



BILTEN SUDSKE PRAKSE



B I L T E N S U D S K E P R A K S E

Broj 6/2016.

IZDAVAČ: SUD BOSNE I HERCEGOVINE

ZA IZDAVAČA: *Medždžida Kreso, predsjednica Suda BiH*

UREĐIVAČKI ODBOR:

Dr. Miloš Babić, sudija, glavni i odgovorni urednik

Vesna Trifunović, sutkinja, zamjenica glavnog i odgovornog urednika

Hilmo Vučinić, sudija

Tihomir Lukes, sudija

Dr. Branko Morait, sudija

Sreto Crnjak, sudija

Zvezdana Antonović, sutkinja

Šaban Maksumić, sudija

Jadranka Brenjo, sutkinja

SEKRETAR UREĐIVAČKOG ODBORA

Lejla Garaplija, pravna savjetnica

Tehnički saradnici Uređivačkog odbora:

Emira Hodžić, registrar

Jasenska Ferizović, pravna savjetnica

Elma Čorbadžić, pravna savjetnica

Milica Pranjić, pravna savjetnica

Una Pelak, pravna savjetnica – asistent

Lektor: *Zlata Ekert*

Štampa: *Štamparija Fojnica d.o.o.*

Tiraž: *250*

© Sud BiH, u Sarajevu. Sva prava su pridržana. Ovo izdanje je interna publikacija Suda Bosne i Hercegovine i elektronski je dostupna na službenoj web stranici Suda Bosne i Hercegovine: www.sudbih.gov.ba.

SADRŽAJ:

I. STRUČNI RADOVI	7
Dr. Miloš Babić i Lejla Garaplija: <i>Sankcije disciplinskog karaktera iz člana 268. ZKP BiH</i>	8
Hilmo Vučinić i Redžib Begić: <i>Krivična djela korupcije i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti</i>	15
Sreto Crnjak: <i>Otvorena pitanja upravnih postupaka u Bosni i Hercegovini</i>	42
Dr. Branko Morait: <i>Osvrt na pokušaje ujednačavanja sudske prakse dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete</i>	68
II. SUDSKA PRAKSA	79
1. KRIVIČNO PRAVO	
1.1. MATERIJALNO PRAVO	82
1.1.1. Status službenog ili odgovornog lica	82
1.1.2. Pitanje sticaja krivičnih djela	83
1.1.3. Postojanje građanskopravnog odnosa u određenoj krivičnopravnoj situaciji ne isključuje nužno i postojanje krivičnopravnog odnosa	84
1.1.4. Neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom te proizvodima dvojne upotrebe u vezi sa članom 193. stav 6. KZ BiH	86
1.1.5. Krivično djelo Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH	87
1.1.6. Očigledno nesavjesno postupanje u vršenju službe u smislu odredbe člana 224. stav 1. KZ BiH	90
1.1.7. Subjektivni element bića krivičnog djela Nesavjestan radu u službi iz člana 224. KZ BiH	91
1.2. PROCESNO PRAVO	93
1.2.1. Jezik i pismo u krivičnom postupku - član 8. ZKP BiH	93
1.2.2. Zakonitost dokaza u smislu odredbe člana 10. stav 2. ZKP BiH	94

1.2.3. Izdavanje naredbe operateru telekomunikacija, na osnovu člana 72.a ZKP BiH	96
1.2.4. Odlučivanje o obavezi troškova postupka u skladu sa članom 188. ZKP BiH	97
1.2.5. Odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu oštećenih	98
1.2.6. Rješenje kojim se određuje privremena mjera obezbjeđenja	100
1.2.7. Nepravo ponavljanje krivičnog postupka u vezi sa članom 324a. stav 2. ZKP BiH	101
1.2.8. Uslovi za ponavljanje postupka shodno članu 327. stav 1. tačka c) ZKP BiH	101

2. GRAĐANSKO PRAVO

2.1. MATERIJALNO PRAVO	104
2.1.1. Skriviljeno lišenje slobode isključuje pravo na naknadu štete	104
2.1.2. Primjena Zakona o osiguranju depozita u bankama Bosne i Hercegovine na isplatu osiguranog iznosa na oročena novčana sredstva u svrhu osiguranja kredita	104
2.1.3. Materijalna šteta u vidu zateznih kamata na iznos privremeno oduzetog novca	106
2.1.4. Zakonska ograničenja nisu osnov obavezivanja na naknadu štete	107
2.1.5. Osnov odgovornosti poslodavca za naknadu štete uzrokovane radnjama drugog zaposlenika	110
2.1.6. Uticaj nemogućnosti ostvarivanja prava iz penzijskog osiguranja na zakonitost odluke o prestanku radnog odnosa	111
2.1.7. Zaštita od štetnih posljedica prijavljivanja diskriminacije	112
2.2. PROCESNO PRAVO	114
2.2.1. Predparnični troškovi	114
2.2.2. Troškovi potrebni radi vođenja parnice	115

3. UPRAVNO PRAVO

3.1. MATERIJALNO PRAVO	118
3.1.1. Usluge gradskog i prigradskog prijevoza putnika podliježu obračunavanju i plaćanju PDV-a	118
3.1.2. Posebna shema za naplatu PDV-a na promet povezan s građevinskim radovima	119
3.1.3. Prestanak žiga zbog nekorištenja	122
3.1.4. Utvrđivanje mjerodavnog - relevantnog tržišta preduslov je za utvrđivanje zloupotrebe vladajućeg - dominantnog položaja	124

4. POSTUPAK PO IZBORNIM ŽALBAMA

- 4.1. Neblagovremenost žalbe u izbornom periodu 130
4.2. Ovlaštenja Centralne izborne komisije za donošenje podzakonskih propisa 131

I STRUČNI RADOVI

Dr. Miloš Babić, sudija Suda Bosne i Hercegovine
Lejla Garaplija, pravna savjetnica

SANKCIJE DISCIPLINSKOG KARAKTERA IZ ČLANA 268. ZKP BiH

U svrhu analize krivičnopravne prirode disciplinskih sankcija koje su predviđene u odredbi iz člana 268. ZKP BiH, korisno je prvo navesti zakonski tekst u kojem su one regulisane i u kojem je određen način i uslovi za njihovo izricanje. Pod naslovom *Kažnjavanje za odbijanje svjedočenja*, tekst odredbi iz navedenog člana ZKP BiH glasi:

- (1) Ako svjedok odbije da svjedoči bez opravdanog razloga i nakon upozorenja na posljedice, može biti kažnjen novčanom kaznom u iznosu do 30.000,00 KM.
- (2) *Ako i poslije toga odbije da svjedoči, može biti zatvoren. Zatvor traje dok svjedok ne pristane da svjedoči, ili dok njegovo svjedočenje ne postane nepotrebno, ili dok se krivični postupak ne završi*, ali najduže 30 dana.
- (3) O žalbi protiv rješenja kojim je izrečena novčana kazna ili naređen zatvor uvijek odlučuje vijeće (član 24. stav 7. ovog zakona). Žalba protiv rješenja o novčanoj kazni i zatvoru ne zadržava izvršenje rješenja.

1. Problemi koji su se pojavili u praktičnoj primjeni ove odredbe, odnosno disciplinskih sankcija koje su u njoj predviđene, nametnuli su potrebu da se razjasni krivičnopravna priroda ovih sankcija i način njihove primjene. Nije sporno da je u odredbama člana 268. ZKP BiH (vidi član 81. stav 7.) predviđeno koje vrste sankcija, pod kojim uslovima i na koji način se mogu izreći svjedoku za odbijanje svjedočenja bez opravdanog razloga. Dakle, ako svjedok bez opravdanog razloga i nakon upozorenja na posljedice odbije da svjedoči, može biti kažnjen novčanom kaznom u iznosu do 30.000 KM (stav 1.), a ako to učini i nakon toga, može biti zatvoren dok ne pristane da svjedoči ili dok njegovo svjedočenje ne postane nepotrebno ili dok se krivični postupak ne završi, ali najduže 30 dana (stav 2.). Odredbu iz stava 2. nije sadržavao ZKP iz 2003. godine, jer je uvedena tek izmjenama ZKP iz jula 2008. godine.

Pri analiziranju ove odredbe i navedenih sankcija, nužno je imati u vidu i odredbu iz člana 179. ZKP BiH u kojoj stoji da onda kada se „... novčana kazna propisana u ovom zakonu ne može naplatiti, Sud će postupiti na način propisan u KZ BiH”, a to znači da će u smislu odredbe iz člana 47. KZ BiH novčanu kaznu

zamijeniti kaznom zatvora (tzv. supletorni ili supsidijarni zatvor). Nije teško zaključiti da je u ovom slučaju “procesni zakon” odredbom iz člana 179. ZKP, predvidio ili dao uputu da se novčane kazne koje sud izriče *kao procesne sankcije* disciplinskog karaktera na osnovu odredbe iz člana 268. ZKP, izvršavaju shodno neplaćenju novčanoj kazni koja predstavlja *kaznu predviđenu u materijalnom krivičnom zakonu*, iako se radi o (krivičnim) sankcijama koje su posve različite po svojoj krivičnopravnoj prirodi i ciljevima koji se žele njihovom primjenom postići.

2. Da bi pitanje krivičnopravne prirode i karaktera sankcija iz člana 268. ZKP BiH i načina njihove primjene bilo jasnije, korisno je prvo navesti slučaj koji se u primjeni ove odredbe pojavio pred Sudom BiH i koji je ukazao na određene probleme, ne samo po pitanju karaktera ovih sankcija i njihovoj primjeni, već i po pitanju odnosa ove i odredbe iz već navedenog člana 179. ZKP.

Naime, prvostepeni sud je u predmetnom slučaju, svjedoku P.D. (po sporazumu osuđen u istom predmetu) koji je bez opravdanih razloga odbio da svjedoči, izrekao prvo novčanu kaznu u iznosu od 10.000,00 KM, a nakon što je i poslije toga odbio da svjedoči, istom izrekao sankciju zatvaranja u trajanju od 30 dana. Nakon toga, sud je navedenu novčanu kaznu zamijenio kaznom zatvora u trajanju od 100 dana, te imajući u vidu već izrečenu kaznu zatvaranja u trajanju od 30 dana, svjedok je na kraju kažnjen kaznom zatvaranja u trajanju od 4 mjeseca i 10 dana. Kako se svjedok P.D. u isto vrijeme nalazio na izdržavanju kazne zatvora u trajanju od šest i po godina (kazna izrečena nakon što je optuženi P.D. potpisao sporazum sa Tužilaštvom BiH u istom predmetu), prvostepeni sud je mjeru zatvaranja (imajući u vidu odredbu iz člana 179. ZKP BiH), tretirao kao kaznu (supletornog) zatvora dobijenu primjenom odredbe iz člana 47. KZ BiH i u tom smislu je i postupao u odnosu na njeno izvršenje, nalazeći da se još za to nisu stekli uslovi, jer se svjedok već nalazi na izdržavanju kazne zatvora.

Svjedok-osuđeni P.D. je 21.09.2015. Sudu BiH podnio zahtjev da se utvrdi zastarjelost izvršenja navedenih kazni, pozivajući se pri tome na odredbu iz člana 16. stav 1. tačka f) KZ BiH prema kojoj je predviđeni rok zastarjelosti u predmetnom slučaju već istekao.

Sud je rješenjem broj: S1 2 K 006087 11 K od 12.10.2015. godine navedeni zahtjev odbio kao neosnovan, pozivajući se pri tome na odredbu iz člana 18. stava 2. KZ BiH prema kojoj zastarijevanje ne teče za vrijeme za koje se po zakonu izvršenje kazne ne može preduzeti, što prema nalaženju suda predstavlja

“smetnju pravne naravi” za upućivanje na izdržavanje kazne, odnosno da se radi toga još uvijek nisu stekli uslovi za izdržavanje navedenih kazni. Dakle, sud je na ovaj način zauzeo stav da se navedene sankcije mogu izvršavati i naknadno, ne samo nakon završetka krivičnog postupka u kojem je učinjeno kažnjavanje svjedoka, već i nakon izdržane kazne na koju je svjedok osuđen za krivično djelo.

Postupajući po žalbi koju je P.D. izjavio protiv navedenog rješenja, Apelaciono vijeće je donijelo rješenje, broj: S1 2 K 006087 15 Kž 29 od 29.10.2015. godine, kojim se uvažava žalba osuđenog P.D., te se rješenje Suda BiH, broj: S1 2 K 006087 od 11 K od 12.10.2015. godine, **preinačava na način da se utvrđuje da više ne postoji zakonska mogućnost izvršenja disciplinskih sankcija** izrečenih ranije donesenim rješenjima Suda BiH.

Apelaciono vijeće je u ovoj odluci zauzelo navedeni stav, prvenstveno polazeći od toga da je prvostepeni sud navedenu odredbu iz člana 268. ZKP BiH pogrešno protumačio i primijenio, odnosno pogrešno je protumačio krivičnopravnu prirodu i način primjene disciplinskih sankcija predviđenih u istoj. Kako je već navedeno, izvjesno je da prvostepeni sud navedene sankcije tretira kao kazne predviđene u materijalnom zakonu (na što zapravo posredno upućuje i procesni zakon u članu 179.), iako se radi o sankcijama disciplinskog karaktera koje se primjenjuju u vremenu kada svjedok odbija da svjedoči i dok je svjedočenje potrebno ili dok se krivični postupak ne završi, s tim da zatvaranje kao mjera ne može trajati duže od 30 dana. Prema tome, riječ je o sankcijama disciplinskog karaktera čija je svrha da se prinudnim putem utiče na svjedoka da svjedoči u predmetnom slučaju, ali samo dok svjedok ne pristane da svjedoči ili dok njegovo svjedočenje ne postane nepotrebno ili dok se postupak ne završi, ali najduže 30 dana, ako je u pitanju mjera zatvaranja.

Nije, dakle, teško zaključiti da se radi o sankcijama koje se po svojoj prirodi bitno razlikuju od kazni, odnosno kazne zatvora koju sud izriče za izvršeno krivično djelo i čija je primjena, imajući u vidu njihovu svrhu, ograničena samo na davanje iskaza u konkretnom predmetu do kraja trajanja krivičnog postupka, odnosno ako je u pitanju zatvaranje, ne više od 30 dana. Iz svega toga jasno proizilazi da naknadno izvršenje navedenih sankcija, na način kako to cijeni prvostepeni sud, zakon ne predviđa, niti bi to imalo smisla, imajući u vidu njihovu namjenu i prirodu.

Dakle, kako izrečene disciplinske mjere, koje su za cilj imale da prinude svjedoka na davanje iskaza, nisu izvršene u vremenu kada i kako to zakon predviđa, te da se iste ne mogu naknadno izvršavati, potpuno je bilo bespredmetno razmatrati i pitanje utvrđivanja zastarjelosti njihovog izvršenja.

3. Ovdje je iznesen stav koji je u vezi sa navedenom odredbom, odnosno mjerama koje su u njoj predviđene, zauzelo Apelaciono vijeće. Vidjeli smo na koji način je postupao prvostepeni sud u tumačenju i primjeni ove odredbe, a nije isključena mogućnost da će i pravosuđe entiteta i Brčko Distrikta, na sličan ili neki drugi način tumačiti navedenu odredbu. Ovo posebno ako se imaju u vidu entitetske procesne odredbe koje odgovaraju odredbi iz člana 179. ZKP BiH. *Stoga bi bilo dobro da Panel raspravi ovo pitanje i zauzme kaonačan stav u vezi sa primjenom ove odredbe, odnosno navedenih disciplinskih mjera, kako bi se u vezi sa tim bar u potrebnoj mjeri ujednačila praksa u BiH.*

3.1. U vezi sa ovim, otvoreno je i pitanje izvršenja novčane kazne u slučajevima kada je sud nakon te kazne, izrekao kaznu zatvaranja od 30 dana, a nakon što je svjedok ponovo, bez opravdanog razloga odbio svjedočenje. Ni po tom pitanju mišljenja nisu saglasna, jer jedni smatraju da se i tada treba pristupiti izvršenju novčane kazne, dok su drugi mišljenja da to nije potrebno, odnosno nije osnovano, jer se nakon blaže u istu svrhu, odnosno radi postizanja istog cilja (prinuda na svjedočenje) izriče teža mjera, jer se prva pokazala nesvrhovitom. Drugo mišljenje je preovlađujuće.

3.2. Drugo pitanje u vezi sa primjenom ovih mjera, vezano je za odnos ove i odredbe iz člana 179. ZKP BiH u kojoj je predviđeno da se u slučaju neplaćanja novčane kazne (ne samo ove, već svih novčanih kazni predviđenih u ZKP) ista zamjenjuje kao i neplaćena novčana kazna, što znači da se ona na osnovu člana 47. KZ BiH zamjenjuje kaznom zatvora po istim pravilima kao i novčana kazna. Ako se ima u vidu odredba iz člana 268. stava 2., onda se osnovano postavlja pitanje ispravnosti ovakvog rješenja. Naime, u ovoj odredbi je izričito naglašeno da zatvaranje, pored ostalih ograničenja, ne može trajati duže od 30 dana. Kako je onda moguće zamijeniti izrečenu novčanu kaznu npr. u iznosu od 10.000,00 KM u 100 dana zatvora. Dakle, ako je ovo ograničenje predviđeno za zatvaranje kao težu mjeru, po kom osnovu se onda novčano kažnjavanje kao lakša mjera, može prevoditi u težu, zatvorsku kaznu u trajanju dužem od zatvaranja, tj. dužem od 30 dana. Pored toga, smatramo da je kriminalnopolitički posve neosnovano jednu disciplinsku mjeru (koja je čak lakša od zatvaranja kao disciplinske sankcije)

“prevoditi” u kaznu zatvora, koja ne samo da je teža od novčane, već se zapravo radi o *kategorijalnoj razlici između ovih krivičnih sankcija* – ove druge spadaju u kategoriju sankcija sadržanih u materijalnom pravu i one se odnose na krivična djela kao najtežu vrstu kažnjivih radnji.

Na kraju, postavlja se pitanje da li bi se u vezi sa ovim mogle dovesti i neke druge odredbe, kao što je npr. odredba iz člana 242. ZKP BiH u kojoj su takođe predviđene slične sankcije za narušavanja reda u toku suđenja, a na koje se takođe odnosi odredba iz člana 179. ZKP.

3.3. Konačno, problem koji se javio u praksi, odnosi sa na primjenu ovih mjera (posebno mjere zatvaranja) na lica-svjedoke koji se nalaze na izdržavanju kazne zatvora, a pojavljuju se kao svjedoci u krivičnim postupcima i odbijaju da svjedoče, te pitanje njihove naknadne primjene. Iz onoga što je već navedeno, može se zaključiti da se mjere iz člana 268. ne bi mogle primjenjivati nakon što je krivični postupak završen. To bi trebalo da važi i za mjeru novčanog kažnjavanja, kada se ona na osnovu odredbe iz člana 179. ZKP pretvori u kaznu zatvora. Pitanje je da li se to odnosi i na novčanu kaznu, imajući u vidu da se u odredbi člana 179. koristi formulacija koja se razlikuje od one u članu 47. KZ, jer se govori o novčanoj kazni koja se “ne može naplatiti”, što podrazumijeva prethodnu prinudnu naplatu. Nameće se pitanje, da li se ovim otvara mogućnost njenog naplaćivanja i naknadno.

Ako bi se prihvatio ovakav pristup u tumačenju i primjeni ovih mjera, a pogotovo zatvaranja do 30 dana, kao i zatvora dobijenog zamjenom novčane kazne, onda bi se u vezi sa naknadnim izvršenjem ovih mjera, svakako pojavilo i pitanje vremena, odnosno rokova njihovog izvršavanja, odnosno zastarijevanja, kao što je to bilo u predmetnom slučaju pred našim sudom. Ovo na kraju smo ostavili samo kao mogućnost u eventualnom drugačijem tumačenju, jer smo već istakli da smo stava da bi naknadna primjena ovih mjera bila u koliziji sa njihovim smislom, odnosno ciljem koje one imaju prema odredbi iz člana 268. ZKP.

3.4. Na kraju, u vezi sa ovom problematikom, korisno je navesti i jednu odluku Ustavnog suda (*AP 3947/13 od 9. jula 2015.*) u kojoj je ovaj sud postupajući po apelaciji H.H. koja je djelimično usvojena (u vezi sa odlukom Suda BiH kojom je novčana kazna izrečena na osnovu člana 242. st. 2. ZKP BiH svjedoku koji se nije pokoravao naredbama predsjednika, zamijenjena kaznom zatvora u trajanju od 30 dana), zauzeo određene stavove od kojih je za predmetnu problematiku posebno

zanimljiv onaj koji se odnosi na odredbu člana 47. KZ BiH na osnovu koje je navedena zamjena i učinjena.

Naime, Ustavni sud je prvo utvrdio da u predmetnom slučaju nije povrijeđeno apelantovo pravo na poštivanje slobodne manifestacije vjere prema članu II/3(g) Ustava BiH i člana 9. EKLJP, ali je na kraju zaključio da je došlo do kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3(e) Ustava BiH i čl. 6. EKLJP u kontekstu odredaba iz čl. 47. KZ BiH koje, „bez ikakvih efektivnih i razumnih garancija omogućavaju zamjenu novčane kazne kaznom zatvora, posebno u situaciji kada takvo zakonsko rješenje nema potreban kvalitet zakona, budući da nije uspostavljena „pravična ravnoteža“ između zahtjeva od opšteg ili javnog interesa i zahtjeva za zaštitu prava pojedinca u smislu garancija koje pruža Evropska konvencija.“

Dakle, Ustavni sud je razmatrajući zamjenu novčane kazne kao disciplinske mjere izrečene svjedoku zbog nepoštovanja suda, a koja je na osnovu čl. 47. KZ zamijenjena kaznom tzv. supletornog zatvora, ukazao na neprihvatljivost ovih odredbi iz materijalnog zakona koje ne „zadovoljavaju potrebni zakonski kvalitet“, odnosno kvalitet zakona u mjeri u kojoj bi se poštovali standardi iz čl. 6. Evropske konvencije i princip vladavine prava iz čl. I/2 Ustava BiH.

