао правни основ за такво поступање у конкретном случају. Наиме, из законских и подзаконских одредаба на које се позивало Вијеће министара БиХ, у Одлуци о ограничењу кретања странаца као државном пропису који је важио у том периоду - није произлазила законска могућност за изрицање мјера изречених том одлуком.

Из образложења:

Уставни суд примјећује да је у вријеме релокације апеланата и подношења апелације важила Одлука Вијећа министара БиХ о ограничењу кретања и боравка странаца у Босни и Херцеговини, која је ступила на снагу 16. априла 2020. године, као државни пропис. Доводећи у везу одредбе наведене одлуке са чињеницама конкретног предмета из којих произлази да су апеланти у вријеме релокације и подношења апелације били тражитељи азила са уредно пријављеном адресом ван прихватног центра, нарочито одредбама чл. 3 и 7 те одлуке, Уставни суд запажа да се поставља питање да ли је и у одредбама те одлуке постојало овлаштење за спро-

вођење апеланата у камп „Липа“ од припадника Министарства унутрашњих послова Унско-санског кантона и ограничење њиховог кретања у конкретном случају. Међутим, Уставни суд у конкретном случају неће испитивати постојање тих овлаштења с обзиром на то да је да је у предмету број АП-1689/20 (види Одлука Уставног суда о допустивости и меритуму број АП-1689/20 од 9. фебруара 2022. године, доступна на интернетској страници Уставног суда www.ustavnisud.ba) разматрао апелацију коју су апеланти у том предмету – странци који посједују идентификационе документе – картоне тражитеља азила, смјештени у привремени прихватни камп „Ушивак“ поднијели против наведене Одлуке о ограничењу кретања странаца, указујући на повреду истих права и слобода из Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције као и апеланти у конкретном случају (права на слободу и сигурност личности и слободе кретања).

Уставни суд је наведеном одлуком дјелимично усвојио апелацију апеланата у том предмету, утврдио кршење права на слободу кретања из члана II/3м) Устава Босне и Херцеговине и члана 2 Протокола број 4 уз Европску и наложио Вијећу министара Босне и Херцеговине да одмах, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема те одлуке, усклади Одлуку о ограничењу кретања странаца са стандардима из члана II/3м) Устава Босне и Херцеговине и члана 2 Протокола број 4 уз Европску конвенцију. Предметном одлуком Уставног суда одбијене су апелације тих апеланата у дијелу захтјева да се укине Одлука о ограничењу кретања странаца.

С обзиром на то да је утврдио повреду слободе кретања апеланата у контексту „законитости мијешања“, Уставни суд указује да није потребно да испитује остале критерије из теста оправданости мијешања у то право из члана 2 Протокола број 4 уз Европску конвенцију (односно да ли је то мијешање служило легитимном циљу у јавном интересу и одржавало разуман однос пропорционалности између употријебљених средстава и циља који се жели остварити).

(Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине, број АП-2125/20 од 23. фебруара 2022. године)

ПОЗИВ АУТОРИМА

Обавјештавамо Вас да су у току припреме новог броја часописа „СР-ПСКА ПРАВНА МИСАО“, чији су саиздавачи Правни факултет Универзитета у Бањој Луци и Правни факултет Универзитета у Приштини, са привременим сједиштем у Косовској Митровици. Часопис ће се штампати крајем године. Због тога Вас позивамо на сарадњу.

Уколико желите да Ваш научни или стручни рад, коментар, приказ неке научне публикације или неки интересантни примјер из судске праксе буде објављен у наредном броју овог часописа, потребно је:

Да, најкасније до 31. августа ове године, доставите своје радове путем електронске поште: spmisao@pf.unibl.org.

Уз то потребно је да истим путем попуните личне податке аутора и дате изјаву да рад није претходно нигдје објављиван.

Да би радови били објављени морају да добију двије позитивне анонимне рецензије и да испуњавају све задате стандарде (у наставку текста). Радови који не буду написани у складу са тим стандардима неће ни ићи на рецензију и неће бити објављени. Пристигли радови се не враћају и за њих се не плаћа хонорар.

УПУТСТВО

- Радови морају бити достављени на српском и енглеском језику, фонтом Times New Roman, величине 12, а фусноте, као и ознаке за исте које се налазе у тексту, величине 10. Једна фуснота не смије бити дужа од три реда.