Ne ulazeći u ocjenu sintagme da jedna zakonska norma „nema kvalitet zakona“, čime Ustavni sud ukazuje na određene slabosti odredbe iz čl. 47. KZ BiH, valja primijetiti da je Ustavni sud u ovom slučaju odredbu iz čl. 47. KZ pogrešno stavio u kontekst (neosnovane) zamjene jedne disciplinske mjere procesnog karaktera u kaznu zatvora propisanu za krivična djela, jer ova odredba uopšte ne podrazumijeva sankcije disciplinskog, odnosno procesnog karaktera, već samo novčane kazne predviđene u KZ. Navedena ocjena je trebala biti učinjena prvenstveno u odnosu na odredbu iz procesnog zakona (čl. 179. ZKP BiH) koja to predviđa i upućuje na primjenu odredbi iz krivičnog zakona. Čak su ove dvije odredbe u izvjesnoj koliziji u pogledu načina naplate novčane kazne, jer se u odredbi iz člana 179. ZKP, kako je već rečeno, koristi formulacija „nemogućnost naplate novčane kazne“, odnosno novčane kazne koja se „ne može naplatiti“, što podrazumijeva prethodnu prinudnu naplatu, dok to u odredbi čl. 47. st. 2. KZ ne stoji.

Pored toga, utisak je da Ustavni sud u dovoljnoj mjeri ne shvata suštinu ustanove iz člana 47. KZ, imajući u vidu da u svojoj odluci navodi da je kazna

zatvora od 30 dana previsoka i da bi možda bilo primjerenije da to bude najviše do 15 dana. To bi onda novčanu kaznu kao veoma značajnu krivičnu sankciju u našem kaznenom sistemu učinilo posve besmislenom i nesvrhovitom, jer je onda niko ne ni bi plaćao, imajući u vidu da se ona ne naplaćuje prinudno, odnosno da svaka takva kazna preko 1.500,00 KM ne bi imala nikakvog smisla.

Prema tome, navedena ocjena Ustavnog suda kojom se ukazuje na potrebu da jedna zakonska odredba ili norma treba da ima „kvalitet zakona“ u mjeri koja obezbjeđuje pravnu sigurnost i garancije koje trebaju da obezbjeđuju sve pravne norme nivoa zakona, trebala je biti upućena na navedenu odredbu iz čl. 179. ZKP BiH, a ne u odnosu na čl. 47. KZ, koji se i ne odnosi na mjere disciplinskog karaktera iz procesnih zakona. Slabosti ove odredbe na koje ukazuje Ustavni sud, kao i neke druge, nemaju posebnog značaja u vezi sa razmatranim problemom. Jer, valja imati u vidu da odredba koja predviđa mogućnost „prevođenja“ novčane kazne u tzv. supletorni zatvor ili neku drugu krivičnu sankciju (npr. rad za opšte dobro na slobodi, što je prihvatljivije rješenje) postoji već duže vrijeme, ne samo u našem, već i svim krivičnim zakonodavstvima u okruženju. Ono što su posebne slabosti ove odredbe, a koje Ustavni sud ne primjećuje, je automatsko pretvaranje novčane kazne u kaznu zatvora (prepisano iz KZ Hrvatske koja je ovo rješenje veoma brzo napustila i zamijenila prinudnom naplatom novčane kazne putem ovlaštenih institucija), te visina kazne tako dobijenog zatvora koja može da se kreće i do visine kazne propisane za odgovarajuće krivično djelo. Ovakvo rješenje je posve neprihvatljivo, jer je u drugim zakonodavstvima visina ove kazne ograničena najduže na godinu dana ili čak i šest mjeseci.

Hilmo Vučinić, sudija Suda Bosne i Hercegovine
Redžib Begić, sudija Suda Bosne i Hercegovine

KRIVIČNA DJELA KORUPCIJE I KRIVIČNA DJELA PROTIV SLUŽBENE I DRUGE ODGOVORNE DUŽNOSTI

1. Uvod

Korupcija kao društveno-negativna pojava i složen sociološki fenomen je duži niz godina predmetom brojnih istraživanja i analiza, a posebno pravne prakse i kriminološke politike i predstavlja jedan od najozbiljnijih i najučestalijih delikata u modernom društvu. Obim rasprostranjenosti korupcije zavisi od opšteg stanja društvenih vrijednosti i efikasnosti pravnih mehanizama za njeno sprečavanje i suzbijanje, ali je činjenica da ista predstavlja problem kako u razvijenim i bogatim državama, tako i onim siromašnim i nerazvijenim, odnosno zemljama u razvoju. Propisivanjem krivičnih djela protiv službene i odgovorne dužnosti štiti se zakonitost i ispravnost u djelovanju državnih i javnih službenika, te se pokušava uticati na njihovo profesionalno i moralno ponašanje.

O sveprisutnosti korupcije i opasnosti koju ona predstavlja govori i preambula Deklaracije o pravima čovjeka i građanina od 1789. godine u kojoj je navedeno da su „*nepoznavanje, zaborav ili prezir prava čovjeka uzroci javnih nesreća i korupcije vlada*“. Borba protiv korupcije predstavlja jedan od prioriteta i to ne samo na nacionalnom, nego i međunarodnom nivou. Prema procjenama Svjetske banke 1 trilion \$ godišnje ode na mito, a svaki \$ utrošen na mito uzrokuje 1,7 \$ štete¹. Stoga, korupcija predstavlja transnacionalni, a ne lokalni problem i na taj način ista se mora sagledati u svim svojim pojavnim oblicima, što zahtjeva potpuni angažman svih struktura vlasti u borbi protiv iste.

Pojam korupcije vodi svoje etimološko porijeklo od latinske riječi „*corruptio*“, što se može prevesti kao pokvarenost, ucjena ili podmitljivost. Korupcija se našla na trećem mjestu najstarijih profesija na svijetu, nakon prostitucije i špijunaže.

¹ Grupa autora, priredio prof. dr. Goran P. Ilić, „Korupcija: osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 149

Iako ne postoji općeprihvaćena definicija korupcije, za potrebe ovog rada prihvatit će se definicija sadržana u članu 2. Zakona o Agenciji za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije ("Službeni glasnik BiH", broj: 103/09, 58/13) koja glasi: „*Korupcija označava svaku zloupotrebu moći povjerene javnom službeniku ili licu na političkom položaju na državnom, entitetskom, kantonalnom nivou, nivou Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, gradskom ili općinskom nivou, koja može dovesti do privatne koristi.*“ Nešto jednostavnije rečeno, korupcija predstavlja sticanje privatne koristi zloupotrebom javnih ovlaštenja.

Međunarodne konvencije čiji sadržaj se odnosi na borbu protiv korupcije rijetko sadrže definiciju ovog pojma. Izuzetak je Građanskopravna konvencija protiv korupcije Vijeća Evrope² u kojoj se kaže da „*korupcija podrazumijeva zahtijevanje, nuđenje, davanje ili primanje, direktno ili indirektno, mita ili svake druge nezashuzene koristi ili stavljanje u izgled iste, koje remeti pravilno obavljanje bilo koje dužnosti ili ponašanje koje se traži od primaoca mita, nezashuzene koristi ili koristi koja se u tom smislu stavlja u izgled.*“

U svim svojim pojavnim oblicima, uz organizovani kriminal i pranje novca, korupcija predstavlja prepreku u ostvarivanju načela pravne države, vladavine prava, dovodi do kršenja osnovnih prava i sloboda garantovanih međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i međunarodno priznatim standardima i smanjuje povjerenje građana u poštenje i objektivnost rada državnih organa. Svi ti različiti oblici i forme njenog ispoljavanja mogu se podvesti pod određena djela sa korupcijskim elementima propisana krivičnim zakonodavstvom. Efikasna borba podrazumijeva i primjenu širokog spektra sredstava, od preventivnih i edukativnih do represivnih, odnosno krivičnopravnog djelovanja.

Vrlo se važnim ukazuje znati šta to obuhvata pojam korupcije, jer nova saznanja potiču i na drugačije poglede na načine borbe protiv različitih vidova korupcije. Međutim, s druge strane, učesnik korupcionih djelovanja znanja o istome može iskoristiti za što uspješnije ostvarivanje korupcionaških namjera. U tom smislu, potrebno je sagledati pozitivno - pravna rješenja kojima se reguliše i sankcioniše korupcijska kriminalna djelatnost. U smislu obuhvatnog dejstva korupcije, čini se potrebnim na početku ukazati na misao poznatog filozofa i

² Građanskopravna konvencija protiv korupcije (Civil Law Convention on Corruption, Strazbourg, 04.11.1999. godine, stupila na snagu 01.11.2003. godine, stupila na snagu u odnosu na BiH 01.11.2003. godine; objava „Službeni glasnik BiH“ broj: 36/2001)

pravnik Fransisa Bacon, koji je dvadesetosam puta uhvaćen da je primio mito, a koji je izjavio: „Obično primam mito od obje strane, tako da prijav novac ne može da utiče na moje odluke“. Polazeći od navedenog, čini se neophodnim razmatranje navedene teme sa više aspekata. Međutim, svrha predmetnog osvrta nije u predstavljanju elemenata krivičnih djela korupcije i povezanih krivičnih djela, nego ukazivanje na određene situacije u materijalno-procesnom smislu koje su interesantne sa pravnog gledišta i sadržaja Krivičnog zakona BiH, ukazujući na rješenja iz sudske prakse, te potrebu de lege ferenda i primjenu pozitivnih iskustava zemalja u regionu, uzimajući u obzir preporuke Grupe Vijeća Evrope za borbu protiv korupcije (GRECO) za BiH i države regiona.

2. Pojam korupcije kroz međunarodne dokumente i njihova primjena u BiH

Potrebno je ukratko se osvrnuti na najvažnije međunarodne konvencije čiji sadržaj je kroz izmjene i dopune Krivičnog zakona BiH i entitetskih krivičnih zakona inkorporiran u krivično zakonodavstvo BiH, a koje je neophodno imati u vidu prilikom odlučivanja o glavnoj stvari u krivičnim postupcima.

Najobuhvatniji međunarodni antikorupcijski dokument je Konvencija protiv korupcije UN³, a dan 11.12.2003. godine kada je i započelo potpisivanje ove Konvencije je označen kao međunarodni dan borbe protiv korupcije. Iz navedenog dokumenta se zaključuje da je korupcija međunarodni problem koji je povezan sa organizovanim i privrednim kriminalitetom, a što je posebno od značaja imati u vidu u radu Odjela II Suda BiH.

Iako je Konvencija UN-a protiv transnacionalnoga organizovanog kriminaliteta opšteg karaktera⁴, u članu 8. Konvencije je propisana obaveza države da donese zakonodavne i druge potrebne mjere da bi djela koja su počinjena s namjerom utvrdila kao krivična djela, a koja uključuju: obećanje, nuđenje ili davanje javnom službeniku, izravno ili neizravno, nepropisne koristi, lično za njega ili za drugu fizičku ili pravnu osobu, kako bi ista djelovala ili propustila djelovati u izvršavanju svoje službene dužnosti; nagovaranje ili prihvaćanje izravno ili

³ Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije (Convention against Corruption, usvojena rezolucijom 58/4 – 31.10.2003. godine, stupila na snagu 14.12.2005. godine, stupila na snagu u odnosu na BiH 26.10.2006. godine, objava „Službeni glasnik BiH“ – Međunarodni ugovori 05/2006)

⁴ Konvencija Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Convention against Transnational Organized Crime, Palermo, 15.11.2000. godine, stupila na snagu u međunarodnom i unutrašnjem smislu 29.09.2003. godine, objava „Službeni glasnik BiH“ broj: 03/2002.

neizravno, nepropisne koristi od strane javnog službenika za njega samog ili za drugu fizičku ili pravnu osobu kako bi taj službenik djelovao ili propustio djelovati u izvršavanju svoje službene dužnosti. Primjena navedene Konvencije je posebno značajna iz razloga što u velikom broju slučajeva kroz praksu je uočeno da se krivična djela iz navedene oblasti izvršavaju u okviru grupa za organizovani kriminal, pa je odredbe iste potrebno uzeti u obzir prilikom donošenja odluka.

Vrijedna pažnje je i Krivičnopravna konvencija o korupciji Vijeća Evrope⁵ koja se bavi radnjama koje čine krivično biće korupcije – aktivno i pasivno podmićivanje, trgovinu utjecajem i pitanje sankcije.

U odnosu na pitanje mogućnosti i visine naknade štete licima koju su ista pretrpjela usljed djela korupcije, isto je regulisano odredbama Građanskopravne konvencije o korupciji. Iako Zakon o krivičnom postupku reguliše institut imovinskopravnog zahtjeva, potrebno je proučiti i odredbe navedene Konvencije kao međunarodnog dokumenta koji ima primat nad domaćim zakonodavstvom prilikom odlučivanja o postavljenom zahtjevu, a posebno što je istom regulisano pravo na „pravičnu“ naknadu.

3. Pojam korupcije kroz krivično zakonodavstvo BiH uz uporednopravni osvrt i sudsku praksu

Korupcija se ispoljava u raznim oblicima koji se mogu podvesti pod konkretna korupcijska krivična djela. Pri tome treba imati u vidu da svi oblici koruptivnog djelovanja i ponašanja ne moraju da predstavljaju i krivično djelo. Stoga se može reći da pojam korupcije predstavlja jedan sveobuhvatan pojam, koji po svom sadržaju prevazilazi okvire krivičnog djelovanja.

Pojam korupcionaškog djelovanja je potrebno vezivati za proces donošenja odluka, odnosno navedeno djelovanje je moguće samo od strane onoga ko je u prilici da donosi odluku, obzirom da predmet korupcije predstavlja sadržaj te odluke.

Prilikom propisivanja krivičnih djela korupcije i djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti, zakonodavac se prije svega vodio opasnošću koju

⁵ Krivičnopravna konvencija protiv korupcije (Criminal Law Convention on Corruption, Strazbourg, 27.01.1999. godine, stupila na snagu 01.07.2002. godine, stupila na snagu u odnosu na BiH 01.07.2002. godine; objava „Službeni glasnik BiH“ broj: 36/2001).

predstavljaju navedena ponašanja, a slijedom maksime da „najveći zločini nisu izvršeni radi pribavljanja nužnog, nego suvišnog“ (Aristotel).

U nastavku rada bit će razmatrana pravno interesantna pitanja koja su se pojavila u praksi, i to pojedinačno po krivičnim djelima, uz uporednopravni prikaz zakonskih rješenja u Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji, te praksu Suda povodom pojedinih krivičnih djela na osnovu podataka pravosnažnih presuda, pri tome imajući u vidu i proširenu nadležnost Suda sadržanu u odredbi člana 7. stav 2. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine.

3.1. Krivično djelo „Primanje dara i drugih oblika koristi“ (član 217. KZ BiH)

Odredbom člana 217. KZ BiH propisano je krivično djelo „Primanje dara i drugih oblika koristi“.

Prije svega, GRECO je preporučio analizu i razjašnjenje, radi pravne sigurnosti, koje funkcije spadaju pod pojam „*službeno lice ili odgovorna osoba*“. Izmjenama i dopunama Krivičnog zakona BiH iz 2010. godine, u tekst zakonske odredbe je dodan pojam „međunarodni službenik“ iz razloga usklađivanja teksta Krivičnog zakona BiH sa članom 16. Konvencije UN o korupciji, posebno ako se ima u vidu porast tzv. korupcije sa elementom inozemnosti. Nadalje, važna je izmjena i to što je navedenim izmjenama zakona naglašeno da nije od značaja da li se radnja poduzima sa ciljem sticanja imovinske koristi za sebe ili drugog. Stupanjem na snagu izmjena i dopuna KZ BiH koje su objavljene u „Službeni glasniku BiH“ br. 40/15 u zakonski tekst ovog krivičnog djela je uvršten i pojam „sudija porotnik“ i „arbitar“, te je propisana krivična odgovornost za lice koje posreduje pri podmićivanju službenog ili odgovornog lica. GRECO je preporučio da se osigura da podmićivanje stranih porotnika i arbitara bude nedvosmisleno kriminalizirano, u skladu sa članovima 4. i 6. Dodatnog protokola Kaznenopravne konvencije o korupciji. Međutim, ostaje i dalje nejasan cilj uvođenja pojmova „sudija porotnik“ i „arbitar“, obzirom da naše krivično zakonodavstvo ne poznaje sadržajni oblik navedenih pojmova kako je to određeno anglosaksonskim pravom, koja opaska važi i za navedene izmjene Zakona.

Vrhovni sud Republike Hrvatske je u presudi broj: I Kž Us 60/2010-6 od 05.06. 2013. godine istaknuo da "kaznena djela primanja i davanja mita za društvo

koje želi biti pravna država spadaju među najopasnija kaznena djela: ona negiraju jednu od temeljnih vrijednosti civiliziranog društva - jednakost građana".

U teoriji postoji stajalište da predmetno krivično djelo predstavlja poseban oblik krivičnog djela „Zloupotreba položaja ili ovlaštenja“ iz člana 220. KZ BiH. U tom smislu postavlja se pitanje odnosa specijaliteta, odnosno da li krivično djelo „Primanje dara i drugih oblika koristi“ konzumira sva obilježja generalnog krivičnog djela i na taj način isključuje njegovu primjenu. Razgraničenje postojanja krivičnog djela „Primanja dara i drugih oblika koristi“ i krivičnog djela „Zloupotreba službenog položaja ili ovlasti“ može se utvrditi na sljedeći način: da li je u vrijeme počinjenja krivičnog djela postojao korupcijski sporazum o daru ili drugom obliku koristi koje bi optuženi mogao očekivati ili ne, i drugo, po tome prima li se navedena korist za sebe ili ne. Krivično djelo „Primanja dara ili drugih oblika koristi“ postojat će samo u slučaju da su oba odgovora pozitivna, o čemu će nešto više riječi biti u dijelu rada o krivičnom djelu „Zloupotreba položaja ili ovlaštenja“.

Kako to proizlazi iz sadržaja zakonske odredbe člana 217. KZ BiH, obaveza je prvo utvrditi da li lice za koje postoji osnovana sumnja da je počinilo predmetno krivično djelo ima status službenog ili odgovornog lica. Nadalje, potrebno je utvrditi koja je to funkcija (odnosno ovlaštenje kako je to bilo propisano prije izmjena Zakona iz 2015. godine) i koje su to obaveze koje obuhvata ta funkcija. Stoga je vrlo važno utvrditi da se radi o službenoj radnji koju izvršilac poduzima u okviru svog službenog ovlaštenja, što znači da nije dovoljno da je izvršilac preduzeo neku od radnji izvršenja, već je potrebno da radnja zbog koje se prima dar spada u djelokrug njegovog ovlaštenja. Iz navedenog proizlazi da je od izuzetne važnosti utvrditi koja to ovlaštenja proizlaze iz funkcije izvršioca, a što je moguće jedino utvrditi kroz posebni zakonski/podzakonski akt koji reguliše sadržaj njegove službe, pa se smatra potrebnim ukazati na blanketni karakter odredbe člana 217. KZ BiH. Istina, ne u obimu i na način kako to zahtjeva krivično djelo „Zloupotrebe položaja ili ovlaštenja“, ali prethodno navedeno objašnjenje ukazuje na potrebu takvog načina shvatanja pojma i sadržaja krivičnog djela „Primanje dara i drugih oblika koristi“ kako bi se spriječile nedoumice i poteškoće u utvrđivanju sadržaja ovlaštenja službenih/odgovornih osoba. Potreba ovakvog načina rezonovanja proizlazi iz problema koji se pojavio u praksi i to što u dispozitivu određenog broja optužnica nije naveden blanketni propis kako bi se utvrdio sadržaj funkcije koju je određena službena ili odgovorna osoba morala obaviti. Postavlja se pitanje da li se navedeno može smatrati nedostatkom

optužnice i razlogom zbog kojeg bi ista trebala biti vraćena na uređenje ili Sud prilikom obrazloženja glavne stvari neće povrijediti identitet optužbe ukoliko u obrazloženju ukaže na sadržaj blanketnog propisa iako isti nije sastavni dio sadržaja dispozitiva optužnice?

Za postojanje krivičnog djela „Primanje dara i drugih oblika koristi“, potreban je direktni dolus. Svijest između dara i radnje mora postojati i na strani davaoca mita i na strani primaoca mita, a posebno ako se radi o zahtjevanju dara ili druge vrste koristi. Vrlo je važno ukazati da sama izražena spremnost na učinjenje ovog krivičnog djela je dovoljna, pa tako da stvarna namjera postupanja protivno pravilima nije od značaja za utvrđivanje krivične odgovornosti. Navedeno djelo je formalno krivično djelo, što znači da je dovršeno u trenutku izražavanja spremnosti za počinjenje povrede službene dužnosti, odnosno zahtijevanja dara, ili primanju obećanja dara ili koristi, pa sve kasnije poduzete radnje – povrat novca ili obavljanje/neobavljanje dužne radnje nisu od značaja obzirom su uslijedile nakon već dovršenog krivičnog djela, a mogu samo eventualno imati uticaj na visinu kazne.

Od krivičnog pojma „dar“, potrebno je razlikovati *uobičajene znakove pažnje* koji su uslijedili nakon obavljene službene ili druge radnje, a koji nisu unaprijed zahtijevani, primljeni, dogovoreni ili obećani, te ako se ne radi o radnji koja bi obuhvatala radnje obuhvaćene naknadnim pasivnim podmićivanjem. U tom smislu je i izraženi stav da dar mora biti podoban da dovede službenu ili odgovornu osobu u položaj da se ponaša suprotno pravilima. Obzirom da tačno utvrđena vrijednost dara nije određena da bi se isto smatralo objektom izvršenja krivičnog djela, vrijednost istog mora biti predmetom ocjene u svakom konkretnom slučaju u smislu da li ta vrijednost može, odnosno da je dovela do ponašanja službenog ili odgovornog lica koje je u suprotnosti sa pravilima službe. S druge strane, neophodno je ukazati da KZ BiH ne pravi razliku u odnosu na visinu primljenog dara, pa se zaključuje da ne može postojati krivičnopravna konstrukcija beznačajnog djela u smislu predmetnog krivičnog djela, a posebno što neki autori ističu i da vrijednost dara ne može biti element u odnosu na koji bi se vršila procjena i od kojeg bi zavisio zaključak o ispunjenosti elemenata krivičnog djela iz člana 217. KZ BiH.

Primanje i davanje dara/drugih oblika koristi podrazumijeva sklapanje izričitog ili prešutnog sporazuma (korupcijski savez) o nedopuštenoj razmjeni između davaoca i primaoca. Ova vrsta sporazuma je bitno određenje za navedena

krivična djela. Korupcijska namjera kao obilježje bića ovog krivičnog djela mora postojati na obje strane, kako kod davatelja tako i kod primatelja, jer bez nje nema ni navedenog sporazuma koji je u suštini ovog krivičnog djela, a kako je to propisano i odredbom člana 15 Konvencije UN o korupciji. Iz navedenog se zaljučuje da je nužno sudjelovanje više osoba od kojih svaka ima status počinitelja tog djela i svaka se kažnjava za to djelo kao počinitelj. Tako da je u praksi moguće da se vodi jedinstven krivični postupak za krivično djelo iz člana 217. i 218. KZ BiH. Međutim, kako su ova krivična djela po zakonskom opisu samostalna djela i da dokazanost izvršenja radnje jednog nije uslov za postojanje drugog krivičnog djela, to nema formalnopravnih prepreka da se krivični postupci vode ili odvojeno za navedena krivična djela ili za samo jedno od ovih djela, ne ulazeći u oborivu pravnu pretpostavku neraskidivog saveza između istih, što ukazuje da je moguće kazniti primatelja dara bez krivične odgovornosti davatelja dara i obratno.

Poređenjem sadržaja odredbi članova 217. i 218. KZ BiH, utvrđeno je da su propisane teže kazne za krivično djelo „Primanje dara i drugih oblika koristi“ nego za krivično djelo „Davanje dara i drugih oblika koristi“. Iz navedenog se može utvrditi intencija zakonodavca i da kroz propisane sankcije ukaže da je znatno opasnije takvo djelovanje službene ili odgovorne osobe nego samo davanje dara/drugih oblika koristi od građanina, s tim da i iz navedenog proizlazi određeni stepen opasnosti, nešto slabijeg intenziteta, ali dovoljno da bude propisano kao krivično djelo.

Više puta je u teoriji naglašeno da se ova dva krivična djela smatraju deliktima susretanja, a počinioci istih su nužni sudionici. Stoga je potrebno dokazati uzročnu vezu između obećanja, nuđenja ili davanja nepripadajuće koristi kao objekta radnje i namjere davanja dara/drugih oblika koristi. Ako nema namjere i ako neko državnom službeniku učini dar nakon obavljene radnje, neće se raditi o ovom krivičnom djelu. Međutim, u praksi se može desiti situacija da se dar zatraži nakon što je obavljena radnja. U tom slučaju je potrebno pronaći postojanje uzročne veze između postupanja odnosno propuštanja službene ili odgovorne osobe i naknadnog zahtijevanja ili primanja dara. Razmak između obavljene, odnosno neobavljene službene radnje i naknadnog primanja dara mora biti razuman, da bi mogli zaključiti da postoji krivično djelo naknadnog pasivnog podmićivanja, jer suviše dug vremenski razmak vodi tome da se gubi veza između poduzete radnje i davanja dara/koristi, te se dovodi u pitanje smisao inkriminacije.

U odnosu na predmetno krivično djelo, kao i krivično djelo Zloupotreba službenog položaja, vrlo sadržajno interesantnom sa stanovišta pravne struke i nauke čini se presuda Ustavnog suda R. Hrvatske u predmetu I.S.⁶ Prethodno navedeno posebno u dijelu koji se odnosi na utvrđivanje pojma „službenog lica“, te da li se predsjednik političke stranke koji je ujedno i predsjednik Vlade, može smatrati odgovornim licem u smislu primjene navedenih odbredbi Zakona.

Uporedno zakonodavstvo

Primjenom uporedno-pravne metode, utvrđeno je da sadržaj odredbe Krivičnog zakona identičan na državnom nivou, Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH. Prema Krivičnom zakonu Republike Srpske, za ponašanja koja su propisana odredbom stava 1. člana 351. KZ Republike Srpske, propisana je kazna zatvora u trajanju od dvije do deset godina (prema KZ BiH – kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina, kao i prema Kaznenom zakonu Republike Hrvatske).

Odredbom člana 367. stav 1. Krivičnog zakonika Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 -ispr., 107/2005 -ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014) u XXXIII glavi, koja obuhvata krivična djela protiv službene dužnosti, za ovo krivično djelo je zapriječena kazna od dvije do dvanaest godina, što je do sad najveća propisana kazna. Ono što je vrlo važno ukazati jeste da su navedenom odredbom obuhvaćena samo službena lica, uz izostavljanje odgovornih lica, u odnosu na koja je drugom krivičnopravnom odredbom, u drugom dijelu zakona, propisano navedeno postupanje.

Što se tiče odredbe stava 2., svi zakoni koji su bili predmetom upoređivanja (osim već naprijed rečene identičnosti normi KZ BiH, KZ FBiH, KZ BD BiH), propisuju različit zakonski okvir kažnjavanja. Tako je prema Krivičnom zakonu na državnom nivou (kao i FBiH i BD BiH), propisana kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina. Za nepravo primanje dara/drugih oblika koristi prema stavu 2. člana 367. Krivičnog zakonika Republike Srbije, propisana je kazna zatvora od dvije do osam godina, dok su Krivični zakon Republike Srpske i Kazneni zakon Republike Hrvatske usaglašeni – kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina.

Sljedeća inkriminacija primanja dara susreće se samo u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, navedena u stavu 3., prema kojem službena osoba koja

⁶ Presuda Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-4149/2014 od 24. 07.2015. godine.

počini krivično djelo primanja mita (pravo ili nepravo) u vezi sa otkrivanjem krivičnog djela, pokretanjem ili vođenjem krivičnog postupka, izricanjem ili izvršenjem krivičnopravne sankcije kaznit će se kaznom zatvora od tri do petnaest godina.

Za podmićivanje nakon izvršenja radnje, prema odredbi člana 217. stav 3. KZ BiH propisano je da će se učinitelj kazniti kaznom zatvora od jedne godine do deset godina. U pogledu navedene odredbe, nešto je drugačije uređenje u KZ FBiH i KZ BD BiH, za koje djelo je propisana kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina, dok je u Republici Srpskoj i Republici Srbiji za isto djelo predviđena kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine. Najblažu sankciju propisuje Kazneni zakon Republike Hrvatske (do jedne godine).

Statistički podaci

- Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 9
 - Broj nepravosnažnih osuđujućih presuda: 3 (1 presuda se odnosi na član 351. stav 1. KZ Republike Srpske)
 - Broj oslobađajućih presuda: 2
 - Broj presuda kojim se optužba odbija: 1 (odustanak od optužbe – član 374. stav 1. KZ BD BiH)
- Član 217. stav 1. KZ BiH
- * Izrečena kazna zatvora: raspon 5 mjeseci – 1 godina i 6 mjeseci
 - * Izrečena uslovna osuda u rasponu: utvrđena kazna zatvora: 5 mjeseci – 2 godine; rok provjeravanja: 2 godine - 5 godina
 - * Izrečena novčana kazna : ukupno 7.000 KM
 - * Oduzeta imovinska korist: ukupno 6.304,80 KM
- Član 217. stav 2. KZ BiH
- * Izrečena uslovna osuda u rasponu: utvrđena kazna zatvora: 5 mjeseci – 6 mjeseci; rok provjeravanja: 2 godine - 3 godine
 - * Izrečena novčana kazna: 1.000 KM
 - * Oduzeta imovinska korist: 85 €

3.2. Krivično djelo „Davanje dara ili drugih oblika koristi“ (član 218. KZ BiH)

Prilikom propisivanja ovog krivičnog djela, zakonodavac je imao u vidu potrebu osiguranja adekvatne državne službe, koja će raditi na način kako je to propisano zakonskim i podzakonskim aktima. Iz zakonske odredbe jasno proizlazi da učinilac može biti svako lice, što povlači zaključak da ne predstavlja službeničko djelo, iako se nalazi u tom dijelu zakona. S druge strane, smještanjem ovog krivičnog djela u navedenu glavu zakona jasno je istaknuta službena dužnost kao zaštitni objekat ovog krivičnog djela. Tako da krivično djelo „Davanje dara i drugih oblika koristi“ predstavlja krivično djelo protiv službene dužnosti, ali nije službeničko djelo.

Ono što je bitno naglasiti jeste da ponuda/obećanje davaoca dara mora doći do osobe kojoj se dar želi ponuditi. Za postojanje djela nije od značaja da li je navedena osoba i primila/odbila taj dar niti da davalac zna poimenično osobu kojoj želi dati ili ponuditi dar preko druge osobe.

U teoriji se postavilo pitanje opravdanosti propisivanja fakultativnog oslobođenja od kazne učinitelja koji nakon što je dao dar ili neku drugu korist, na zahtjev službene ili odgovorne osobe. Iako je zakonodavac vjerovatno imao u vidu da će navedeni način propisivanja predstavljati podstrek za osobe koje su dale dar da to isto i prijave, ipak, imajući u vidu svrhu kažnjavanja, konstrukcija fakultativnog propisivanja blažeg kažnjavanja bi bila svrsishodnija.

Sljedeće zanimljivo pitanje jeste kako razgraničiti pomaganje u primanju mita od davanja mita počinjenog posredovanjem? Naime, objektivna strana krivičnog djela je u oba slučaja identična, pa bi razgraničenje trebalo provesti na subjektivnoj osnovi - ako je posrednik radio s namjerom pomoći primatelju dara tada bi trebalo uzeti da se radi o pomaganju u krivičnom djelu iz člana 217. KZ BiH. Ako je pak posrednikova namjera bila pomoći davatelju dara, radit će se o krivičnom djelu „Davanje dara i drugih oblika koristi“.

Kada se radi o faktičnom korištenju položaja ili utjecaja na obavljanje ili neobavljanje određene službene radnje, riječ je o krivičnim djelima „Primanje/Davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem“ koje zbog supsidijarnosti ne može biti u sticaju s krivičnim djelom davanja odnosno primanja dara. U slučaju kada se radi o običnom fizičkom posredovanju službene

osobe, tada će se raditi o krivičnom djelu „Davanje dara i drugih oblika koristi“ koje je počinjeno posredovanjem.

Odredbom člana 218. stav 4. KZ BiH je propisano da će se oduzeti primljeni dar ili imovinska korist. Mjera oduzimanja imovinske koristi je supsidijarnog karaktera, odnosno Sud je izriče samo ako korist nije u cijelosti obuhvaćena dosuđenim imovinskopравnim zahtjevom i utvrđivat će se samo u onom dijelu koji nije obuhvaćen navedenim zahtjevom.

U teoriji se postavilo pitanje potrebe propisivanja obligatornog oduzimanja primljenog dara, posebno ako se ima u vidu odredba člana 74. KZ BiH, te odredbe o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, pa se može smatrati bespotrebnim opterećavanjem zakonskog teksta. S druge strane, propisivanjem navedenog posebnom zakonskom odredbom može se smatrati stavom zakonodavca da dodatno ukaže na obaveznost oduzimanja dara.

Uporedno zakonodavstvo

Što se tiče kaznenog okvira propisanog za stav 1. ovog krivičnog djela, utvrđeno je da je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina predviđena u svim krivičnim zakonima koji su bili predmetom uporedbe, osim Kaznenog zakona Republike Hrvatske, u kojem je kao kazna propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina. U odnosu na sadržaj stava 2. istog člana Zakona, može se konstatovati da je novčana kazna kao jedna od alternativno postavljenih kazni predviđena za krivičnopravne radnje iz navedenog stava u navedenim krivičnim zakonima, osim u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, Krivičnom zakonu Republike Srpske, kao i u Kaznenom zakonu Republike Hrvatske koji se razlikuje i po tome što je propisan drugačiji kazneni okvir za radnje obuhvaćene navedenim stavom (kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina). U ovom dijelu je potrebno navesti da je Kaznenim zakonom Republike Hrvatske kao posebno krivično djelo propisano „Podmićivanje zastupnika“, koje djelo ne poznaju ostali krivični zakoni koji su bili predmetom uporedbe.

Statistički podaci

- Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 23 (od toga 2 osuđujuće presude za krivično djelo iz člana 381. stav 1. KZ FBiH, te dvije osuđujuće presude za

krivična djela iz člana 249. i 250. KZ BiH u vezi sa, između ostalih, krivičnim djelom iz člana 381. stav 1. KZ FBiH)

- Broj oslobađajućih presuda: 2 (od toga 1 oslobađajuća presuda za krivično djelo iz člana 250. stav 4. KZ BiH u vezi sa članom 381. stav 1. KZ FBiH)

- Član 218. stav 1. KZ BiH
 - * Izrečena kazna zatvora: 30 dana
 - * Izrečena uslovna osuda u rasponu: utvrđena kazna zatvora: 5 mjeseci – 2 godine; rok provjeravanja: 1 godina - 4 godine
 - * Oduzeta imovinska korist: ukupno 2.320 KM
 - * Izrečena novčana kazna : 11.500,00 KM

- Član 381. stav 1. KZ FBiH
 - * Izrečena uslovna osuda: utvrđena kazna zatvora: 6 mjeseci; rok provjeravanja: 1 godina

- Član 249. stav 1. KZ BiH u vezi sa članom 383., 373., 380. KZ FBiH i članom 220. i 226. KZ BiH
 - * Izrečena uvjetna osuda: raspon utvrđene kazne zatvora: 5 mjeseci – 10 mjeseci; rok provjeravanja: 2 godine - 4 godine

- Član 250. stav 3. KZ BiH u vezi sa članom 380 stav 2., 381. stav 2., 383. stav 1. i 2.
 - * Izrečeno ukupno 26 godina zatvora, oduzeta imovinska korist – 93.200 KM

3.3. Krivično djelo „Zloupotreba položaja ili ovlaštenja“ (član 220. KZ BiH)

Krivično djelo „Zloupotreba položaja ili ovlaštenja“ predstavlja korupcijsko krivično djelo i propisano je odredbom člana 220. Krivičnog zakona BiH.

Prije svega, za predmetno krivično djelo je neophodno utvrditi svojstvo počinioca, odnosno da je isti službena ili odgovorna osoba. Za pojam službene osobe nije nužno da obavlja rukovodeće poslove, već je dovoljno da u okviru konkretnog položaja ili ovlasti obavlja određene samostalne radne funkcije na temelju kojih ta osoba ima pravo neposrednog odlučivanja. Pri tome je neophodno utvrditi da su službene ovlasti iskorištene za druge ciljeve, a ne one dopuštene, koje odgovaraju zadacima službe tog lica. Stoga, da bi se utvrdilo da je službeno ili odgovorno lice prekoračilo granice službenog položaja, moraju se utvrditi granice ovlaštenja tog lica. Slijedom navedenog, dolazi se do zaključka da je ovo krivično djelo blanketnog karaktera, obzirom da istom odredbom nije pobliže određena radnja izvršenja. To znači da nije precizirano kada i pod kojim uslovima će službena ili odgovorna osoba iskoristiti svoj službeni položaj ili ovlaštenje, prekoračiti granicu svoje službene ovlasti ili propustiti obaviti dužnost. Navedeno obilježje će se utvrditi iz propisa kojima su te ovlasti i dužnosti ustanovljene. Stoga je vrlo važno utvrditi ovlasti osobe da bi se moglo razmatrati da li je učinilac krivičnog djela u obavljanju radnje zloupotrijebio ovlast koju je imao ili isto ne ulazi u ovlaštenja koje ima službena/odgovorna osoba.

U ovom dijelu je potrebno ukazati na prigovore koji su stavljeni u teoriji u odnosu na način određenja sadržaja ove krivičnopravne odredbe. Naime, ističe se da je ovakvim načinom određivanja sadržaja krivičnopravne odredbe došlo do povrede načela zakonitosti i to u smislu:

1. *nulla poena sine lege certa* – načelo određenosti (navedeno načelo nalaže da krivičnopravne norme u što je moguće višem stepenu budu određene i precizne), a što nije slučaj sa inkriminacijom krivičnog djela „Zloupotrebe položaja ili ovlaštenja“

2. *nulla poena sine lege stricta* – načelo zabrane stvaranja prava putem analogije.

U dijelu načina izvršenja radnje, potrebno je ukazati na dva moguća izvršenja: kod iskorištavanja položaja počinitelj u obavljanju službene radnje ostaje u granicama ovlasti funkcije, a kod prekoračenja granica ovlasti počinitelj prelazi granice svoje ovlasti i čini nešto što ne spada u njegovu ovlast. Međutim, u praksi se postavilo pitanje da li će postojati radnja izvršenja ovog krivičnog djela ukoliko je lice obavilo službenu radnju koja je u nadležnosti podređene osobe. Obzirom da je jedan od osnova kod ovog krivičnog djela utvrditi da je osoba postupala samovlasno, suprotno interesima službe, neće postojati zapreka da osoba bude odgovorna za počinjenje krivičnog djela u obavljanju dužnosti nižerangiranog.

U odnosu na namjeru koja je potrebna da bi se mogla utvrditi krivičnopravna odgovornost, potrebno je konstatovati da pored direktne namjere, dovoljna je i indirektna namjera, čak i u slučajevima kada počinitelj nije siguran da li postupa u granicama svojih ovlasti, pa i u tom slučaju preduzme radnju, kao i onda kada je svjestan da zbog njegovog propusta može doći do imovinske štete, ali svojim postupcima da do znanja da na istu pristaje. Na strani osumnjičenog/optuženog mora biti utvrđena namjera sticanja koristi tačno određenoj ili određivoj osobi, odnosno ne može postojati namjera koja bi načelno omogućavala drugima da pribave korist, bez da se zna o kojem licu je riječ.

Imajući u vidu da se obilježja krivičnog djela ne mogu smatrati otežavajućim okolnostima, a kako je osnovni motiv izvršenja predmetnog krivičnog djela koristoljublje, to se isto ne može cijeliti otežavajućom okolnošću koja bi uticala na određivanje strožije vrste ili visine krivičnopravne sankcije, pa nije neophodno ulaziti u motive učinioca ovog krivičnog djela, nego samo dokazati svijest i volju učinioca. Međutim, stavom 3. KZ BiH je minimum za primjenu navedene odredbe određen novčani iznos od 50.000 KM. Ukoliko se u konkretnom slučaju radi npr. o iznosu imovinske koristi koja je pribavljena izvršenjem ovog krivičnog djela pet puta većem od navedenog, postavlja se pitanje da li je prethodno navedena konstatacija adekvatna za ovaj ili slične slučajeve, odnosno da li bi Sud mogao iznos imovinske koristi koji je znatno veći od iznosa od 50.000 KM cijeliti kao otežavajuću okolnost.

U praksi se vrlo spornim ukazalo pitanje da li između krivičnog djela „Zloupotreba položaja ili ovlaštenja“ i drugih krivičnih djela iz ove glave zakona može doći do sticaja. Prema jednoj grupi autora (npr. Bačić), trebalo bi uzeti da postoji sticaj, dok u sudskoj praksi preteže stanovište da je i ovdje sticaj prividan po osnovu specijaliteta (npr. Kambovski). Tako u slučaju da su ostvarena obilježja nekog drugog krivičnog djela iz ove glave zakona, postojaće samo to drugo krivično djelo, pa često dolazi do situacije da se uzima da postoji samo krivično djelo „Zloupotreba položaja ili ovlaštenja“ ne upuštajući se detaljno u pitanje da li su ostvareni elementi bića drugog krivičnog djela. Prema drugom stavu, sticaj krivičnog djela „Zloupotrebe položaja ili ovlaštenja“ iz člana 220. KZ BiH i npr. krivičnog djela „Primanje dara ili drugih oblika koristi“ iz člana 217. KZ BiH postoji uvijek kada je službena ili odgovorna osoba primila dar/drugu vrstu koristi, a nakon toga je obavila službenu ili drugu radnju koju nije smjela obaviti ili nije obavila radnju koju je morala obaviti kojom radnjom je sebi/drugom pribavila

korist/nanijela štetu/teže povrijedila prava drugog. Iz navedenog proizlazi da je sticaj između navedenih krivičnih djela dopušten obzirom da se krivičnim djelom „Primanje dara ili drugih oblika koristi“ ne ostvaruju svi elementi drugog krivičnog djela, odnosno ne radi se o slučaju specijaliteta koji bi isključivao sticaj između ova dva krivična djela. Stoga je u ovim slučajevima potrebno prije svega utvrditi da li je počinitelj ostvario za sebe i/ili za drugog određenu vrstu koristi, te da li je konkretnim djelom iscrpljena pravna kvalifikacija drugog krivičnog djela.

U slučajevima i kada imovinska korist nije ostvarena, odnosno kada nije nastupila šteta ili teža povreda prava drugog, a službena ili odgovorna osoba je iskoristila svoj službeni položaj ili ovlaštenje, prekoračila granice svog službenog ovlaštenja ili nije izvršila svoje službene dužnosti, postavlja se pitanje da li će se raditi o kažnjivom pokušaju izvršenja navedenog krivičnog djela. U tom smislu, ukazalo se bitnim riješiti pitanje ostvarivanja imovinske koristi/prouzrokovanja štete kao jedne od okolnosti koje čine bitno obilježje krivičnog djela.

Iz prakse je vidljivo da se korist i šteta u većini slučajeva gledaju samo kroz prizmu imovinske štete/koristi. Međutim, potrebno je obratiti pažnju da je i prouzrokovanje neimovinske štete obuhvaćeno navedenom odredbom Zakona. Istina, nastanak navedene vrste štete jeste teže dokazati, ali Zakon obavezuje istražne organe na njeno utvrđivanje. Takođe, evidentno je da je zakon ostavio „težu povredu prava“ kao standard koji se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju.

U konačnosti, potrebno je imati na umu da svako prekoračenje ovlasti ne mora značiti zloupotrebu ako se ide za legalnim ciljem, pa je na tužiocu da procjeni da li se odredba Krivičnog zakona ima primjeniti na konkretni slučaj, što takođe mora biti i u sudskoj kontroli kada dođe do faze optuženja/glavnog pretresa.

Usporedno zakonodavstvo

Uspoređivanjem Krivičnog zakona BiH – član 220., entitetskog krivičnog zakonodavstva, Krivičnog zakonika Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014) - član 359. i Kaznenog zakona Republike Hrvatske („Narodne novine“ 125/11, 144/12, 56/15, 61/15) – član 291. jasno je da je za osnovni oblik krivičnog djela „Zloupotreba položaja ili ovlasti“ navedenim zakonima propisana identična vrsta i visina kazne – kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina, s tim

da je potrebno napraviti određenu vrstu distinkcije u odnosu na zakonsko rješenje u R. Srbiji.

Izmjenama Krivičnog zakonika R. Srbije iz 2012. godine predmetno krivično djelo je izmijenjeno na način da se iz sadržaja krivičnopravne odredbe izostavlja odgovorno lice, te je istaknuto da se službena dužnost može povrijediti samo od strane njenih nosilaca, odnosno od strane službenih lica. Međutim, kada je u pitanju odgovorno lice, zakonodavac je uveo novu krivičnopravnu odredbu koja nosi naziv „Zloupotreba položaja odgovornog lica“ (član 234. Krivičnog zakonika Republike Srbije). Na ovaj način je došlo do razdvajanja zaštitnog objekta, što je neophodno ako se uzme u obzir svrha i dio zakona u kojoj je uvrštena krivičnopravna odredba zloupotrebe službenog položaja. Zloupotreba službenog položaja predstavlja ponašanje koje je usmjereno protiv službene dužnosti, kao grupnog objekta krivičnopravne zaštite posebne glave, dok, s druge strane, zloupotreba položaja odgovornog lica pripada posebnoj grupi krivičnih djela, koja za zaštitni objekat ima privredni sistem. Na taj način je napravljena bitna razlika između odgovornog i službenog lica.