- Рукописи чланака не могу бити дужи од једног табака. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 словних знакова у једном реду, односно 28.800 знакова у цијелом раду.

Научни и стручни радови морају да садрже:

- Наслов чланка који се исписује великим словима на средини прве стране, (фонт 14). Наслов треба да буде што краћи и да што јасније објасни суштину садржаја тог чланка.

- Име и презиме аутора и његова научна афилијација (назив установе у којој је запослен) исписују се одмах испод наслова на средини папира (фонт 12). У првој фусноти наводи се ауторово звање и назив институције у којој је запослен, његови подаци за контакт, телефон, мејл адреса).

- Апстракт са кратким оквирним прегледом о садржају рада (до 20 редова) исписује се *италиком* (фонт 12) одмах испод имена и научне афилијације аутора. Слиједе кључне ријечи (до 10 ријечи).

- Међунаслови у тексту не смију бити дужи од једног реда. Пишу се на средини реда великим словима величине 12 и нумеришу се арапским бројевима. Ако у оквиру једног међунаслова има више цјелина, те цјелине морају имати кратке наслове који се исписују на средини реда малим словима и означавају бројем међунаслова и ознаком те цјелине. На примјер: 1.1 или 1.а, итд.

- Закључак је на крају рада и не смије бити дужи од 20 редова.

- Послије закључка се наводи списак коришћене литературе. **Цитирана литература треба да, између осталог, буде из врхунских међународних и домаћих научних часописа, најновијих годишта, и да у раду преовлађује часописна литература.** Удио часописних референци, у смислу односа броја библиографских јединица из научних часописа и укупног броја коришћених извора, треба да буде најмање 60%, а пожељно је да буде преко 80%. Референце се не преводе на језик којим је чланак написан.

На крају чланка на енглеском језику исписује се наслов чланка, име и презиме аутора и његова научна афилијација, резиме и кључне ријечи. Уз име аутора иде фуснота са његовим подацима на енглеском, као на почетку рада.

- Све странице у цијелом раду морају да буду нумерисане.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа, графичким стандардима и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Када се цитира текст из књиге једног аутора, потребно је придржавати се слjedeћих правила: **име и презиме аутора (зарез) наслов књиге написан у италику, у малој загради наводи се мјесто издања (двотачка) издавача и годину издања, и на крају број стране са које се цитира текст.**

Примјер:

Љубомир Тадић, *Филозофија у свом времену* (Београд: Филип Вишњић, 1998), 35.

Када се први пут цитира текст једног аутора пише се пуни облик, а у сваком сљедећем случају навођења тог истог аутора пише се скраћени облик:

Тадић, *Филозофија у свом времену*, 35.

Примјер у навођењу литературе:

Тадић, Љубомир. *Филозофија у свом времену*. Београд: Филип Вишњић, 1998.

Уколико се цитира податак с исте стране из истог дјела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Примјер: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дјела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Примјер: *Ibid*, 69.

2. Текст два или три аутора једне књиге се цитира на начин да у се фусноти наводе имена и презимена аутора, раздвајајући их запетом и везником „и“ код навођења посљедњег аутора.

Примјер:

Драган Лакићевић, Божо Стојановић и Илија Вујачић, *Теоретичари либерализма* (Београд: Службени гласник, 2007), 35.

У скраћеном облику се наводе само презимена аутора.

Скраћени облик:

Лакићевић, Стојановић и Вујачић, *Теоретичари либерализма*, 35.

Код навођења литературе само код првог аутора се наводи прво презиме па име одвојено запетом, а онда остали аутори како је објашњено.

Примјер:

Лакићевић, Драган, Божо Стојановић и Илија Вујачић. Теоретичари либерализма. Београд: Службени гласник, 2007.

3. Текст са четири или више аутора се цитира на начин да се наводи име и презиме првог аутора користећи скраћеницу на крају „и др.“ („et al.“ на енглеском језику) уз већ написано правило.

Примјер:

Владимир Водинелић и др., Право медија с моделом Закона о јавном информисању (Београд: Београдски центар за људска права, 1998), 35.

У скраћеном облику се наводи само презиме првог аутора и скраћеница „и др.“ (et al.).

Скраћени облик:

Водинелић и др., Право медија с моделом Закона о јавном информисању, 35.

3. Код навођења литературе наводе се имена свих аутора, а само код првог аутора се наводи прво презиме па име одвојено запетом, а онда остали аутори како је објашњено.