Krivični zakon Republike Srpske pravi razliku između imovinske i neimovinske štete i to u pogledu visine propisane kazne. Naime, za prouzrokovanje neimovinske štete je propisana kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do tri godine, dok je za znatnu neimovinsku štetu i imovinsku štetu propisana kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina. Takođe, razlika je evidentna i u odnosu na propisanu kaznu za kvalificirane oblike ovog krivičnog djela, dok je sličnost utvrđena sa Krivičnim zakonikom Republike Srbije. Tako je za sticanje imovinske koristi u iznosu većem od 10.000 KM (Krivični zakonik R. Srbije - 450.000 RSD, otprilike iznos od 7.000 KM), KZ-om Republike Srpske/Krivičnim zakonikom R. Srbije propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina (prema KZ BiH, FBiH i BD BiH propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina), dok je za drugi kvalificirani oblik - sticanje imovinske koristi preko 50.000 KM (Krivični zakonik R. Srbije – 1.500.000 RSD, otprilike iznos od 24.000 KM) propisana kazna zatvora u trajanju od dvije do deset godina, odnosno do dvanaest godina – prema Krivičnom zakoniku R. Srbije (prema KZ BiH, FBiH i BD BiH propisana kazna zatvora u trajanju od najmanje tri godine - što implicira da je zakonodavac odredio samo poseban donji minimum kazne, dok u obzir dolazi primjena gornjeg općeg maksimuma kazne – 20 godina). Stoga je evidentno da su kazne propisane krivičnim zakonom na državnom nivou BiH, te federalnom i

Brčko distriktu BiH strožije u odnosu na krivičnopravne sankcije za isto krivično djelo propisane krivičnim zakonodavstvom u Republici Srpskoj i Republici Srbiji.

U odnosu na krivične sankcije propisane za navedeno krivično djelo u Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj, zaključuje se da je za osnovno djelo propisana kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina, kao što je to propisano krivičnim zakonodavstvom u BiH. Karakteristika Kaznenog zakona R. Hrvatske se ogleda u činjenici da stavom 2. člana 291. nije određena visina štete/imovinske koristi, nego je ista označena kao „znatna“, da bi se primijenio navedeni stav Zakona, a što je predmet utvrđivanja u svakom konkretnom slučaju.

Statistički podaci

- Član 220. stav 1. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 23
 - * Broj pravosnažnih oslobađajućih presuda: 3
 - * Broj presuda kojim se optužba odbija: 3 (odustanak od optužbe)

 - * Izrečena kazna zatvora u rasponu: 5 mjeseci – 1 godina
 - * Izrečena uslovna osuda u rasponu: utvrđena kazna zatvora: 2 mjeseca – 2 godine; rok provjeravanja: 1 godina - 5 godina
 - * Oduzeta imovinska korist: ukupno 18.899,04 KM i 200 €
 - * Izrečena novčana kazna : 2.500,00 KM

- Član 250. stav 4. KZ BiH u vezi sa članom 220. stav 1. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 1
 - * Izrečena uslovna osuda u rasponu: utvrđena kazna zatvora: 1 godina; rok provjeravanja: 3 godine

- Član 220. stav 2. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih oslobađajućih presuda: 1
 - * Broj presuda kojim se optužba odbija: 1 (odustanak od optužbe)

- Član 215. stav 2. KZ BiH u vezi sa članom 220. stav 2. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 1
 - * Izrečena kazna zatvora: 1 godina
 - * Oduzeta imovinska korist: 480 €

- Član 220. stav 3. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih oslobađajućih presuda: 3
- Član 383. KZ FBiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 8
 - * Broj nepravosnažnih osuđujućih presuda: 1 (u vezi krivičnog djela iz člana 224. stav 2. KZ BiH)
 - * Broj pravosnažnih oslobađajućih presuda: 3
 - * Broj presuda kojim se optužba odbija: 2 (odustanak od optužbe)
 - * Izrečena kazna zatvora: 5 mjeseci i 15 dana - 10 godina (član 358. KZ FBiH)
 - * Izrečena uslovna osuda: utvrđena kazna zatvora: 1 godina i 6 mjeseci; rok provjeravanja: 3 godine
- Član 250. u vezi sa članom 383. KZ FBiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 3
 - * Broj presuda kojim se optužba odbija: 2 (1 odustanak od optužbe)
 - * Izrečena kazna zatvora u rasponu: 1 godina – 5 godina
 - * Oduzeta imovinska korist: 645.813,48 KM
- Član 347. KZ Republike Srpske
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 1
- Član 377. stav 1. KZ BD BiH
 - * Broj presuda kojim se optužba odbija: 1 (odustanak od optužbe)

3.4. Krivično djelo „Pronevjere u službi“ (član 221. KZ BiH)

U odnosu na krivično djelo „Pronevjere u službi“ iz člana 221. KZ BiH, u praksi se postavilo kao sporno pitanje da li se zbirom iznosa više krivičnih djela pronevjere može konstituisati pravna kvalifikacija iz stava 3. ovog člana, odnosno da li više krivičnopravnih radnji koje imaju obilježja propisana stavom 2. ovog člana KZ BiH može da čini konstrukciju iz stava 3. istog Zakona. Ako je optuženo lice u više navrata prisvojilo novac koji mu je bio povjeren u službi, pravna

kvalifikacija djela ne može se zasnivati na zbiru navedenih novčanih iznosa. U tom slučaju radit će se o produženom krivičnom djelu iz stava 1. ovog člana, obzirom da iste radnje predstavljaju kontinuiranu vremenski povezanu djelatnost počinjenu sa direktnim umišljajem i to identičnim načinom postupanja i prema istom zaštitnom objektu. Stoga preovladavajući stav u praksi je da više radnji koje imaju obilježja propisana odredbom člana 221. stav 2. KZ BiH predstavljaju navedeno krivično djelo u produženom djelovanju i to kao pravi realni sticaj.

U slučaju da je učinilac prodao stvar koju je prisvojio i to ispod tržišne vrijednosti, imovinska korist će iznositi onoliko koliko ta stvar vrijedi na tržištu.

Takođe, kao sporno se ističe i odnos između krivičnog djela Pronevjere u službi iz člana 221. KZ BiH i krivičnog djela propisanog odredbom člana 223. KZ BiH (Posluga u službi), i to u smislu utvrđivanja namjere počinioaca – da li se radilo o namjeri prisvajanja ili samo posluživanja. Tako da će se raditi o krivičnom djelu Pronevjere u službi ukoliko iz okolnosti konkretnog slučaja proizlazi da počinilac nije bio u mogućnosti da vrati otuđenu stvar.

Uporedno zakonodavstvo

Upoređivanjem zakonskih tekstova, zaključuje se da se krivičnopravna sankcija propisana KZ-om BD BiH i Republike Srpske razlikuje od ostalih poredbenih krivičnih zakona. Naime, za ponašanje koje je predmetom prvog kvalifikatornog oblika ovog krivičnog djela u članu 378. stav 3. KZ BD BiH/348 stav 3. KZ RS (pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi iznos od 10.000 KM), razlika u odnosu na ostale krivične zakone je u zakonskom maksimumu moguće kazne zatvora koja se može izreći i to prema navedenim zakonima je 8 godina, ostali zakoni 12 godina. Za drugi kvalifikatorni oblik (pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi iznos od 50.000 KM), KZ-om BD BiH i Republike Srpske predviđena je kazna zatvora u trajanju od dvije do deset godina, dok je na državnom nivou i u Federaciji BiH može se izreći kazna zatvora u trajanju minimalno tri godine, što je znatno strožija kazna, obzirom da je opći zakonski maksimum određena kazna zatvora u trajanju od dvadeset godina.

Navedeno krivično djelo nije propisano Krivičnim zakonikom Republike Srbije i Kaznenim zakonom Republike Hrvatske.

Statistički podaci

- Član 221. stav 2. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 3
 - * Izrečena kazna zatvora u rasponu: 6 mjeseci – 9 mjeseci
 - * Izrečena uslovna osuda: utvrđena kazna zatvora: 1 godina i 6 mjeseci; rok provjeravanja: 3 godine
 - * Oduzeta imovinska korist: ukupno 16.845,80 KM + 1.500 €

- Član 221. stav 3. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 2
 - * Izrečena kazna zatvora u rasponu: 1 godina – 10 godina
 - * Oduzeta imovinska korist: ukupno 673.209,38 KM

3.5. Krivično djelo „Posluga u službi“ (član 223. KZ BiH)

Predmetno krivično djelo je vrlo teško u praksi razlikovati od krivičnog djela Pronevjere u službi obzirom da je potrebno utvrditi subjektivni element, odnosno namjeru počinioca da samo privremeno koristi stvar uz postojanje namjere da istu i vrati. Tako da se razgraničenje između ovih krivičnih djela vrši posredstvom primjene objektivnih okolnosti - da li je lice u mogućnosti da vrati stvar, protek vremena od uzimanja stvari i sl.

Kao potreba razmatranja u budućnosti u smjeru izmjena zakona, postavlja se pitanje opravdanosti propisivanja istog zakonskog okvira za krivično djelo Pronevjera u službi (stav 1. člana 221. KZ BiH) i „Posluga u službi“ – šest mjeseci do pet godina.

Uporedno zakonodavstvo

Ista krivičnopravna sankcija za navedeno krivično djelo je propisana KZ-om BiH, FBiH i Krivičnim zakonikom R. Srbije. Razlika se ogleda u kaznenom okviru koji propisuju KZ BD BiH i KZ Republike Srpske, obzirom da je navedenim zakonima propisano da se za navedeno krivično djelo može izreći novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju do tri godine, što se čini blažim načinom kažnjavanja u odnosu na ostale krivične zakone (šest mjeseci do pet godina).

3.6. Krivično djelo „Nesavjestan rad u službi“ (član 224. KZ BiH)

Nesavjesno postupanje u vršenju službene dužnosti samo po sebi nije krivično djelo već disciplinski prekršaj, obzirom da predstavlja povredu pravila vršenja službene i radne dužnosti. Stoga je od presudne važnosti utvrditi da se u konkretnom slučaju radi o očigledno nesavjesnom postupanju, što predstavlja standard odlučivanja u svakom pojedinačnom predmetu. Tako samo najgrublji oblici nesavjesnog postupanja u vršenju službene dužnosti mogu eventualno predstavljati radnje koje u sebi sadržavaju elemente propisane ovom odredbom Krivičnog zakona, uz potrebu nastupanja i određene povreda prava nekog lica, odnosno imovinske štete, što bi u krajnjem slučaju opravdavalo krivičnoppravnu intervenciju.

U odnosu na sadržaj „nesavjesnog postupanja“, ono mora biti očigledno, odnosno mora se raditi o višem stepenu nesavjesnog postupanja ili gruboj povredi službene dužnosti. Po svom značaju i intenzitetu, takvo postupanje mora biti uočljivo i za običnog objektivnog posmatrača i mora prevazilaziti stepen obične nemarnosti.

Kao jedno interesantno rješenje iz regiona, potrebno je navesti Rješenje Ustavnog suda RH U-I-1085/2000 od 30. 04. 2008. („Narodne novine“, 59/2008), u kojem je elaboriran opstanak ovog krivičnog djela u Kaznenom zakonu R. Hrvatske i navedeno sljedeće: *„Ta je odredba posve neodređena i predstavlja flagrantno kršenje načela lex certa. Obilježje “očito nesavjesno postupanje” krajnje je nejasno; toga je bio svjestan i zakonodavac pa ga je pokušao ograničiti uporabom pojma “očito”, koji je i sam neodređen. Posebno je nejasno obuhvaća li navedeno obilježje samo namjeru ili i nehaj, na što ni u literaturi ni u judikaturi nije dan valjan odgovor. Njime se zaista stvara mogućnost da sve moguće situacije koje se ne mogu obuhvatiti drugim kaznenim djelima budu tretirane kao kazneno djelo; zbog potpune neodređenosti, ono se ne može opravdati ni kao supsidijarno kazneno djelo.“*

Tako da prilikom ocjene da li su se u određenom ponašanju stekli elementi ovog krivičnog djela, potrebno je sagledati sve objektivne i subjektivne okonosti. Od objektivnih okolnosti, potrebno je cijeniti na koji način bi trebala postupati osoba u datoj situaciji po pravilima službe, te uvjete i okolnosti slučaja. U smislu

subjektivnih činjenica na strani počinioca, moraju se cijeniti pojedinačne sposobnosti i znanja te osobe.

Za sudsku praksu, važno je ukazati na pravosnažnu presudu u krivičnom predmetu koji se vodio protiv optužene M.P. pred Sudom BiH⁷. Prije svega, u navedenim presudama je elaboriran odnos između krivičnog djela Nesavjestan rad u službi i krivičnog djela Krivotvorenje isprave i zaključeno je da radnju koja predstavlja krivotvorenje isprave ne treba posmatrati kao samostalno djelo, već kao pripremnu radnju koja je uključena u izvršenje krivičnog djela „Nesavjesnog rada u službi“, pa stoga ne može postojati sticaj predmetnih krivičnih djela kao samostalnih. U drugostepenoj presudi je naglašeno da „*radnja krivičnog djela Krivotvorenja službene isprave iz člana 226. KZ BiH u konkretnom slučaju predstavlja činjenični sadržaj radnje izvršenja krivičnog djela Nesavjestan rad u službi iz člana 224. KZ BiH*“ i da kod takvog stanja stvari „*nema osnova da se ta radnja kriminalizira kroz dva zakonska opisa, pa se po pravilnoj primjeni krivičnog zakona, radi samo o krivičnom djelu Nesavjestan rad u službi iz člana 224. KZ BiH*“.

Nasuprot tome, pitanje kvalifikacije krivičnih djela Nesavjestan rad u službi iz člana 224. KZ BiH, tako i Krivotvorenje službene isprave iz člana 226. KZ BiH je detaljno obrazloženo i u presudi Apelacionog vijeća Suda BiH broj: S1 2 K 013147 15 Kžk od 22.10.2015. godine. Naime, Apelaciono vijeće je u navedenom predmetu utvrdilo da su optuženi „*više puta preduzeli radnje koje, svaka za sebe, predstavlja radnje nesavjesnog postupanja u vršenju službe, ali i samo neke od njih čine istovremeno i sve elemente krivičnog djela krivotvorenja službene isprave, što ukazuje da se u navedenim postupcima optuženih stiču elementi i jednog i drugog krivičnog djela, jer se samo kroz jedno od njih nije mogla na odgovarajući način izraziti ukupna kriminalna količina svih preduzetih radnji*“. Stoga, zaključak je da ne može biti „*prividnog sticaja između djela nesavjesnog rada u službi i krivotvorenja službene isprave, jer se usporedbom apstraktnih propisa (a ni apstraktnom ocjenom kriminalnih količina sadržanih u njima) nikako ne može doći do zaključka da je jedno djelo obuhvaćeno drugim ili uvršteno u njega tako da bi usljed toga jedno od njih izgubilo samostalnu egzistenciju*“⁸.

⁷ Prvostepena presuda broj: S1 2 K 018966 15 K od 25.02.2016. godine; Drugostepena presuda broj: S1 2 K 018966 16 Kž od 23.05.2016. godine

⁸ VSRH, I Kž-1948/75 od 24. pros.1975. (vid. F. Bačić-Š.Pavlović, Komentar KZ Hr, Zagreb, 2004, str. 1182.)

Čini se da ne postoji jedinstven stav po ovom pitanju, te da sudsko vijeće svoju odluku donosi zavisno od specifičnih okolnosti svakog predmeta.

Uporedno zakonodavstvo

Poređenjem zakonskih tekstova, utvrđena je slijedeća razlika: Za radnje koje čine radnju iz stava 1. člana 224. KZ BiH/387. KZ FBiH, propisana je kazna zatvora u rasponu od tri mjeseca do pet godina, dok je za stav 2. propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina. Za iste radnje propisane odredbom člana 381. stav 1. KZ BD BiH, kao i Krivičnim zakonikom Srbije (član 361.), predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju do tri godine, a stavom 2. istog člana je propisana kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina. Ono po čemu se Krivični zakon Republike Srpske razlikuje od ostalih jeste što u osnovnom obliku djela ne propisuje iznos imovinske štete, nego određuje da se radi o „većoj imovinskoj šteti“, a kao gornji prag moguće kazne zatvora određeno je dvije godine. Međutim, navedeni krivični zakon propisuje dosta strožiju krivičnopravnu sankciju za kvalifikatorni oblik krivičnog djela (teška povreda prava drugog ili nastupila imovinska šteta u iznosu koji prelazi 50.000 KM) i to od jedne do osam godina.

Statistički podaci

- Član 224. stav 2. KZ BiH
 - * Broj pravosnažnih osuđujućih presuda: 2
 - * Broj nepravosnažnih osuđujućih presuda: 1
 - * Broj pravosnažnih oslobađajućih presuda: 5
 - * Broj nepravosnažnih oslobađajućih presuda: 1
 - * Izrečena uslovna osuda: utvrđena kazna zatvora: 1 godina; rok provjeravanja: 2 godine
 - * Izrečena kazna zatvora: 1 godina i 4 mjeseca, 10 mjeseci.⁹

⁹ Nepravosnažna presuda broj: S1 2 K 013147 15 Kžk od 22.10.2015. godine izrečene kazne zatvora za krivična djela u sticaju:

1. Optuženom Š.M. za krivično djelo Nesavjestan rad u službi iz člana 224. stava 2. KZ BiH, u vezi sa članom 54. KZ BiH kaznu zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine i 4 (četiri) mjeseca, a za krivično djelo Krivotvorenje isprave iz člana 226. KZ BiH u vezi sa člana 54. KZ BiH, kaznu zatvora u trajanju od 6 (šest) mjeseci, - izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od 1(jedne) godine i 6 (šest) mjeseci

4. Zaključak

Prema izvještaju Transparency Internationala iz 2014. godine u vezi sa poimanjem korupcije, Bosna i Hercegovina zauzima 80. mjesto među 175 zemalja (pri čemu je 1=najmanje korumpirana). Navedeni podatak, na neizravan način implicira i aktivnost pravosudnih organa u BiH povodom navedenih krivičnih djela, iako je tamna brojka u vezi navedenih krivičnih djela izuzetno izražena.

Pravna regulativa za sprečavanje i suzbijanje korupcije vrlo često se pokazuje neefikasnom, što je posljedica njene nedovoljne prilagođenosti pojavnim oblicima korupcije, nepreciznosti postojećih propisa ili nedostataka političke volje za borbu protiv korupcije. Stoga je i jedan od ciljeva ovog rada bio da se kritički preispita postojeće stanje stvari i ukaže na pravce de lege ferenda.

Danas je suvišno svako pitanje da li postoji korupcija, mnogo je značajnije da se sagledaju postojeće mogućnosti i da se pronađu efikasne metode u njenom suprostavljanju, jer svako odugovlačenje stvara još povoljnije uslove za nastanak i razvoj korupcije i povezivanje sa organizovanim kriminalitetom. Prethodno navedeno je potvrđeno i statističkim podacima, obzirom da je sve evidentniji porast izvršenja ovih krivičnih djela u okvirima grupa za organizovani kriminal. Tako da borba protiv korupcije predstavlja i borbu protiv organizovanog kriminala.

Prije svega, potrebno je ukazati da se svrha krivičnih postupaka najbolje može ostvariti ako se stvari mogu sagledati u svojoj ukupnosti. Navedeno se jedino može ostvariti ukoliko imamo odnos 1 istraga – 1 optužnica, obzirom da se na taj način mogu sveobuhvatnije vidjeti radnje optuženih, povezanost i posljedice, što utiče i na sankciju. Nadalje, ukoliko se uzmu u obzir statistički podaci, potrebno je mijenjati kaznenu politiku. Naime, imajući u vidu posebnu društvenu opasnost ovih krivičnih djela, cilj je približavati se maksimumu propisanih kazni. Kao vrlo važna karika ostvarivanja svrhe krivičnog postupka, iskazuje se potreba utvrđivanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom i njeno oduzimanje, a što je prvenstveno obaveza postupajućeg tužioca.

2. Optuženom H.Š. za krivično djelo Nesavjestan rad u službi iz člana 224. stava 2. KZ BiH, u vezi sa članom 54. KZ BiH kaznu zatvora u trajanju od 10 (deset) mjeseci, a za krivično djelo Krivotvorenje isprave iz člana 226. KZ BiH u vezi sa članom 54. KZ BiH kaznu zatvora u trajanju od 6 (šest) mjeseci, - izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine

Jedan od vrlo važnih elemenata o kojim se mora voditi računa jeste oštećeni u krivičnom postupku. Kod navedene vrste krivičnih djela, može se smatrati da je cjelokupno društvo oštećeno aktom korupcije, pa iz navedenog proizlazi da navedena postupanja uvijek uzrokuju štetne posljedice, čak i onda kada se ne može sa sigurnošću utvrditi nastupanje i visina konkretne štete.

Prilikom donošenja odluke o glavnoj stvari, potrebno je uzeti u obzir međunarodne konvencije, na čiji sadržaj se potrebno osvrnuti i u obrazloženju sudskih odluka.

Značaj krivičnog prava u borbi protiv korupcionih djelovanja ne treba ni podcijenjivati ni precjenjivati. Naime, krivično pravo je *ultima ratio* postupanja, pa je stoga značajnije razvijanje najrazličitijih oblika kontrole od samih građana i od predstavničkih tijela, a posebno da se određeno ponašanje za koje postoji sumnja da ima obilježje krivičnog djela dobro razmotri, jer svako takvo ponašanje nije ujedno i krivično djelo, iako je počinjeno protiv službe. U tom smislu, vrlo je važno da organi otkrivanja i gonjenja djeluju blagovremeno, stručno i profesionalno, pri čemu je od velike važnosti uloga tužioca koji po sadržaju radnji treba da objektivno procjeni da li ista ima obilježja krivičnopravne radnje ili je ostala u domenu eventualnog disciplinskog prekršaja, a sve u skladu sa ocjenom kvaliteta i kvantiteta prikupljenih dokaza.

Kao jedna od značajno drugačijeg obuhvatanja krivičnih djela korupcije jeste sadržaj Krivičnog zakonika Republike Srbije i to u smislu propisivanja krivičnog djela „Kršenje zakona o strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamjenika“ u glavi Zakona koja nosi naziv Krivična djela protiv službene dužnosti. Navedeno krivično djelo poznaje i naš krivičnopravni sistem, ali je isto zakonodavac svrstao u glavu Zakona koja se odnosi na krivična djela protiv pravosuđa.

Kao novo krivično djelo, prema izmjenama KZ BiH iz 2015. godine, u krivičnopravno zakonodavstvo na državnom nivou uvrštena su nova krivična djela i to: krivično djelo Primanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem iz člana 219. KZ BiH i krivično djelo Davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem iz člana 219a. KZ BiH. Imajući u vidu da su navedena krivična djela uvrštena tek zadnjim izmjenama Zakona (2015. godine), očigledno je da u odnosu na ista nije ni moglo biti relevantne prakse koja bi bila predmetom predstavljanja po osnovu pravosnažnih presuda.

Krivičnopravne odredbe u vezi korupcionih djelovanja će se vremenom i u skladu sa procesom pristupanja BiH Evropskoj uniji prilagođavati u većoj mjeri sa *acquis communautaire*. U tom smislu je potrebno naglasiti da je borba protiv prijevara i korupcije pravna obveza država u skladu sa članom 325. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije u smislu suzbijanja svih nezakonitih djelovanja koja utiču prvenstveno na finansijske interese Unije i to na način da se kazne „učinkovitim, razmjernim i odvrćajućim krivičnopravnim sankcijama”.

Na osnovu svega navedenog, potrebno je konstatovati da u BiH postoji adekvatan zakonski okvir borbe protiv korupcije koji je na određeni način usklađen sa Konvencijama EU i UN, kao i preporukama GRECO. Tako da pitanje primjene navedenih odredbi zavisi samo od stručnosti službenih osoba u policijskim agencijama, Tužilaštvu, ali i Sudu u smislu prepoznavanja određenih elemenata ovih krivičnih djela u praksi.

Sreto Crnjak, sudija Suda Bosne i Hercegovine

OTVORENA PITANJA UPRAVNIH POSTUPAKA U BOSNI I HERCEGOVINI

1. Uvod

Rješavanje o pravima i obavezama pojedinaca u upravnim stvarima jedan je od najosjetljivijih zadataka javne vlasti – organa državne uprave i drugih državnih organa, jedinica lokalne samouprave te pravnih lica koja obavljaju javna ovlaštenja. U slučaju donošenja nezakonitih i nepravilnih upravnih akata direktno se vrijeđaju prava i pravni interesi građana i drugih lica, ali i javni interes. Stoga je zakonito i pravilno postupanje nadležnih organa u rješavanju upravnih stvari od izuzetnog značaja za ostvarivanje pravne države i vladavine prava.

Dobro i adekvatno uređen upravni postupak garantuje donošenje zakonitih i pravilnih upravnih akata. Do kodifikacije pravila upravnog postupka u svijetu došlo je izrazito kasno. Tek početkom druge četvrtine 20. vijeka, 1925. godine, u Austriji su donesena četiri zakona o upravnom postupku, koji su činili prvu cjelovitu kodifikaciju pravila upravnog postupka. U vremenu između dva svjetska rata posebna pravila o upravnom postupku donijele su još i Čehoslovačka i Poljska 1928. godine, Jugoslavija 1930. godine, a proces šire kodifikacije pravila upravnog postupka dobio je posebni zamah tek nakon Drugog svjetskog rata. Budući da upravni postupak ima veliku važnost za građane, ali i za privredne i druge subjekte, pravila upravnih postupaka imaju izrazito veliko društveno i političko značenje.

U Bosni i Hercegovini je upravni postupak određen Zakonom o upravnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj: 29/02 od 12. oktobra 2002. godine). Izmjene i dopune su objavljene u „Službenom glasniku BiH“, broj:12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16). Ovim Zakonom utvrđena su pravila postupka po kojima postupaju organi uprave Bosne i Hercegovine kad u upravnim stvarima, neposredno primjenjujući propise, rješavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima građana, pravnih lica ili drugih stranaka u upravnim stvarima koje su u nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine. Po ovom Zakonu dužne su postupati i javne korporacije i javna preduzeća (društva), ustanove i druga pravna lica Bosne i Hercegovine, kad u vršenju javnih ovlaštenja (u daljem tekstu:

institucije koje imaju javna ovlaštenja) koja su im povjerena zakonom, rješavaju u upravnim stvarima. Organi uprave entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, kao i institucije entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, koje imaju javna ovlaštenja, u upravnim stvarima odlučuju po pravilima upravnog postupka koji su određeni Zakonom o upravnom postupku Federacije BiH („Službene novine F BiH“, broj 2/98 od 20. januara 1998. godine, sa izmjenama i dopunama), Zakonom o opštem upravnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS“, broj: 13/02, 87/07 i 50/10) i Zakonom o upravnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BD BiH“, broj 3/00 od 28. avgusta 2000. godine, sa izmjenama i dopunama).

Svi navedeni zakoni o upravnom postupku imaju osnovu iz Zakona o opštem upravnom postupku SFR Jugoslavije koji je donesen još 1956. godine. Do 1991. godine mijenjan je i dopunjavao četiri puta – 1965., 1977., 1978. i 1986. godine. Oni su pretrpjeli određene izmjene, ali se postavlja pitanje da li su ti zakoni u potpunosti usklađeni sa zajedničkim evropskim standardima o vladavini prava.

Razloga za nerijetko nezakonito i nepravilno postupanje obveznika primjene upravnih postupaka ima nekoliko. Vrlo važan razlog svakako čine normativni propusti i neodgovarajuća zakonska rješenja. S druge strane, odredbama posebnih upravnih postupaka ponekad se neopravdano bitno odstupa od opštih pravila upravnog postupka, ali i od osnovnih načela Zakona o upravnom postupku. Konačno, do problema u vođenju upravnih postupaka dobrim dijelom dolazi i zbog nepridržavanja postojećih zakonskih odredbi, često upravo zbog neadekvatne edukacije službenika koji ove postupke vode.

2. Obveznici postupanja po pravilima upravnog postupka

Već na samom početku vođenja upravnih postupaka često se javlja dilema o obveznicima postupanja po pravilima upravnog postupka, odnosno pravilima Zakona o upravnom postupku. Drugim riječima, nije sasvim jasno koji su subjekti obavezni postupati prema pravilima Zakona o upravnom postupku. Razlog za nedoumicu najvećim je dijelom nastao zbog formulacije člana 1. navedenih Zakona, konkretno člana 1. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, koji propisuju da su po ovom Zakonu dužni da postupaju organi uprave Bosne i Hercegovine kad u upravnim stvarima, neposredno primjenjujući propise, rješavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima građana, pravnih lica ili drugih stranaka u upravnim stvarima koje su u nadležnosti institucija Bosne i

Hercegovine. Po ovom Zakonu dužne su postupati i javne korporacije i javna preduzeća (društva), ustanove i druga pravna lica Bosne i Hercegovine, kad u vršenju javnih ovlaštenja (u daljem tekstu: institucije koje imaju javna ovlaštenja) koja su im povjerena zakonom, rješavaju u upravnim stvarima. Ovim odredbama, dakle, nije direktno određen krug subjekata koji su u rješavanju upravnih stvari obavezni postupati po odredbama Zakona o upravnom postupku, već to zavisi od organizacijskih propisa, to jest propisa kojima se uređuje sastav i osnivanje državne vlasti, posebno državne uprave, te, s druge strane, o načinu određivanja kruga pravnih lica koje, u prenesenim javnim ovlaštenjima, obavljaju poslove javne uprave.

Iako je ovakav način definisanja kruga obveznika primjene Zakona o upravnom postupku čest i u uporednom pravu, ovako oblikovane odredbe mogu stvarati velike teškoće potencijalnim obveznicima postupanja prema Zakonu o upravnom postupku, ali i subjektima o čijim se pravima i pravnim interesima rješava.

Oko određivanja organa državne uprave koji su obveznici postupanja prema Zakonu o upravnom postupku ne bi trebalo biti većih teškoća, mada je i njih u praksi bilo. No, daleko nejasnije pitanje koje se u praksi otvara jest koja su pravna lica s javnim ovlaštenjima u nekom konkretnom slučaju obavezna postupati prema odredbama Zakona o upravnom postupku. Pravna lica su prema ovom zakonu obavezna postupati samo kada „u vršenju javnih ovlaštenja rješavaju u upravnim stvarima“. Dakle, svako pravno lice, bez obzira na njegov organizacijski oblik, koje na osnovu javnih ovlaštenja u nekoj konkretnoj upravnoj stvari rješava o pravu, obavezi ili pravnom interesu fizičkog ili pravnog lica, obveznik je primjene ovog Zakona. Međutim, koja će pravna lica imati javna ovlaštenja zavisi isključivo o posebnim zakonima i drugim propisima donesenim na osnovu zakona. To su, npr., javne ustanove, privredna društva, udruženja, pravna lica sui generis koja su osnovana i ustrojena na osnovu posebnih zakona a javljaju se pod različitim nazivima, kao npr. fondovi, agencije, vijeća, komisije, komore, te konačno specifična i unikatna pravna lica, kao što su npr. Narodna banka Bosne i Hercegovine i Ured/kancelarija za reviziju institucija Bosne i Hercegovine, kao i Uredi za reviziju institucija F BiH i Republike Srpske. U pravnoj praksi se ponekad postavlja pitanje je li neko pravno lice u konkretnoj stvari dužno postupati po Zakonu o upravnom postupku, nekim drugim propisima o upravnom postupku ili može djelovati potpuno arbitrarno. Jasno je da pravno lice mora postupati prema Zakonu o upravnom postupku ukoliko je to propisano posebnim zakonom ili

ukoliko je propisano da ono donosi upravne akte. Tako npr., član 16. Zakona o patentu („Službeni glasnik BiH“, broj 53/10) propisuje da se pitanja postupka koji se vodi pred Institutom za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine bliže uređuju propisima o sprovođenju ovog zakona, a za pojedina pitanja koja nisu uređena ovim zakonom i propisom o sprovođenju primjenjivaće se odredbe Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 i 50/10). Član 26. Zakona o konkurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09) propisuje da će se u postupcima pred Konkurencijskim savjetom, ukoliko drugačije nije propisano ovim zakonom, primjenjivati Zakon o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“, br. 29/02). Međutim, treba zaključiti da prema pravilima Zakona o upravnom postupku treba postupati i kada je zakonom određeno da se protiv akta nekog pravnog lica može pokrenuti upravni spor.

Zakonima o upravnom postupku propisano je da su po ovom zakonu dužni da postupaju i organi uprave kantona – županija, grada i opštine kada na osnovu zakona obavljaju poslove državne uprave.

3. Upravna stvar

Drugo otvoreno pitanje upravnih postupaka u Bosni i Hercegovini svakako je pitanje definisanja upravne stvari. Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 29/02, 12/04, 88/07 i 93/09), kao ni zakoni o upravnom postupku entiteta i BD BiH, nisu dali definiciju upravne stvari. Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj: 19/02, 88/07 i 83/08 i 74/10) je doduše definisao upravni akt u materijalnom smislu kao akt kojim nadležne institucije Bosne i Hercegovine iz člana 4. ovog Zakona, rješavaju o izvjesnom pravu ili obavezi građanina ili pravnog lica u nekoj upravnoj stvari, ali upravnu stvar nije definisao (v. član 8. stav 2.). Ovo je jedno od najvažnijih pitanja primjene Zakona o upravnom postupku, a ujedno i upravnog prava uopšte. Praktični problem nedostatka ove definicije u upravnim se postupcima odražava u činjenici da je pojam upravne stvari i u članu 1. Zakona o upravnom postupku i u članu 1. Zakona o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine i entiteta kao i Brčko Distrikta BiH određen kao osnovna pretpostavka za postupanje po ovim zakonima.

Međutim, tek izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ br. 53/16, stupio na snagu 30. jula 2016. godine), dodat je član 19a, kojim je definisana upravna stvar. Prema stavu 1. člana

19a, upravna stvar je svaka stvar u kojoj javnopravni organ u upravnom postupku odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opšte akte kojima se uređuje odgovarajuća upravna oblast. Prema stavu 2. navedenog člana, izuzetno od odredbe stava 1. ovog člana, upravna stvar je ona stvar koja je nekim zakonom izričito određena.

Time je riješen niz dilema je li upravno tijelo dužno postupati prema pravilima Zakona o upravnom postupku. Takva široka definicija će u velikoj mjeri onemogućiti zloupotrebe prilikom tumačenja, a u vezi obima sudske zaštite prava građana. Međutim, u svakom slučaju bilo bi dobro da zakonodavac, odnosno svi oni koji primjenjuju zakone, što češće, preciznije i jasnije odrede da su u određenim slučajevima u pitanju upravne stvari. Takođe, u svim slučajevima kad je posebnim zakonima propisano da su neki akti upravni, može se tumačiti da je u pitanju situacija opisana odredbom stav 2. člana 19a dopunjenog Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine.

Zakoni o upravnom postupku u entitetima i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, nisu definisali pojam „upravna stvar“ ni nakon što je to učinjeno navedenim izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine.

U stručnoj i naučnoj literaturi bilo je dosta pokušaja definisanja ovog pojma, ali su sve te definicije mahom date uz bitna ograničenja, ili se zasnivaju na pojmovima koji su, takođe, nerazjašnjeni i treba ih definisati, kao što su „upravna materija“, „upravna oblast“, „upravni propisi“ i sl., ili pak pojam upravne stvari vezuje se za rješavanje u upravnom postupku, za donosiocje upravnog akta itd. Ni sudska praksa nije dala definiciju pojma upravne stvari. Analizirajući brojne stavove koji su u sudskoj praksi zauzimani, moglo bi se reći da je praksa suda išla linijom razgraničavanja upravnog akta od sudskog, kao i eliminacije onih pojedinačnih akata organa kojima nedostaje autoritativnost i rješavajući karakter, čime je posredno davala neke konture pojma upravne stvari.

U nedostatku jedne opšteusvojene definicije upravne stvari, smatramo da se kao pristup određivanju tog pojma, polazeći od stavova sudske prakse, može utvrditi:

- upravna stvar se ne može izjednačavati sa upravnim aktom, ona je samo jedno njegovo bitno sadržinsko obilježje;

- upravna stvar je konkretna, pojedinačna situacija (konkretan slučaj), a ne opšta pravna situacija; otuda, na primjer akt o zabrani saobraćaja na putevima ne predstavlja rješavanje u upravnoj stvari (objašnjenje Saveznog sekretarijata za pravosuđe, br. 04-85/1 od 12.2.1966. godine); rješenje kojim se odlučuje da se javni put osposobi za upotrebu, ili kojim se odlučuje po zahtjevu da se otvori javni put, nije donijeto u upravnoj stvari (SVS, Už. Br.6792/58 od 6.12.1958. godine);
- ta konkretna pojedinačna situacija je, po pravilu, nesporna situacija; neposredna pravna intervencija u upravnim stvarima nije razrješavanje spornog odnosa jer u upravnim stvarima (za razliku od „sudskih stvari“) načelno nema međusobnog suprotstavljanja dva pravna zahtjeva;
- takva pojedinačna nesporna situacija uređuje se od strane nadležnih organa autoritativno i neposredno, po službenoj dužnosti ili po zahtjevu stranke;
- upravna stvar ne pretpostavlja ni ugovorno, ni samoupravno, već autoritativno (sa pozicija vlasti) pravno uređivanje; tako, nije upravni akt jer nije donesen u upravnoj stvari, akt o utvrđivanju najpovoljnije ponude za kupnju stana u društvenom vlasništvu (USH, Us. Br. 2812/81 od 14.10.1981. godine);
- pravno uređivanje upravne stvari vrši se rješavajućim upravnim aktom.

Na osnovu ovih premisa moglo bi se, smatramo, zaključiti da se pod upravnom stvari, sadržinski posmatrano, podrazumijeva nesporna pojedinačna situacija koju je neophodno autoritativno i neposredno pravno urediti upravnim aktom. Sljedstveno tome, rješavanje u upravnim stvarima predstavljalo bi odlučivanje sa pozicija državne vlasti o izvjesnom pravu ili obavezi ili pravnom interesu određenog lica, neposrednom primjenom pravnih propisa na nesporne pojedinačne situacije.

Sasvim je sigurno da bi upravna stvar i u entitetskim pravnim sistemima i pravnom sistemu Brčko Distrikta trebala biti određena zakonom te bi se time i pravnom normom odredio obim pojma upravne stvari. U nedostatku zakonske definicije upravne stvari, u upravnoj i upravnosudskoj praksi entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine ostalo je u svakoj konkretnoj stvari uspješno ili manje uspješno prosuditi radi li se ili ne o upravnoj stvari.

Osim toga, predmet upravnog spora, pored ispitivanja zakonitosti upravnog akta, može da bude i zakonitost drugih pojedinačnih akata, ali samo ako je to posebnim zakonom izričito predviđeno.

S tim u vezi, važno je istaći da je članom 2. stav 1. tačka 3. Zakona o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine dato pravo pokretanja upravnog spora i državnim službenicima ako je konačnim upravnim aktom povrijeđeno njihovo pravo iz radnog odnosa. Takođe, to pravo im je dato i članom 63. Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09 i 8/10). Dakle, navedenim zakonima dat je karakter upravnog akta i aktima kojima je povrijeđeno pravo iz radnog odnosa državnih službenika, pa su onda tako i upravne stvari primanje u državnu službu, prestanak službe, pitanja položaja, prava, obaveza i odgovornosti državnih službenika.

Upravni sud Hrvatske, takođe je zauzeo pravno shvatanje da su po svojoj prirodi upravni akti, pa su onda tako i upravne stvari primanje u državnu službu, prestanak službe, pitanja položaja, prava, obaveza i odgovornosti državnih službenika, imenovanja direktora javnih ustanova (Us-6497/97 od 25.11.1999.).

Novina Zakona o opštem upravnom postupku (ZUP) Hrvatske („Narodne novine“, br. 47/09, stupio na snagu 1. januara 2010. godine) jeste da je po prvi put definisan pojam upravne stvari. Prema članu 2. stav 1. ZUP-a Hrvatske, upravnom stvari smatra se svaka stvar u kojoj javnopravno tijelo u upravnom postupku rješava o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičke ili pravne osobe ili drugih stranaka neposredno primjenjujući zakone, druge propise i opšte akte kojima se uređuje odgovarajuće upravno područje, s tim da se, prema stavu 2. navedenog člana, upravnom stvari smatra i svaka stvar koja je zakonom određena kao upravna stvar.

I novim Zakonom o upravnim sporovima Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 111/2009), koji je stupio na snagu 30.12.2009. godine, prvi put se definiše upravna stvar. Prema odredbi člana 5. upravna stvar u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizilazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno uredi. Prethodni Zakon o upravnim sporovima („Službeni list SRJ“, br. 46/96) je doduše definisao upravni akt u materijalnom smislu kao akt kojeg donosi državni organ ili organizacija kad u obavljanju javnih ovlašćenja rješava o izvjesnom pravu ili obavezi određenog pojedinca ili organizacije u kakvoj upravnoj stvari, ali upravnu stvar nije definisao.

4. Posebni upravni postupci

Sljedeće često otvarano pitanje u upravnom odlučivanju jest prema kojim pravilima postupka postupati u rješavanju konkretne upravne stvari. Da li prema pravilima odgovarajućeg Zakona o upravnom postupku ili prema pravilima posebnih upravnih postupaka. Nesporno je da je propisivanje posebnih upravnih postupaka u nekim upravnim područjima potrebno, jer se pojedina pitanja postupka propisana Zakonom o upravnom postupku mogu pokazati nedostatnima ili neadekvatnima za određena pitanja ili radnje u tim upravnim područjima. Propisivanje posebnih upravnih postupaka je nužno zbog specifičnosti u pojedinim upravnim područjima.

Kod vođenja upravnog postupka u Bosni i Hercegovini se primjenjuju odredbe odgovarajućeg Zakona o upravnom postupku (BiH, F BiH i BD BiH), odnosno Zakona o opštem upravnom postupku (RS) kao opšta pravila postupka u svim slučajevima rješavanja upravnih stvari i u odnosu na sva pitanja postupka, izuzev kada su pojedina pitanja postupka za određenu upravnu oblast posebnim zakonom uređena drukčije (npr. poreske i carinske stvari). U tim se slučajevima primjenjuju odredbe posebnih zakona. Ova mogućnost otvorena je samim Zakonima o upravnom postupku BiH, entiteta i BD BiH koji članom 2. propisuju da se „pojedina pitanja postupka za određenu upravnu oblast mogu posebnim zakonom urediti drukčije nego što su uređena ovim zakonom, ako je to nužno za postupanje u toj upravnoj stvari i nije protivno načelima ovog zakona“. I pored liberalne prirode ove odredbe, ona ipak sadrži tri ograničenja. Ponajprije, od Zakona o upravnom postupku može se odstupiti samo zakonom, a ne i drugim pravnim propisima, kao što su npr. uredbе, pravilnici, odluke predstavničkih tijela jedinica lokalne samouprave, odluke pravnih lica sa javnim ovlašćenjima, i sl. Ovo nije dopušteno čak ni kada bi npr. materijalni zakon iz određene oblasti odredio da se odredbe o postupku normiraju podzakonskim propisom. Takva situacija postoji u postupku javnih nabavki. Naime, članom 52. stav 8. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 49/04) propisano je da će se u skladu sa odredbama ovog zakona, podzakonskim aktima regulisati procedure rada Kancelarije/Ureda za razmatranje žalbi, kao drugostepenog organa u postupku javnih nabavki. Na osnovu navedenog ovlašćenja Predsjednik Kancelarije za razmatranje žalbi donio je Poslovnik o radu te Kancelarije kojim je propisan i postupak pri odlučivanju o žalbama. S druge strane, drugačije se mogu uređivati samo pojedina pitanja postupka, i to isključivo kada je to nužno za postupanje u određenom upravnom području. I konačno, čak i tada se ne smije odstupiti od

načela Zakona o upravnom postupku. Iz ovako formulisane odredbe člana 2. navedenih Zakona o upravnom postupku u Bosni i Hercegovini valja zaključiti da je poželjno propisivati što manje odredaba o posebnim upravnim postupcima, odnosno da treba što manje odstupati od opštih procesnih pravila propisanih Zakonom o (opštem) upravnom postupku.