Примјер:

Водинелић, Владимир, Владимир Ћерић, Саша Гајин, Душан Стојковић и Милош Живковић. Право медија с моделом Закона о јавном информисању. Београд: Београдски центар за људска права, 1998.

4. Ако се цитира текст књиге која има више издања, уз већ објашњена правила и примјере, послије наслова се пише број издања.

Примјер:

Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика, друго издање* (Београд: Досије, 2006), 35

Скраћени облик:

Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика, друго издање*, 35

Примјер у навођењу литературе.

Хасанбеговић, Јасминка. Перелманова правна логика као нова реторика, друго издање. Београд: Досије, 2006

5. Ако је књига зборник радова, као аутор се наводи приређивач тог дјела и уз његово име и презиме додаје се ријеч **уред.** или **прир.**

Примјер:

Светислав Табороши, прир. *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, прилози пројекту 2007* (Београд: Досије, 2007), 35

Скраћени облик:

Табороши, прир. *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, прилози пројекту, 35*

Примјер у навођењу литературе:

Табороши, Светислав, прир. *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ, прилози пројекту 2007*. Београд: Досије, 2007

6. Ако је књига превод, податак о преводиоцу иде послије наслова.

Примјер:

Џон Ролс, *Политички либерализам*, превод Љиљана Николић (Београд: Филип Вишњић, 1998), 35

Скраћени облик:

Ролс, *Политички либерализам*, 35

Примјер у навођењу литературе:

Ролс, Џон. *Политички либерализам*, превод Љиљана Николић. Београд: Филип Вишњић, 1998

7. За електронске књиге, наводи се УРЛ или име базе у којој се књига налази. За остале врсте е-књига, наводи се формат (нпр. e-pub, mobi, azw). Ако у књизи нису означени бројеви страница, наводи се наслов одјелка или поглавља (или се просто изостави).

Примјер:

1. Jurgen Basedow, Toshiyuki Kono, Axel Metzger, *Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2010), 223.
<http://www2.ciando.com/ebook/bid-2169591-intellectual-property-in-the-global-arena-jurisdiction-applicable-law-and-the-recognition-of-judgments-in-europe-japan-and-the-us.html>
 2. Philip B. Kurland and Ralph Lerner, ed., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), поглавље 10, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
 3. Brooke Borel, *The Chicago Guide to Fact-Checking* (Chicago: University of Chicago Press, 2016), 92, ProQuest Ebrary.
- Jules Stuyck, *Commercial and Economic Law in the European Union: 2nd Edition (Alphen aan den Rijn: Walters Kluwer, 2019)*, поглавље 4, Kindle

Скраћени облик

1. Basedow, Kono, Metzger, *Intellectual Property in the Global Arena*, 225-7.
 2. Kurland and Lerner, *Founders' Constitution*, поглавље 4.
 3. Borel, *Fact-Checking*, 104–5.
 4. Stuyck, *Commercial and Economic Law in the EU*, поглавље 5.
8. Чланци објављени у научним часописима цитирају се наводећи: **име и презиме аутора (зарез) под наводницима наслов чланка (зарез) наслов часописа (италик), година излажења, број, свеска (година): страна.**

Примјер:

Бранка Бабовић, „Право на суђење у разумном року и парнични поступак“, *Право и привреда, часопис за правнопривредну теорију и праксу*, XLX, 7-9 (2013): 35

Скраћени облик:

Бабовић, „Право на суђење у разумном року и парнични поступак“, 35

Примјер у навођењу литературе:

Бабовић, Бранка. „Право на суђење у разумном року и парнични поступак“, *Право и привреда, часопис за правнопривредну теорију и праксу*, XLX, 7-9 (2013): стране.

9. Ако се ради о цитирању текста научног чланка из зборника радова, пише се сљедеће: **име и презиме аутора (зарез) под наводницима наслов чланка (зарез) везник у назив зборника у италику (зарез) по могућности навести и име и презиме уредника и писати скраћено уред. у малој загради мјесто издања, издавач и година.**

Примјер:

Олга Јовић, „Брачни уговор *versus* законског имовинског режима“, у *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, уред. Весна Казазић (Неум: Правни факултет Свеучилишта у Мостару, 2011), 35

Скраћени облик:

Јовић, „Брачни уговор *versus* законског имовинског режима“, 35

Примјер у навођењу литературе:

Јовић, Олга. „Брачни уговор *versus* законског имовинског режима“, у *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, уред. Весна Казазић, 25-46. Неум: Правни факултет Свеучилишта у Мостару, 2011.