Međutim, u bosansko – hercegovačkoj zakonodavnoj praksi u brojnim se zakonima može pronaći bar koja odredba postupka kojom se odступа od normi Zakona o upravnom postupku. Štaviše, u nekim zakonima odступа se čak i od osnovnih načela Zakona o upravnom postupku.

Veliki broj posebnih upravnih postupaka stvara pravnu nesigurnost. Teško je na primjer utvrditi koje odredbe treba primijeniti u konkretnoj upravnoj stvari, što je protivno evropskim standardima javne uprave. Stoga bi u svrhu pojednostavljenja vođenja upravnih postupaka trebalo maksimalno reducirati posebna pravila upravnog postupka, a ona koja su nužna, trebalo bi uskladiti sa zahtjevima sadržanim u članu 2. Zakona o upravnom postupku. Tako bi se vođenje upravnog postupka znatno olakšalo obveznicima postupanja po pravilima upravnih postupaka, ali i strankama u tim postupcima.

5. Položaj stranke u upravnom postupku

U vezi sa položajem stranke u upravnom postupku, u primjeni Zakona o upravnom postupku često se javljaju dva problema: priznavanje položaja stranke u upravnom postupku zainteresovanim trećim licima, te postavljanje, odnosno nepostavljanje privremenog zastupnika u upravnom postupku, kada je to Zakonom propisano.

Prema članu 41. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine i odgovarajućih odredbi entitetskih Zakona o upravnom postupku stranka je lice po čijem je zahtjevu pokrenut postupak ili protiv kojeg se vodi postupak, ili koje, radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa, ima pravo učestvovati u postupku. Svojstvo stranke u upravnom postupku, dakle, ne priznaje se samo podnosiocu zahtjeva i licu protiv kojeg se postupak vodi, već i svakom trećem licu čije pravo ili pravni interes mogu biti ugroženi donošenjem upravnog akta bez njezinog sudjelovanja u postupku. Da bi se prava i pravni interesi ovih lica – još nazvanih zainteresovana lica - mogli zaštititi još u toku vođenja upravnog postupka i u donošenju meritorne odluke, u upravnom postupku im se priznaje svojstvo stranke. Česti su slučajevi u

kojim nakon pokretanja upravnog postupka organi nadležni za njegovo vođenje često ne uočavaju niti prepoznaju pravni interes određenih lica kojima radi zaštite njihovih prava ili pravnih interesa mora biti omogućeno sudjelovanje u upravnom postupku, pa se on vodi samo uz sudjelovanje onih lica na čiji je zahtjev pokrenut ili protiv kojih se vodi. Tako zainteresovana treća lica za vođenje upravnog postupka često saznaju tek nakon što je postupak okončan, što onda dovodi do obnove prema odredbama člana 238. tačka 9. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, odnosno odgovarajućih odredbi Zakona o upravnom postupku entiteta i BD BiH.

U praksi ponekad uistinu može biti teško odrediti da li određeno lice ima pravni interes sudjelovati u pokrenutom upravnom postupku. Međutim, ostvarenje ovog izuzetno važnog prava uslovljeno je ponajprije ekstenzivnim, a ne restriktivnim tumačenjem postojanja pravnog interesa trećih lica. Priznavanje položaja zainteresovanog lica (uzgredne stranke, intervijenta) trećim licima uveliko bi doprinijelo pravnoj sigurnosti te bi smanjilo potrebu za korišćenjem vanrednih pravnih lijekova.

U vezi s problematikom položaja i prava stranke u upravnom postupku potrebno je istaći da u upravnoj praksi ima slučajeva vođenja upravnog postupka protivno odredbi člana 54. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine. Drugim riječima strankama se, uprkos izričitoj zakonskoj odredbi, u zakonom propisanim slučajevima ne postavlja privremeni zastupnik. Tada se upravni postupak, ustvari, vodi bez sudjelovanja stranke u postupku, čime se vrijeđaju osnovna načela Zakona o upravnom postupku. Ujedno se tako strankama onemogućuje da redovnim pravnim lijekovima osporavaju zakonitost upravnih akata donesenih u tako provedenom postupku, te na taj način zaštite svoja prava i pravne interese. Stoga se može zaključiti da je imenovanje privremenog zastupnika u zakonom propisanim slučajevima u upravnom postupku od presudne važnosti za zaštitu prava i interesa stranke te za pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja. Propuštanje izvršenja ove obaveze dovodi do cijelog niza nepravilnosti u provođenju upravnog postupka.

6. Skraćeni postupak

Sljedeće pitanje koje otvara dileme, kako zbog neodgovarajuće zakonske regulative, tako i zbog praktične primjene, jest – kada se upravni postupak može voditi kao skraćeni postupak? Budući da dosta upravnih stvari po svojoj prirodi ne

traži provođenje složenog postupka, a u njihovom je rješavanju primarna brzina, kako zbog ostvarivanja prava ili zaštite prava stranke, tako i zbog zaštite javnog interesa, upravni se postupak može provesti, uz poštivanje načela efikasnosti i ekonomičnosti, i kao skraćeni postupak. Provođenje takvog postupka predstavlja izuzetak od pravila – provođenja posebnog ispitnog postupka. Riješiti upravnu stvar u skraćenom postupku znači donijeti odluku bez davanja mogućnosti stranci da bude saslušana, bez zakazivanja i održavanja usmene rasprave i bez izvođenja dokaza putem posebnih dokaznih sredstava, kao što su npr. iskaz svjedoka, nalaz i mišljenje vještaka, uviđaj ili izjava stranke.

Kako skraćeni postupak predstavlja izuzetak, a ne pravilo u upravnim postupcima, on se može voditi samo prilikom rješavanja jednostranačkih stvari. Prema članu 140. tačka 1. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, ukoliko u upravnom postupku sudjeluje dvije ili više stranaka sa protivrnim interesima, mora se provesti usmena rasprava. U skladu sa tačkom 2. istog člana skraćeni postupak ne može se provesti niti u slučajevima kada se radi utvrđenja činjeničnog stanja treba izvršiti uviđaj, saslušati svjedok ili vještak, jer se i tada mora održati usmena rasprava. Štaviše, član 132. stav 1. navedenog Zakona taksativno navodi samo četiri grupe slučajeva kada se skraćeni postupak može provesti.

S obzirom da je vođenje skraćenog postupka izuzetak, ekstenzivno tumačenje pretpostavki za provođenje ovog postupka ni u kom slučaju ne bi trebalo biti dopustivo. U prilog ovoj tezi ide i sudska praksa, prema kojoj nadležni organ može riješiti stvar neposredno, u skraćenom postupku, samo ako su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. Ako ti uslovi ne postoje potrebno je u postupku obaviti sve radnje radi utvrđivanja činjeničnog stanja te eventualno održati usmenu raspravu.

Prema stanovištu sudske prakse bivšeg Saveznog vrhovnog suda Jugoslavije prvostepeni i tuženi organ mogu, bez posebnog saslušanja stranke i posebnog pružanja mogućnosti da se ona izjasni o činjenicama i okolnostima važnim za donošenje rješenja, riješiti stvar neposredno u slučaju kad su sve potrebne činjenice na osnovu kojih se mora utvrditi mjerodavno činjenično stanje navedene u prijedlogu stranke, odnosno u njenoj žalbi protiv prvostepenog rješenja. Pri tome treba voditi brigu o tome da li je navod stranke u pogledu važnih činjenica dovoljno jasan i razumljiv (SVS, Už. 4310/59 od 9.10.1959.).

Ako organ uprave raspolaže službenim podacima, može donijeti rješenje i bez saslušanja stranke, ali ako stranka u žalbi traži da joj se omogući učešće u postupku, prvostepeni organ je dužan da takav postupak sprovede (Vrhovni sud Srbije, u br. 7883/76 od 12.7.1977.).

Smatramo da bi u slučaju postojanja dileme o dopuštenosti vođenja skraćenog postupka trebalo provesti posebni ispitni postupak u kojem će se omogućiti stranci da bude saslušana, te tako pridonijeti pravilno i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Pri tom, smatramo da su načela efikasnosti i ekonomičnosti postupka sekundarna u odnosu na načelo materijalne istine i načelo saslušanja stranke.

Pogreške prvostepenog organa počinjene u skraćenom postupku po žalbi bi trebalo jednostavno ispraviti, jer u skladu sa članom 224. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine prvostepeni organ po žalbi može sam saslušati stranku ili provesti cijeli ispitni postupak i stvar riješiti drugačije te donijeti novo rješenje koje će zamijeniti rješenje koje se žalbom pobija. Ukoliko prvostepeni organ ne postupi na navedeni način i drugostepeni organ ima ovlašćenje da upotpuni postupak i omogući stranci da bude saslušana iako se to u praksi događa vrlo rijetko. Slučaj se posebno komplikuje kad protiv prvostepenog upravnog akta nije dozvoljena žalba, već ga stranka može pobijati samo u upravnom sporu.

7. Saslušanje stranke

Sljedeći problem koji se otvara u vezi s vođenjem upravnih postupaka vezan je uz jedno od osnovnih načela upravnog postupka – načelo saslušanja stranke. Ovo je načelo zauzelo važno mjesto u svim kodifikacijama upravnog postupka u uporednom pravu. Član 10. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine propisuje da se prije donošenja rješenja stranci mora pružiti mogućnost da se izjasni o činjenicama i okolnostima koje su važne za donošenje rješenja, odnosno, da se rješenje „može donijeti bez prethodnog izjašnjenja stranke samo u slučajevima kada je to zakonom dopušteno“. Razrađujući ovu opštu odredbu Zakon u članu 134. stav 3. propisuje da je službena osoba koja vodi postupak dužna pružiti mogućnost stranci da se izjasni o svim okolnostima i činjenicama koje su iznesene u ispitnom postupku, o prijedlozima i ponuđenim dokazima, da sudjeluje u izvođenju dokaza i da postavlja pitanja drugim strankama, svjedocima i vještacima preko službene osobe koja vodi postupak, a s njenom dozvolom i neposredno, te da se upozna sa rezultatom izvođenja dokaza i

da se o tome izjasni. Izričito je propisano da nadležni organ ne može donijeti rješenje prije nego što stranci pruži mogućnost da se izjasni o činjenicama i okolnostima na kojima se treba zasnivati rješenje, a o kojima stranci nije data mogućnost da se izjasni. Štaviše, sudska praksa je zauzela stav prema kojem se izjava stranke data u neku drugu svrhu ili u nekom drugom postupku ne smije uzeti kao relevantna u vođenju određenog upravnog postupka.

Prema sudskoj praksi Saveznog vrhovnog suda Jugoslavije, službeno lice koje vodi postupak dužno je prije donošenja rješenja da pruži stranci mogućnost da se ona izjasni o činjenicama i okolnostima koje su od važnosti za donošenje rješenja, jer je to u interesu postupka. Propuštanje u tom pogledu predstavlja povredu pravila postupka i razlog za ništenje rješenja (SVS, Už. Br. 3695/57 od 13.9.1957.). Prema zaključku XXIX zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 5.12.1985. godine, „u primjeni odredbe člana 43. stav 1. tačka 6. Zakona o putnim ispravama državljana SFRJ, upravni organ je dužan da se u postupku pridržava načela saslušanja stranke, kao i da utvrđuje sve činjenice koje su od značaja za donošenje zakonitog rješenja. Rješavajući u tim stvarima upravni organ, izuzetno, nije dužan da upozna stranku sa dokazima i podacima povjerljive prirode. U upravnom sporu po tužbama protiv konačnih rješenja donesenih na osnovu člana 43. stav 1. tačka 6. i člana 45. Zakona o putnim ispravama državljana SFRJ, sud na osnovu dokaza u spisima cijeni da li je osporeno rješenje donijeto posle zakonito sprovednog postupka, kao i da li je upravni organ utvrdio sve činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonitog rješenja“.

Međutim, u praksi nisu rijetki slučajevi da se postupak vodi ne samo bez saslušanja nekih stranaka, već i bez sudjelovanja u postupku lica o čijem se pravu ili obavezi odlučuje. Na taj se način strankama uopšte ne daje mogućnost da brane svoja prava i pravne interese. To je naročito izraženo kod vođenja postupka u kojima su stranke lica čije je boravište nepoznato, a koje nemaju punomoćnika. Tada se prema članu 47. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, ako to traži hitnost postupka, on može provesti samo postavljanjem stranci privremenog zastupnika. Kao što je već spomenuto, nadležni organi često ne poštuju ovu odredbu Zakona pa postupak provode bez sudjelovanja stranke u postupku, tj. bez postavljanja privremenog zastupnika stranci koja nema punomoćnika, a čije je boravište nepoznato.

Iako je načelo saslušanja stranke jedno od osnovnih načela Zakona o upravnom postupku, postupak se u upravnoj praksi često provodi bez saslušanja stranke. Iako je ovo pitanje posredno vezano uz priznavanje zainteresovanim trećim licima položaja stranke u upravnom postupku te mogućnost vođenja skraćenog postupka, bitno ga je samostalno istaknuti, kako zbog njegove posebne važnosti kao jednog od osnovnih načela u upravnom postupku, tako i radi potpunog i pravilnog utvrđivanja materijalne istine. Uskraćivanje ovog prava dovodi do opravdanog stavljanja takvog rješenja van snage povodom pravnih lijekova ili u upravnom sporu.

8. Usmena rasprava

Nepravilnost u vođenju upravnog postupka nerijetko se ogleda u nepoštivanju odredbi o nužnosti održavanja usmene rasprave. Utvrđivanje činjenica i okolnosti koje su od uticaja na rješenje stvari vrši se u skraćenom ili u posebnom ispitnom postupku. Usmena rasprava predstavlja važnu grupu radnji ispitnog postupka, pa je razumljivo što joj je Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine posvetio deset članova (čl. 140 do 149). Usmena rasprava važan je stadij svakog postupka, a posebno značenje ima u utvrđivanju činjenica koje su od važnosti za donošenje zakonite i pravilne odluke. Prema članu 140. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine usmena rasprava može se odrediti u svakom slučaju kad je to korisno za razrješenje stvari, a mora se odrediti u stvarima u kojima sudjeluju dvije stranke ili više stranaka s protivnim interesima, ili kada se ima izvršiti uviđaj ili saslušanje svjedoka ili vještaka. Održavanje usmene rasprave u ovim slučajevima jedini je pravilan način utvrđivanja pravno relevantnog činjeničnog stanja, jer se upravo na raspravi mogu najbolje razjasniti sporne činjenice, na način da svaka stranka daje izjavu u prisutnosti drugih stranaka te ima mogućnost osporavanja tuđih tvrdnji, nalaza i mišljenja vještaka itd. U praksi je čest slučaj da nadležni organi ne održavaju usmenu raspravu, čak ni u slučajevima kada sve govori u prilog korisnosti njenog održavanja. Ovo ima za posljedicu bezrazložno odugovlačenje rješavanja upravnih stvari, s obzirom da se u takvim slučajevima najčešće ulaže pravni lijek. Poseban je problem što nadležni organi nerijetko ne održavaju usmenu raspravu ni u slučajevima kada se ona po Zakonu mora održati. Ponekad raspravu održe, ali na nju ne pozovu sve osobe koje u određenom postupku imaju položaj stranke. Njihove izjave tada pribavljaju pisanom komunikacijom, čime se stranci uskraćuje pravo da postavlja pitanja protivnim strankama na javnoj raspravi, da se izjasne o svim okolnostima i činjenicama koje su iznesene u ispitnom postupku, te konačno, sudjeluju u

izvođenju dokaza. Zbog neodržavanja usmene rasprave činjenično stanje ostaje najčešće nepotpuno odnosno nepravilno utvrđeno, a strankama je onemogućeno da brane svoja prava i zakonom zaštićene interese.

Zapisnici sa usmene rasprave često se ne sastavljaju na način kako to nalažu odredbe člana 66. do 71. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, usljed čega i nemaju snagu javne isprave. Naime, prema članu 70. stav 1. ovog Zakona snagu javne isprave imaju samo oni zapisnici koji su sastavljeni u skladu sa odredbom člana 69. ovog Zakona, pa zapisnici koji nisu sastavljeni na način kako to nalaže Zakon o upravnom postupku, ne mogu poslužiti kao dokaz o toku i sadržaju radnji u postupku i datim izjavama. S obzirom da drugostepeni upravni organi kod rješavanja žalbi ovaj propust prvostepenih organa često ne uočavaju, odnosno na njega se uopšte ne osvrću, takvo postupanje upravnih organa dovodi do poništavanja konačnih upravnih akata u upravnom sporu, a čime se zbog nepravilnog postupanja upravnih organa odugovlači vođenje upravnog postupka i definitivno rješavanje upravne stvari koja je predmet postupka.

Kako je usmena rasprava važan stadij postupka, trebalo bi je održati kada god je to korisno za utvrđivanje činjeničnog stanja. Budući da su odredbe o obaveznom održavanju usmene rasprave kogentne, upravni organi ne mogu arbitrarno odlučivati hoće li usmenu raspravu održati ili ne. Štaviše, restriktivno tumačenje ovih odredbi suprotno je načelu materijalne istine. Ujedno, ovdje valja upozoriti da pri održavanju usmene rasprave u praksi posebnu pažnju treba posvetiti sastavljanju zapisnika, jer pisani trag o održanoj usmenoj raspravi valjan je samo ukoliko je zapisnik pravilno sastavljen.

9. Forma i sadržaj rješenja

Vrlo važno pitanje koje se otvara u vezi s upravnim postupanjem jest pitanje forme i sadržaja rješenja koje se donosi. Cilj vođenja svakog upravnog postupka je donošenje zakonitog i pravilnog upravnog akta. Rješenje se u pravilu izdaje u pisanom obliku, dok se usmeno rješenje može donijeti i saopštiti stranci usmeno tek u izuzetnim slučajevima. Međutim, i tada stranka može ishoditi pisano rješenje. Uprkos odredbi člana 193. stav 1. i člana 197. stav 2. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine u upravnoj praksi ima slučajeva da se takvo rješenje uopšte ne donosi. Tada najčešće nadležni organ stranku samo dopisom obavijesti da njenom zahtjevu nije moguće udovoljiti. Katkada se u takvim dopisima uistinu

iznose razlozi zbog kojih zahtjevu nije udovoljeno, a ponekad se u njima čak citiraju propisi iz kojih to proizlazi. No, kako je sasvim sigurno da takvo pismeno formalno nema sadržaj upravnog akta, postavilo se pitanje pravne prirode takvog dopisa. Drugim riječima, postavilo se pitanje ima li takav dopis karakter upravnog akta kojim se odbija zahtjev stranke? Na ovo je pitanje sudska praksa dala pozitivan odgovor, izjednačavajući takav dopis s rješenjem kojim je odbijen zahtjev stranke, dopuštajući u takvom slučaju i vođenje upravnog spora.

Međutim, bez obzira na sudske tumačenje pravne prirode dopisa o odbijanju zahtjeva, ovdje ipak treba upozoriti na nepravilno postupanje nekih upravnih organa i pravnih lica s javnim ovlaštenjima te insistirati na obaveznom donošenju rješenja u skladu sa odredbama člana 197. navedenog Zakona o upravnom postupku. Nepoštivanje odredbi o formi i sadržaju rješenja u upravnom postupku ujedno otežava i primjenu žalbe, jer takvi dopisi najčešće ne sadrže obrazloženje niti uputu o pravnom lijeku.

Ovdje nadalje treba naglasiti da je rješenju koje se donosi u pisanom obliku zakonodavac poklonio puno pažnje. Tako je članovima 193. do 198. Zakona o upravnom postupku detaljno propisano koje sve dijelove rješenja mora sadržavati te na osnovu kojih se elementa utvrđuje autentičnost rješenja.

Zakon o upravnom postupku je posebnu pažnju dao obrazloženju upravnog akta. Na veliku važnost obrazloženja ukazuje i sudska praksa. Prema pravnom stavu Vrhovnog suda Srbije (VSS, U 5037/61 od 27.7.1961.) „donošenje rješenja bez obrazloženja predstavlja bitnu povredu pravila postupka koja povlači poništaj rješenja u žalbenom postupku, odnosno u upravnom sporu. Naknadnim izdavanjem obrazloženja ne otklanja se taj nedostatak, jer obrazloženje mora da je sadržano u samom rješenju, čime se omogućava kontrola da li je činjenično stanje pravilno utvrđeno i da li je pravilno primijenjen odgovarajući materijalni propis, a donošenjem rješenja bez obrazloženja i naknadnim izdavanjem obrazloženja kad je već donijeto rješenje, omogućila bi se praksa proizvoljnog rješavanja stvari i naknadnog iznalaženja da se opravda već donijeto rješenje“.

U odluci, U-I-248/94 od 13 novembra 1996. godine, Ustavni sud R. Hrvatske je ustvrdio da se obrazloženjem utvrđuje je li se upravno tijelo rukovalo načelom zakonitosti i postupalo tako da u vođenju upravnog postupka i u odlučivanju omogući strankama što lakše zaštititi svoja prava i pravne interese. Takođe, u odluci Ustavnog suda R. Hrvatske, U-III-419/98 od 12. jula 2001.

godine, navodi se da je Upravni sud utvrdio da se nenavodenjem razloga kojima se nadležno tijelo vodilo pri odbijanju zahtjeva stranke krši ustavno pravo jednakosti pred zakonom, jer je stranka u postupku koja ne zna te razloge u nejednakom položaju prema onima kojima su razlozi poznati, pa zbog toga ne može valjano štititi svoja prava, niti na učinkovit način ostvarivati ustavom zajamčeno pravo na pravnu zaštitu.

U upravnoj praksi upravni organi vrlo često ne poštuju odredbe člana 200. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine u odnosu na obrazloženje upravnog akta. Izuzev u jednostavnim stvarima u kojima sudjeluje samo jedna stranka ili u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka, ali niti jedna ne prigovara postavljenom zahtjevu, a zahtjev se prihvaća, obrazloženje rješenja treba sadržavati kratko izlaganje zahtjeva stranaka, utvrđeno činjenično stanje, a prema potrebi i razloge koji su bili odlučni pri ocjeni dokaza, razloge zbog kojih nije uvažen koji od zahtjeva stranaka te pravne propise i razloge koji s obzirom na utvrđeno činjenično stanje upućuju na onakvo rješenje kakvo je dato u dispozitivu. Kad je nadležno tijelo zakonom ili drugim propisom utemeljenim na zakonu ovlašćeno riješiti stvar po slobodnoj ocjeni, dužno je u obrazloženju, pored ovih podataka, navesti i taj propis te izložiti razloge kojima se pri donošenju rješenja vodilo. Ovi razlozi ne moraju se navesti kada je to u javnom interesu zakonom ili drugim propisom izričito predviđeno.