10. Када се цитира текст преузет из докторске дисертације или магистарског рада, пише се: **име и презиме аутора, наслов под наводницима, у малој загради докторска дисертација, име универзитета, година. Скраћени облик и навођење у литератури пише се као што је већ наведено.**

Примјер:

Наташа Мрвић, „Накнада штете причињене кривичним дјелом“, (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 1991), 35

Скраћени облик:

Мрвић, „Накнада штете причињене кривичним дјелом“, 35

Примјер у навођењу литературе:

Мрвић, Наташа. „Накнада штете причињене кривичним дјелом“, *докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 1991.

11. Цитирани текст преузет на конференцијама, конгресу или научном скупу наводи се пишући име и презиме аутора излагања, наслов рада под наводницима у малој загради *материјал преузет на* назив скупа и датум одржавања.
12. Цитирање научних монографија које су доступне у електронском формату и чланака из online часописа је исто као и код штампаних издања, само што се додаје локацијски податак у виду URL адресе или назива базе података уз датум приступа тој бази.

Пише се **име и презиме аутора, приређивача или уредника, наслов монографије, дисертације или поглавља** у сврху што детаљнијег лоцирања цитираног текста (некада нису видљиви бројеви страна у електронским издањима), URL адреса или назив базе података и датум приступа том електронском извору. Ако чланак има своју DOI ознаку (Digital Object Identifier), треба је написати умјесто УРЛ-а. Након УРЛ-а или DOI ознаке треба написати и датум приступа чланку.

Примјер:

Андреја Катанчевић, „Vona fides као услов узукапије у класичном римском праву“ (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012), <http://doiserbia.nb.rs/phd/fulltext/BG20130618KATANCEVIC.pdf>, приступљено 18.10.2017., 35

Скраћени облик:

Андреја Катанчевић, „Vona fides као услов узукапије у класичном римском праву“, 35

Примјер у навођењу литературе:

Катанчевић, Андреја, „Vona fides као услов узукапије у класичном римском праву“ (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012), <http://doiserbia.nb.rs/phd/fulltext/BG20130618KATANCEVIC.pdf>, приступљено 18.10.2017., 35

Ако је у питању периодика, пише се **име и презиме аутора, наслов чланка под наводницима**, назив часописа, URL адреса или назив базе података и датум приступа том електронском извору.

Примјер:

Милена Полојац, „Римски *societas* у најновијој литератури“, *Анали Правног факултета у Београду*, LIV, бр. 2 (2006)

<http://scindeks.ceon.rs/article.aspx?query=ISSID%26and%265012&page=8&sort=8&stype=0&backurl=%2Fissue.aspx%3Fissue%3D5012>, приступљено 18.10.2017., 35

Скраћени облик:

Милена Полојац, „Римски *societas* у најновијој литератури“, 35

Примјер у навођењу литературе:

Полојац, Милена, „Римски *societas* у најновијој литератури“, *Анали Правног факултета у Београду*, LIV, бр. 2 (2006)

<http://scindeks.ceon.rs/article.aspx?query=ISSID%26and%265012&page=8&sort=8&stype=0&backurl=%2Fissue.aspx%3Fissue%3D5012>, приступљено 18.10.2017.

13. Садржај интернет страница може се цитирати у тексту:

На примјер: („1. маја 2017. године на страници Правног факултета је наведено...“)

Садржај интернет страница може се цитирати у фусноти на сљедећи начин:

А) Уколико интернет страница нуди податке о датуму објављивања или измјенама, наводи се тај датум.

На примјер: „Privacy Policy,” Privacy & Terms, Google, последње измјена 17. април 2017, <https://www.google.com/policies/privacy/>.

Скраћено навођење: Google, „Privacy Policy.”

Б) Уколико интернет страница не нуди податке из тачке А), наводи се датум приступа интернет страници.

На примјер: „О Факултету: Наша историја,” Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, приступљено 4. септембра 2019, <https://pf.unibl.org/nasa-istorija/>.

Скраћено навођење: „Наша историја.“

14. Прописи се наводе пуним називом у италику, затим се наводи глаголу у којем је пропис објављен, број и година објављивања. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст., и тач., а иза посљедњег броја се не ставља тачка.

Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум кад је донесена публикација у којој је евентуално објављена).

Главни и одговорни уредник