Tako je npr. Zakon o hrvatskom državljanstvu u članu 26. stav 3. dopuštao da se u obrazloženju rješenja o odbijanju zahtjeva za sticanje hrvatskog državljanstva ne moraju navesti razlozi za odbijanje zahtjeva stranke. Stoga je ovdje važnu ulogu odigrao Ustavni sud Republike Hrvatske, koji je 1993. godine ukinuo ovu odredbu s obrazloženjem da se „konkretnom primjenom takve zakonske odredbe ne može ostvariti Ustavom zajamčeno pravo na žalbu, odnosno drugu pravnu zaštitu, protiv pojedinačnih akata donesenih od državnih tijela (član 18. Ustava), jer stranci nisu poznati razlozi zbog kojih je njen zahtjev za sticanje hrvatskog državljanstva odbijen, pa je zato stranka u nejednakom položaju u odnosu na druge osobe..., što nije u skladu sa odredbama člana 26. Ustava Republike Hrvatske“ (Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-206/1992, U-I-207/1992, U-I-209/1992, U-I-222/1992, od 8. decembra 1993., Narodne novine, br. 113/93). Ustavni sud je ukinuo i odredbe člana 209. stav 3. i 4. Zakona o opštem upravnom postupku Hrvatske, a koje su otvarale mogućnost da se razlozi za donošenje rješenja ne navedu kada je to u javnom interesu zakonom ili uredbom izričito predviđeno te ako je zakonom ili uredbom posebno predviđeno da se u

rješenju donesenom po slobodnoj ocjeni ne moraju navesti razlozi kojima se tijelo pri donošenju rješenja rukovodilo. Nakon ovih odluka Ustavnog suda obrazloženje se svakako smatra nužnim i nezaobilaznim elementom svakog upravnog akta, a organi koji provode upravni postupak moraju znatnu pažnju posvetiti sadržaju obrazloženja.

Vezano uz obrazloženje rješenja treba spomenuti i član 233. stav 1. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine koji propisuje da se odredbe ovog Zakona koje se odnose na prvostepeno rješenje na odgovarajući način primjenjuju i na drugostepeno rješenje, tj. rješenje doneseno po žalbi. U skladu sa stavom 2. ovog člana, drugostepeni organ u obrazloženju rješenja donesenog po žalbi treba ocijeniti i sve navode žalbe, osim u slučaju kada je prvostepeni organ u obrazloženju svog rješenja pravilno ocijenio navode koji se iznose u žalbi, pa se drugostepeni organ može samo pozvati na razloge iz prvostepenog rješenja.

Dakle, obrazloženje kao sastavni dio upravnog akta jedno je od garancija jednakosti sviju pred zakonom te ostvarivanja Ustavom zajamčenog prava na žalbu i drugu pravnu zaštitu.

10. Postupanje po žalbi

Žalba u upravnom postupku je procesnopravno sredstvo kojim se stranci i drugim osobama daje mogućnost da pred drugostepenim organom pokrenu pitanje zakonitosti i pravilnosti prvostepenog rješenja i time zaštite svoja prava i pravne interese koji takvim rješenjem mogu biti povrijeđeni. Pravo na žalbu je članom 15. prihvaćeno kao jedno od načela Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, a razrađeno je članovima 213. do 237. ovog Zakona.

Prema članu 214. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine pravo žalbe protiv prvostepenih rješenja organa uprave Bosne i Hercegovine i institucija koje imaju javna ovlašćenja, uređuje se Zakonom Bosne i Hercegovine iz odgovarajuće upravne oblasti iz nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine. Tim posebnim zakonima se određuje i organ koji će rješavati po žalbi. Propisano je da pri odlučivanju o pravu na žalbu treba voditi računa da se, po pravilu, protiv svih prvostepenih rješenja predvidi žalba i da se time osigura princip dvostepenog rješavanja u upravnom postupku, a da se žalba može isključiti samo iz naročito opravdanih razloga. Tako je npr. članom 35. izmijenjenog i dopunjenog Zakona o udruženjima i fondacijama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj:

32/01, 42/03. i 63/08), propisano da su rješenja Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, kojim je odlučeno po zahtjevu za upis u Registar udruženja i fondacija, konačna i protiv njih nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine. Dakle, dotadašnje pravo na žalbu Komisiji za žalbe Savjeta ministara Bosne i Hercegovine je isključeno. Ako protiv prvostepenih rješenja žalba nije dozvoljena, neposredno se može pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine. Protiv rješenja domova Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i rješenja Savjeta ministara Bosne i Hercegovine donesenog u prvom stepenu ne može se izjaviti žalba. Žalba mora biti dozvoljena protiv svih prvostepenih rješenja u kojima je zakonom isključen upravni spor.

Kada se govori o postupanju nadležnih organa kod donošenja upravnih akata, potrebno je posebno ukazati na priličnu neaktivnost prvostepenih organa u odnosu na korišćenje procesnih ovalašćenja koja ti organi imaju nakon što je upravni akt donesen i protiv tog akta izjavljena žalba, te nakon što je prvostepeni organ utvrdio da je žalba dopuštena, blagovremena i izjavljena od ovlašćenog lica. Naime, prema članu 223. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, ako organ prvog stepena koji je donio rješenje nađe povodom žalbe da je žalba opravdana, a nije potrebno provoditi novi ispitni postupak, može stvar riješiti drugačije i novim rješenjem zamijeniti rješenje koje se žalbom pobija. Tada protiv novog rješenja stranka ponovo ima pravo žalbe. Isto ovlašćenje, prema članovima 224. i 225. ima i organ koji je donio rješenje ako povodom žalbe nađe da je provedeni postupak bio nepotpun, a da je to moglo biti od uticaja na rješenje stvari, te u slučaju kada je rješenje doneseno bez prethodno provedenog ispitnog postupka koji je bio obavezan, ili kad je doneseno u skraćenom postupku, a stranci nije bila data mogućnost da se izjasni o činjenicama i okolnostima koje su od važnosti za donošenje rješenja, pa stranka žalbom traži da se ispitni postupak provede, odnosno da joj se pruži mogućnost da se izjasni o činjenicama i okolnostima važnim za rješavanje stvari. Naravno, ovo ovlašćenje upravni organ može koristiti samo u jednostranačkim stvarima. Češćim korištenjem navedenih procesnih ovlašćenja smanjio bi se broj predmeta kod drugostepenih upravnih organa kao i broj upravnih sporova.

Dakle, pravo na žalbu Ustavom je zajamčeno kao jedno od osnovnih prava svakog građanina. Stoga bi broj slučajeva u kojima je isključena žalba trebao biti što manji. Štaviše, posebnim zakonima moglo bi se odstupiti od bitnih obilježja žalbe iz Zakona o upravnom postupku samo u izuzetnim slučajevima i ako za to postoji valjan razlog. Međutim, s ciljem bržeg rješavanja upravnih postupaka te

djelotvornijeg ostvarivanja prava građana prvostepeni upravni organi bi u postupku po žalbi trebali koristiti sva ovlaštenja koja im daje Zakon o upravnom postupku, među kojima je vrlo važna mogućnost drugačijeg rješavanja predmeta te donošenja novog rješenja već od strane prvostepenog upravnog organa.

11. Vanredni pravni lijekovi

Konačno, posljednje spomenuto pitanje u ovome radu vezano za vođenje upravnih postupaka u Bosni i Hercegovini jest pitanje korišćenja i praktične primjenjivosti vanrednih pravnih lijekova. Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine pored žalbe kao redovnog pravnog lijeka, koji se može koristiti protiv prvostepenih rješenja, propisuje i sedam vanrednih pravnih lijekova. Ova se sredstva mogu koristiti protiv konačnih, pravosnažnih i izvršnih upravnih akata. To su obnova postupka, mijenjanje i poništavanje rješenja u vezi s upravnim sporom, zahtjev za zaštitu zakonitosti, poništavanje i ukidanje rješenja po pravu nadzora, ukidanje i mijenjanje pravosnažnog rješenja uz pristanak ili na zahtjev stranke, vanredno ukidanje rješenja, te oglašavanje rješenja ništavim. Činjenica je da Zakoni o upravnim postupcima u Bosni i Hercegovini poznaju vrlo velik broj vanrednih pravnih lijekova. Ista situacija je bila i u Hrvatskoj sve do stupanja na snagu novog Zakona o upravnom postupku Hrvatske (1. januara 2010. godine), kada se prestao primjenjivati preuzeti Zakon o upravnom postupku SFRJ. Vezano za ovo pitanje, Ljiljana Karlovčan-Đurović, zamjenica predsjednika i sudija Upravnog suda Hrvatske, ističe kako je brojnost vanrednih pravnih lijekova u upravnom postupku u suprotnosti s načelom legitimnih očekivanja stranaka i pravne sigurnosti te, konačno, i s objektivnim načelom vladavine prava. Na neadekvatnost sistema vanrednih pravnih lijekova u hrvatskom Zakonu o opštem upravnom postupku ukazuje i Medvedović. On smatra da su danas neki od vanrednih pravnih lijekova u upravnom postupku potpuno zastarjeli ili praktično neupotrebljivi, dok je opravdanost nekih drugih u cijelosti upitna.

U vezi s obnovom postupka kao vanrednog pravnog lijeka može se primijetiti da postoji prevelik broj razloga iz kojih se može zahtijevati obnova postupka, da su rokovi za korišćenje ovog pravnog lijeka, a posebno objektivni rok, predugi te da se na određene razloge za obnovu postupka objektivni rokovi uopšte ne primjenjuju.

Ono što je važno istaći je da upravni organi ne bi smjeli dopuštati obnovu upravnog postupka iz osnova saznanja za činjenice koje su nastale nakon

donošenja upravnog akta kojim je postupak okončan, jer se novim činjenicama u smislu Zakona o upravnom postupku mogu smatrati samo one činjenice koje su postojale u trenutku donošenja upravnog akta kojim je postupak okončan, a o kojim činjenicama stranka ili upravni organ koji vodi postupak nisu imali nikakvog saznanja prilikom donošenja tog akta.

Takođe je važno istaći da se obnova postupka ne bi mogla dopustiti zbog povrede materijalnog zakona prilikom donošenja upravnog akta kojim je postupak okončan, jer to ni u kom slučaju ne predstavlja razlog za obnovu postupka. Suština instituta obnove upravnog postupka je u pravnoj mogućnosti da se usljed postojanja ZUP-om predviđenih razloga – isključivo procesne prirode – još jedanput rješava o istoj stvari, od strane donosioca rješenja kojim je redovno okončan raniji postupak.

Izmjena materijalnog propisa ili pogrešna primjena materijalnog prava nije razlog za obnovu postupka. Nije nastupila materijalna pravosnažnost rješenja kojim je odbijen zahtjev stranke (negativno rješenje), jer se takvim rješenjima ne stiče nikakvo pravo niti nalažu obaveze za stranku ili treće lice, pa organi uprave ne mogu odbaciti zahtjev stranke zbog presuđene stvari u slučaju kada je ranijim rješenjem u istoj stvari zahtjev bio odbijen (Presuda Vrhovnog suda FBiH, broj: U-124/96 od 17.10.1996. godine, Bilten 1/97-37).

Izmjena materijalnog propisa ili eventualna pogrešna primjena ranijeg propisa nije pravni osnov za obnovu postupka (USH, Us-3164/83 od 21.9.1983.).

Takođe ni izmijenjeno pravno shvatanje (promjena pravnog stava) nije osnov za obnovu upravnog postupka (VSJ, Už. Br. 11728/64 od 16.01.1965.).

Obnovu postupka može tražiti stranka i tužilac, a organ koji je donio rješenje, kojim je postupak okončan, može pokrenuti obnovu postupka po službenoj dužnosti. Važno je istaći da se novina Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine ogleda u tome da obnovu postupka može tražiti i Ombudsmen BiH, kad u vršenju poslova iz svoje nadležnosti nađe da je konačnim rješenjem povrijeđeno pravo i slobode građana zagarantovani Ustavom Bosne i Hercegovine, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i instrumentima navedenim u Aneksu 6 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini.

Mijenjanje i poništavanje rješenja u vezi sa upravnim sporom je vanredno pravno sredstvo koje omogućuje organu protiv čijeg je rješenja blagovremeno pokrenut upravni spor da poništi ili izmijeni rješenje u smislu tužbe do okončanja upravnog spora iz onih razloga, iz kojih bi sud mogao poništiti takvo rješenje, pod uslovom da se time ne vrijeđa pravo stranke u upravnom postupku ili trećeg lica. Treba zapaziti da je za pravilnu primjenu ovog vanrednog pravnog sredstva potrebno da organ poništi ili izmijeni to rješenje potpuno u smislu tužbe. Prema tome, samo djelimično prihvatanje zahtjeva iz tužbe nije pravilno. Ovo rješenje djeluje unatrag, od dana početka dejstva ranijeg rješenja, kao i što bi djelovalo rješenje koje bi bilo donijeto u izvršenju sudske presude kojim bi ranije rješenje bilo poništeno.

Zahtjev za zaštitu zakonitosti kao vanredni pravni lijek može se podnijeti samo protiv rješenja protiv kojega se ne može voditi upravni spor niti je na drugi način obezbijedena sudska zaštita, tj. protiv upravnih akata koji su potpuno izvan sudske kontrole zakonitosti. Članom 10. Zakona o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine propisano je da se upravni spor ne može voditi protiv akata u stvarima u kojima je obezbijedena sudska zaštita izvan upravnog spora, protiv konačnih upravnih akata donesenih u stvarima o kojima se po izričitoj odredbi zakona ne može voditi upravni spor, te u stvarima o kojima neposredno na osnovu ustavnih ovlašćenja odlučuju Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine ili Predsjedništvo Bosne i Hercegovine. Dakle, kako je u Bosni i Hercegovini sudski nadzor zakonitosti upravnih akata obezbijeden ili kroz upravni spor ili kroz neki drugi vid sudske zaštite, ovaj vanredni lijek nema veći praktični značaj. Zahtjev za zaštitu zakonitosti ima pravo podići Pravobranilac Bosne i Hercegovine, a inicijativu nadležnom Pravobraniocu Bosne i Hercegovine za podnošenje zahtjeva za zaštitu zakonitosti, može podnijeti i stranka i drugo zainteresovano lice. U Federaciji BiH ovaj zahtjev može podnijeti tužilac, stranka i drugo zainteresovano lice, a u Republici Srpskoj javni tužilac protiv pravosnažnog rješenja donesenog u stvari u kojoj se ne može voditi upravni spor, ako smatra da je rješenjem povrijeđen zakon. Zakon o upravnom postupku Brčko Distrikta nema ovog instituta.

Kada je u pitanju vanredni pravni lijek poništavanja ili ukidanja po pravu nadzora valja istaći da se u praksi ponekad ne razlikuju razlozi za poništavanje od razloga za ukidanje konačnog rješenja po pravu nadzora, pa onda nadležni upravni organ rješenje poništava, umjesto da ga ukine. Ovo se najčešće čini u slučaju povrede materijalnog zakona koja ne spada među taksativno navedene razloge za

poništanje konačnog rješenja po pravu nadzora iz člana 252. stav 1. tačka 1. do 4. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine. Očita povreda materijalnog zakona predstavlja, u skladu sa članom 252. stav 2. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine, razlog za ukidanje rješenja. Stoga nadležni upravni organi postupaju nezakonito kada zbog povrede materijalnog zakona rješenja poništavaju, umjesto da ih ukinu.

Konačno rješenje u upravnom postupku ne može se ukinuti po pravu nadzora zbog nepravilno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja u tom rješenju, nego samo ako je, polazeći od činjeničnog stanja utvrđenog u istom, njime očigledno povrijeđen materijalni zakon (Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: U. 2441/99 od 22.3.2000. godine i U. 751/99 od 5.4.2000. godine, Bilten broj 1/00-63).

Organ uprave nije zakonom ovlašćen da po pravu nadzora poništi ili ukine sopstveno rješenje (Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: U-23/96 od 17.9.1996. godine, Bilten broj 2/97-61).

U članu 254. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine pravno je uređena mogućnost ukidanja i mijenjanja pravosnažnog rješenja od strane organa koji ga je donio, a uz pristanak (stav 1.) ili po zahtjevu stranke (stav 2.). Ovaj vanredni način samokontrole izdavaoca upravnog akta ima porijeklo u starom jugoslovenskom ZUP-u iz 1930. godine (paragraf 133). Za primjenu ovog vanrednog pravnog sredstva nužno je da organ smatra da je pri donošenju rješenja nepravilno, tj. pogrešno primijenjen materijalni zakon. U osnovi ovog instituta stoji načelo zaštite stečenih prava. Primjena ovog vanrednog pravnog sredstva moguća je naročito u slučaju promjene sudske prakse u vezi sa rješavanjem nekog pravnog pitanja. Prema sva četiri zakona o upravnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini ako je pravosnažnim rješenjem stranka stekla neko pravo, a organ koji je donio to rješenje smatra da je u tom rješenju nepravilno primijenjen materijalni zakon, rješenje se može ukinuti ili izmijeniti da bi se saobrazilo sa zakonom, samo po pristanku stranke koja je na osnovu tog rješenja stekla neko pravo i ako se time ne vrijeđa pravo nekog trećeg lica. Pristanak stranke je obavezan i za izmjenu odnosno ukidanje na štetu stranke prvostepenog rješenja kojim je stranci određena neka obaveza. Pod istim uslovima, a po zahtjevu stranke, može se ukinuti ili izmijeniti pravosnažno rješenje koje je nepovoljno za stranku.

Opravdanost ukidanja i mijenjanja pravosnažnog rješenja uz pristanak ili na zahtjev stranke, propisanog članom 254. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine upitna je. Postojanje ovog vanrednog pravnog lijeka neki teoretičari smatraju pravnoteorijski spornim. Uprkos činjenici što se pobijano rješenje ukida ili mijenja uz pristanak ili na zahtjev stranke, ukidanje ili mijenjanje pravosnažnog rješenja je u suprotnosti sa načelom vladavine prava.

Institut „Vanrednog ukidanja“ iz člana 251. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine odnosi se na zakonita (ili bar još neoborena) rješenja koja su u upravnom postupku stekla svojstvo izvršnosti. Može se desiti da se rješenje koje je postalo izvršno, a koje je pravilno doneseno, ne može izvršiti zbog toga što bi se njegovim izvršenjem nanijela šteta javnim interesima. Isto tako, može se desiti da je pravosnažno rješenje koje je prilikom donošenja bilo pravilno i na zakonu zasnovano, usljed promijenjenih okolnosti postalo štetno po javne interese. Ukidanje takvih rješenja vrši se u cilju zaštite važnih javnih interesa, s obzirom na to da bi započinjanje izvršenja, odnosno dalje izvršenje dotičnih akata pričinilo određene ozbiljne društveno štetene posljedice; akt postaje opasan, odnosno nesnošljiv po dotična društvena dobra. Vanredno ukidanje predstavlja krajnje neredovan način, tačnije posljednji raspoloživi put uklanjanja upravnih akata predviđen ZUP-om. Za ovakvu izuzetnu intervenciju nadležnog organa pristanak stranke nije potreban, i pored toga što ukidanje rješenja ide, po pravilu, na njenu štetu, budući da je ona njime zakonito stekla određeno pravo koje u datom slučaju u cjelini ili djelimično gubi. Dakle, ovaj institut prema svojim obilježjima predstavlja radikalnu upravnu mjeru do koje može doći samo ako nastane neka situacija koja teško ugrožava važan javni interes.

Činjenica je da oba navedena pravna instituta (ukidanje i mijenjanje pravosnažnog rješenja uz pristanak ili na zahtjev stranke i vanredno ukidanje) idu u prilog zaštite javnog interesa koji se nastojao što jače štititi u vrijeme donošenja Zakona o opštem upravnom postupku iz 1956. godine. Međutim, savremeni je zadatak javne uprave prije svega ojačati pravni položaj i zaštitu prava građana, pa se opravdanost opstanka ova dva vanredna pravna lijeka postavlja s pravom.

Oglašavanje rješenja ništavim je posljednji vanredni pravni lijek propisan članom 252. Zakona o upravnom postupku Bosne i Hercegovine. Ništavost je najteža vrsta nezakonitosti koja može postojati kod rješenja donesenog u upravnom postupku. Na ništavost se pazi po službenoj dužnosti kako u žalbenom postupku (član 253. stav 1.), tako i u upravno-sudskom postupku (član 35. stav 2. Zakona o

upravnim sporovima BiH). Pretpostavka zakonitosti važi, međutim, i za ništava rješenja – sve dok se odnosna greška ne utvrdi i rješenje oglasi ništavim (sa dejstvom ex tunc – član 254. stav 1.). Zbog težine greške koju ništavi akt sadrži, njegovo oglašavanje ništavim nije vezano za bilo kakav rok – može se učiniti u svako doba. Citiranjem zakonskom odredbom taksativno su navedeni slučajevi u kojima se rješenje proglašava ništavim, pa stoga upravni organi ne mogu proglašavati ništavim rješenja izvan slučajeva navedenih u toj zakonskoj odredbi iako se u praksi ponekad proglašavaju ništavim rješenja izvan slučajeva navedenih u toj zakonskoj odredbi. Pravosnažno rješenje ne bi se moglo oglasiti ništavim zbog povrede zakona prilikom njegovog donošenja, jer to nije razlog za korišćenje ovog vanrednog sredstva.

Rješenje koje je doneseno po zahtjevu stranke koja nije aktivno legitimisana predstavlja povredu materijalnog prava zbog koje se rješenje može pobijati žalbom, a nije razlog ništavosti iz tačke 4. člana 266. (267.) ZUP-a (VSV, U. Br.389/73 od 21.6.1973. godine).

Drugostepeni organ ne može oglasiti rješenje ništavim zbog toga što je zasnovano na podacima falsifikovanim od strane službenog lica koje je učestvovalo u njegovom donošenju, već se rješenje može poništiti u obnovljenom postupku (VSK, U. Br. 270/75 od 26.10. 1975. godine).

Iz navedenog može se zaključiti da situacija u vezi sa korišćenjem vanrednih pravnih lijekova u Bosni i Hercegovini nije najbolja, što zbog zastarjele normiranosti nekih lijekova, potpune suvišnosti nekih drugih ili zbog neadekvatne primjene trećih.

U tom smislu, interesantno je istaći da je novi Zakon o upravnom postupku Hrvatske od 27.3.2009. godine („Narodne novine“, br. 47/09), koji je stupio na snagu 1.1.2010. godine, unio novine u pogledu pravnih lijekova, kako redovnih, tako i vanrednih. Kada su u pitanju redovni pravni lijekovi novina je da je pored žalbe kao redovnog pravnog lijeka (koji se može izjaviti protiv prvostepenog rješenja, ako zakonom nije isključena, kao i kad rješenje nije doneseno u zakonom propisanom roku) uveden i prigovor kao redovni pravni lijek (razlikuju se četiri podvrste prigovora i propisuju različita pravila). Interesantno je da se prigovor izjavljuje protiv **radnje** (preduzimanja ili propuštanja radnje), a ne protiv odluke, a radi pravne zaštite od postupanja javnopravnih tijela ili radi pravne zaštite od postupanja davaoca javnih usluga u slučaju kad se ne donosi rješenje. Protiv

rješenja o prigovoru može se izjaviti žalba, a protiv rješenja drugostepenog organa o prigovoru može se pokrenuti upravni spor. Ako nema drugostepenog organa, protiv rješenja o prigovoru može se pokrenuti upravni spor.

Obnova postupka je ostala s tim što su razlozi reducirani, a skraćen je i objektivni rok sa pet na tri godine.

Takođe, i dalje egzistira „Oglašavanje rješenja ništavim“ iako nema svojstvo pravnog lijeka. Od okolnosti koje čine rješenje ništavim izostala je jedino ona iz člana 267. tačka 6. preuzetog ZUP-a SFRJ „da je riječ i o rješenju čije bi izvršenje bilo protivno osnovnim načelima pravnog poretka. Rješenje o oglašavanju rješenja ništavim je naravno deklaratorne naravi, tj. samo konstatuje da je rješenje koje se oglašava ništavim takvo od samog nastanka.

Umjesto čitavog niza vanrednih pravnih lijekova propisanih preuzetim ZUP-om SFRJ (šest njih, uređenih odredbama člana 261.- 266.), novi ZUP Hrvatske predviđa samo dva pravna lijeka: 1) poništavanje i ukidanje nezakonitog rješenja (član 129.) i 2) ukidanje zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo (član 130.).

Dr. Branko Morait, sudija Suda Bosne i Hercegovine

OSVRT NA POKUŠAJE UJEDNAČAVANJA SUDSKE PRAKSE DOSUĐIVANJA NOVČANE NAKNADE NEMATERIJALNE ŠTETE

1. Uvod

Od strane Visokog sudskog i tužilačkog savjeta, a na inicijativu Venecijanske komisije i Skstrukturiranog dijaloga, uz podršku Savjeta Evrope organizovani su paneli za ujednačavanje sudske prakse u Bosni i Hercegovini. Učesnici panela za ujednačavanja sudske prakse su vrhovni sudovi entiteta, Sud BiH i Apelacioni sud Distrikta Brčko BiH (u daljem tekstu: sudovi). Ciljevi panela jesu uspostavljanje kontinuiranog dijaloga između najviših sudskih instanci koji predstavlja platformu za ujednačavanje sudske prakse, kao i za diskusiju o drugim zajedničkim pitanjima sa kojima se susreću sudovi. Uloga panela se vidi i u tome da donosi pravna shvatanja, što podrazumijeva i usaglašavanje stavova kada postoji neusaglašenost zakonskih rješenja i iniciranje zakonskih izmjena u tom cilju. Panelom koordinira VSTV BiH, a formira se iz krivičnog, građanskog i upravnog prava. Članovi panela se izjašnjavaju po principu jedan sud jedan glas, a zaključci se donose konsenzusom svih sudova. Panel donosi zaključak u formi usaglašenog shvatanja o određenom pravnom pitanju, koje nakon verifikacije u odgovarajućim odjeljenjima sudova postaje pravno shvatanje panela. Pravno shvatanje panela ima obavezujući karakter za sudove, a upućujući za nižestepene sudove. Radna grupa Panela sudova za izradu jedinstvenih orijentacionih kriterija za naknadu nematerijalne štete održala je sastanak 12-14.11.2014. godine sa slijedećim dnevnim redom: 1) orijentacioni kriteriji za utvrđivanje nematerijalne štete: fizički bol, strah, duševni bolovi zbog smanjenja životne aktivnosti; 2) orijentacioni kriteriji za utvrđivanje nematerijalne štete: duševni bolovi zbog naruženosti, duševni bolovi zbog smrti bliske osobe i 3) orijentacioni kriteriji za utvrđivanje nematerijalne štete: duševni bolovi zbog smrti bliske osobe, duševni bolovi zbog naročito teškog invaliditeta bliske osobe.

2. Rezultati rada radne grupe panela za ujednačavanje sudske prakse

Kao rezultat rada ove radne grupe nastao je Prijedlog koji je išao na usaglašavanje kod građanskih odjeljenja sudova. Prijedlog u radnoj verziji je ovakav:

Na osnovu člana 15. stav 4. Pravila panela za ujednačavanje sudske prakse, te u skladu sa zaključkom panela iz građanske oblasti, a na osnovu prijedloga Radne grupe za izradu orijentacionih kriterija za utvrđivanje visine pravične naknade nematerijalne štete, doneseni su sljedeći:

ORIJENTACIONI KRITERIJI

za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete

Ovi orijentacioni kriteriji imaju za cilj da se ujednači primjena odredbe člana 200. Zakona o obligacionim odnosima.

Orijentacioni kriteriji ne predstavljaju matematičku formulu koja automatizmom služi za izračunavanje pravične novčane naknade, jer u primjeni navedenog propisa valja uvijek imati na umu sve okolnosti konkretnog slučaja.

Navedeni kriteriji primjenjuju se na parnične postupke za naknadu nematerijalne štete u svim stepenima suđenja.

FIZIČKI BOLOVI

Orijentacioni kriteriji i iznos za utvrđivanje visine naknade za fizičke bolove (po danima)

Jaki bolovi orijentaciono 70,00 KM

Srednji bolovi orijentaciono 40,00 KM

Slabi bolovi orijentaciono 10,00 KM

Kod utvrđivanja iznosa naknade treba imati na umu da su trajanje i jačina fizičkih bolova dva naročito važna elementa za dosuđivanje pravične novčane naknade, ali sud mora voditi računa i o drugim okolnostima slučaja.

Pri tome, nelagodnosti u toku liječenja (npr. kraća nesvjestica, hospitalizacija, vezanost za krevet, razne vrste imobilizacija i fiksacija, rendgensko snimanje, broj operacija, infuzija, transfuzija, injekcije, previjanje rana, odstranjenje šavova, upotreba invalidskih kolica, bolovanje, posjećivanje ambulante, fizioterapija, trajanje rehabilitacionog postupka i sl.) koje trpi oštećeni razmatraju se u okviru naknade za fizički bol.

Kada će i pod kojim uslovima pojedina od navedenih nelagodnosti prerasti u kakav drugi samostalni oblik nematerijalne štete (npr. duševni bolovi zbog smanjenja životne aktivnosti) valja ocjenjivati uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja.

Nematerijalna šteta koja se u određenom obliku trajno ili trajnije ispoljava predstavlja jednu štetu, pa se određuje jedan iznos naknade uzimajući u obzir trajanje te štete do donošenja presude i njeno trajanje u budućnosti.

Naknadu za buduću nematerijalnu štetu sud može dosuditi u smislu člana 200. ZOO i kad se štetne posljedice u psihi oštećenika još nisu ispoljile ako je izvjesno da će te posljedice nastati u budućnosti.

STRAH

od 400,00 KM do 6.000,00 KM

Visina naknade štete u većim ili manjim iznosima u odnosu na gore postavljene vrijednosti određuje se kao i kod fizičkih bolova, odnosno po članu 200. ZOO, imajući u vidu i sve ostale okolnosti konkretnog slučaja.

Pravična novčana naknada za pretrpljeni strah dosuđuje se ako okolnosti slučaja, a naročito trajanje i jačina straha, to opravdavaju.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG SMANJENJA ŽIVOTNE AKTIVNOSTI

do 20 %	orijentaciono	2.000,00 KM	za svakih 10 %
preko 20 do 40 %	orijentaciono	2.500,00 KM	za svakih 10 %
preko 40 do 60 %	orijentaciono	4.000,00 KM	za svakih 10 %
preko 60 do 80 %	orijentaciono	5.500,00 KM	za svakih 10 %
preko 80 do 100%	orijentaciono	7.000,00 KM	za svakih 10 %

Korekcija naknade moguća je prema obimu i težini utvrđenih trajnih posljedica, a kao dodatne kriterije, treba cijeliti životnu dob, zanimanje oštećenog i slično. Ovaj oblik štete je u pravilu trajnog karaktera, ali novčana naknada se može dosuditi i kad je smanjenje životne aktivnosti privremeno, ako je jačeg intenziteta i dužeg trajanja, ili ako to posebne okolnosti opravdavaju.

Smanjenje životne aktivnosti, kao posebna osnova za naknadu štete zbog duševnih bolova, obuhvata sva ograničenja u životnim aktivnostima oštećenika koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti izvjesno ostvarivao. Pod ograničenjem se podrazumjeva i obavljanje aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uslovima.

Kod odmjeravanja visine naknade ovog vida štete ne uzima se u obzir samo procenat umanjenja životne aktivnosti nego i sve naprijed navedene okolnosti.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG NARUŽENOSTI

jak stepen - vrlo uočljivo trećima -	orijentaciono	7.000,00 KM
-uočljivo samo ponekad (ukućanima, na plaži i sl.)	orijentaciono	4.000,00 KM
-srednji stepen – vrlo uočljivo trećima	orijentaciono	5.000,00 KM
-uočljivo samo ponekad	orijentaciono	3.000,00 KM
-laki stepen - vrlo uočljivo trećima -	orijentaciono	1.500,00 KM

-uočljivo trećima samo ponekad - orijentaciono 700,00 KM

Korekcija naknade moguća je zavisno od životne dobi, zanimanja oštećenog, lokacije povrede i sl. Pol oštećenog, sam po sebi, ne utiče na visinu naknade po ovom osnovu.

Osnov za priznanje novčane naknade za naruženost nije samo u tome da li je i u kojoj mjeri izmjenjena vanjština oštećenika izaziva u okolini gađenje, sažaljenje, ili druge negativne reakcije, već se u razumnoj mjeri uzimaju u obzir i subjektivna mjerila o uticaju svih elemenata (izmjenjena vanjština, primjetnost, obim i slično) na psihičku ravnotežu oštećenika. Dakle, sud treba voditi računa kako o objektivnim tako i o subjektivnim okolnostima.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG SMRTI BLISKOG SRODNIKA

(bračni i vanbračni partner/supružnik, dijete, gubitak ploda, roditelji, braća i sestre)

- Za slučaj smrti bračnog i vanbračnog partnera/supružnika i djeteta orijentaciono 20.000,00 KM
- Za slučaj gubitka ploda roditeljima orijentaciono 7.000,00 KM
- Za slučaj smrti roditelja:
- Djetetu koje se nalazi na odgoju i izdržavanju orijentaciono 20.000,00 KM
- Djetetu koje se ne nalazi na odgoju i izdržavanju orijentaciono 12.000,00 KM
- Za slučaj smrti brata ili sestre orijentaciono 7.000,00 KM

Pravična novčana naknada za duševne bolove djeteta zbog smrti roditelja predstavlja naknadu kako za bol izazvanu samim saznanjem za smrt, tako i za sve kasnije bolove koje dijete trpi zbog gubitka roditelja – ljubavi, njege i pažnje koju bi mu roditelj pružao, pa pripada djetetu koje zbog uzrasta nije moglo osjetiti bol zbog same smrti roditelja, jer je u pitanju naknada za jedinstveni oblik nematerijalne štete.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG NAROČITO TEŠKOG INVALIDITETA BLISKE OSOBE

- Za slučaj naročito teškog invaliditeta bračnog i vanbračnog partnera/supružnika i djeteta orijentaciono 20.000,00 KM
- Za slučaj naročito teškog invaliditeta roditelja:
- Djetetu koje se nalazi na odgoju i izdržavanju orijentaciono 20.000,00 KM
- Djetetu koje se ne nalazi na odgoju i izdržavanju orijentaciono 12.000,00 KM

NAKNADA ŠTETE ZBOG NEOPRAVDANE OSUDE ILI NEOSNOVANOG LIŠENJA SLOBODE (PRITVARANJA)

orijentaciono 100,00 KM po danu

Kod ocjene visine naknade prouzorokovane nematerijalne štete zbog neopravdane osude ili neosnovanog lišenja sloboda (pritvaranja), u pravilu, kao osnovni parametar treba uzeti vrijeme provedeno na izdržavanju zatvorske kazne, odnosno vrijeme provedeno u pritvoru i to na način da se orijentaciono za jedan dan dosuđuje 100,00 KM (analogno zamjenskoj novčanoj kazni za jedan dan zatvora/pritvora), s tim da na visinu naknade štete (odnosno na to da li će ista biti odmjerena ispod ili iznad iznosa od 100,00 KM i koliko ispod/iznad) utiču i sve druge okolnosti slučaja (npr. krivično djelo koje je oštećenom stavljeno na teret, raniju osuđivanost, društveni status u zajednici prije i poslije izdržavanja lišenja slobode, uticaj lišenja slobode na zdravstveno stanje, okolnosti vezane za porodicu i slično).

Na sastanku Panela održanom dana 22.12.2014. godine nije postignut konsenzus povodom predloženih orijentacionih kriterijuma. Učesnici panela nisu se usaglasili sa predloženih kriterijima, a VS RS je iznio stavove toga suda koji ne podržavaju metodologiju izračunavanja novčane naknade nematerijalne štete za fizičke bolove, strah, duševne bolove zbog umanjnja životne aktivnosti i naruženosti. Zaključkom broj 4., sa istog sastanka, konstatovano je da je potrebno dodatno konsultovanje sudova po ovom pitanju.

Polarizacija stavova se javlja u dva pravca: jedan pol mišljenja smatra da je ovo korisno i praktično rješenje koje služi kao pomagalo u radu sudova, koje se afirmisalo u radu sudija u Federaciji BiH i u okruženju i da je podržano praksom Evropskog suda za ljudska prava. Drugi pol mišljenja, koji preteže u Vrhovnom sudu Republike Srpske, nalazi da je ovakvo propisivanje orijentacionih kriterija za obračunavanje novčane naknade nematerijalne štete, u krajnjoj liniji, nezakonito. Pošto se stavovi panelista nisu usaglasili po pitanju opravdanosti postojanja orijentacionih kriterija na cijelom pravnom području BiH, to je preuranjeno i ujednačavanje orjentacionog iznosa za neosnovano pritvaranje (cca 100 KM po danu) kao i isticanje potrebe da se i za neosnovano izrečene mjere zabrane utvrdi ujednačena naknada nematerijalne štete iznosa.

U međuvremenu na sjednicu Panela 18.06.2015. godine pristigao je prijedlog orijentacionih kriterija koji je pripremio Vrhovni sud Republike Srpske, koji izgleda ovako:

ORIJENTACIONI KRITERIJI

za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete

Ovi orijentacioni kriteriji imaju za cilj da se ujednači primjena odredbe člana 200. Zakona o obligacionim odnosima.

Orijentacioni kriteriji ne predstavljaju matematičku formulu koja automatizmom služi za izračunavanje pravične novčane naknade, jer u primjeni navedenog propisa valja uvijek imati na umu sve okolnosti konkretnog slučaja.

Navedeni kriteriji primjenjuju se na parnične postupke za naknadu nematerijalne štete u svim stepenima suđenja.

FIZIČKI BOLOVI

Orijentacioni kriteriji i iznos za utvrđivanje visine naknade za fizičke bolove (po danima)

Jaki bolovi orijentaciono 70,00 KM

Srednji bolovi orijentaciono 40,00 KM

Slabi bolovi orijentaciono 10,00 KM

Kod utvrđivanja iznosa naknade treba imati na umu da su trajanje i jačina fizičkih bolova dva naročito važna elementa za dosuđivanje pravične novčane naknade, ali sud mora voditi računa i o drugim okolnostima slučaja.

Pri tome, nelagodnosti u toku liječenja (npr. kraća nesvjestica, hospitalizacija, vezanost za krevet, razne vrste imobilizacija i fiksacija, rendgensko snimanje, broj operacija, infuzija, transfuzija, injekcije, previjanje rana, ostranjenje šavova, upotreba invalidskih kolica, bolovanje, posjećivanje ambulante, fizioterapija, trajanje rehabilitacionog postupka i sl.) koje trpi oštećeni razmatraju se u okviru naknade za fizički bol.

Kada će i pod kojim uslovima pojedina od navedenih nelagodnosti prerasti u kakav drugi samostalni oblik nematerijalne štete (npr. duševni bolovi zbog smanjenja životne aktivnosti) valja ocjenjivati uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja.

Nematerijalna šteta koja se u određenom obliku trajno ili trajnije ispoljava predstavlja jednu štetu, pa se određuje jedan iznos naknade uzimajući u obzir trajanje te štete do donošenja presude i njeno trajanje u budućnosti.

Naknadu za buduću nematerijalnu štetu sud može dosuditi u smislu člana 200. ZOO i kad se štetne posljedice u psihi oštećenika još nisu ispoljile ako je izvjesno da će te posljedice nastati u budućnosti.

STRAH

- veoma jakog intenziteta orijentaciono 70,00 KM po danu
- jakog intenziteta orijentaciono 60,00 KM po danu
- srednjeg intenziteta orijentaciono 30,00 KM po danu
- slabog intenziteta orijentaciono 5,00 KM po danu

Visina naknade štete u većim ili manjim iznosima u odnosu na gore postavljene vrijednosti određuje se kao i kod fizičkih bolova, odnosno po članu 200. ZOO, imajući u vidu i sve ostale okolnosti konkretnog slučaja.

Pravična novčana naknada za pretrpljeni strah dosuđuje se ako okolnosti slučaja, a naročito trajanje i jačina straha, to opravdavaju.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG SMANJENJA ŽIVOTNE AKTIVNOSTI

do 20 %	orijentaciono	od 2.000,00 KM	do 4.000,00 KM
preko 20 do 40 %	orijentaciono	od 5.000,00 KM	do 10.000,00 KM
preko 40 do 60 %	orijentaciono	od 12.000,00 KM	do 24.000,00 KM
preko 60 do 80 %	orijentaciono	od 26.000,00 KM	do 44.000,00 KM
preko 80 do 100%	orijentaciono	od 50.000,00 KM	do 70.000,00 KM

Korekcija naknade moguća je prema obimu i težini utvrđenih trajnih posljedica, a kao dodatne kriterije treba cijeliti životnu dob, zanimanje oštećenog i slično. Ovaj oblik štete je u pravilu trajnog karaktera, ali novčana naknada se može dosuditi i kad je smanjenje životne aktivnosti privremeno, ako je jačeg intenziteta i dužeg trajanja, ili ako to posebne okolnosti opravdavaju.

Smanjenje životne aktivnosti, kao posebna osnova za naknadu štete zbog duševnih bolova, obuhvata sva ograničenja u životnim aktivnostima oštećenika koje je ostvarivao ili bi ih po redovnom toku stvari u budućnosti izvjesno ostvarivao. Pod ograničenjem se podrazumjeva i obavljanje aktivnosti uz povećane napore ili pod posebnim uslovima.

Kod odmjeravanja visine naknade ovog vida štete ne uzima se u obzir samo procenat umanjenja životne aktivnosti nego i sve naprijed navedene okolnosti.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG NARUŽENOSTI

- jaki stepen naruženosti orijentaciono od 4.000,00 KM do 7.000,00 KM
- srednji stepen naruženosti orijentaciono od 3.000,00 KM do 5.000,00 KM
- laki stepen naruženosti orijentaciono od 700,00 KM do 1.500,00 KM

Korekcija naknade moguća je zavisno od životne dobi, zanimanja oštećenog, lokacije povrede i sl. Pol oštećenog, sam po sebi, ne utiče na visinu naknade po ovom osnovu.

Osnov za priznanje novčane naknade za naruženost nije samo u tome da li je i u kojoj mjeri izmjenjena vanjšina oštećenika izaziva u okolini gađenje, sažaljenje, ili druge negativne reakcije, već se u razumnoj mjeri uzimaju u obzir i subjektivna mjerila o uticaju svih elemenata (izmjenjena vanjšina, primjetnost, obim i slično) na psihičku ravnotežu oštećenika. Dakle sud treba voditi računa kako o objektivnim tako i o subjektivnim okolnostima.

DUŠEVNE BOLOVI ZBOG SMRTI BLISKOG SRODNIKA

(bračni i vanbračni partner/supružnik, dijete, gubitak ploda, roditelji, braća i sestre)

- Za slučaj smrti bračnog i vanbračnog partnera/supružnika i djeteta orijentaciono 20.000,00 KM
- Za slučaj gubitka ploda roditeljima orijentaciono od 7.000,00 KM do 20.000,00 KM /zavisno od starosti ploda i ev. gubitka reproduktivne sposobnosti/
- Za slučaj smrti roditelja orijentaciono 20.000,00 KM
- Za slučaj smrti brata ili sestre orijentaciono 7.000,00 KM

Pravična novčana naknada za duševne bolove djeteta zbog smrti roditelja predstavlja naknadu kako za bol izazvanu samim saznanjem za smrt, tako i za sve kasnije bolove koje dijete trpi zbog gubitka roditelja – ljubavi, njege i pažnje koju bi mu roditelj pružao, pa pripada djetetu koje zbog uzrasta nije moglo osjetiti bol zbog same smrti roditelja, jer je u pitanju naknada za jedinstveni oblik nematerijalne štete.

DUŠEVNI BOLOVI ZBOG NAROČITO TEŠKOG INVALIDITETA BLISKE OSOBE

- Za slučaj naročito teškog invaliditeta bračnog i vanbračnog partnera/supružnika i djeteta orijentaciono od 10.000,00 KM do 20.000,00 KM
- Za slučaj naročito teškog invaliditeta roditelja orijentaciono od 10.000,00 KM do 15.000,00 KM

NAKNADA ŠTETE ZBOG NEOPRAVDANE OSUDE ILI NEOSNOVANOG LIŠENJA SLOBODE (PRITVARANJA) I IZREČENIH MJERA ZABRANE orijentaciono 100,00 KM po danu

Kod ocjene visine naknade prouzorokovane nematerijalne štete zbog neopravdane osude ili neosnovanog lišenja sloboda (pritvaranja), u pravilu, kao osnovni parametar treba uzeti vrijeme provedeno na izdržavanju zatvorske kazne, odnosno vrijeme provedeno u pritvoru i to na način da se orijentaciono za jedan dan dosuđuje 100,00 KM (analogno zamjenskoj novčanoj kazni za jedan dan zatvora/pritvora), s tim da na visinu naknade štete (odnosno na to da li će ista biti

odmjerena ispod ili iznad iznosa od 100,00 KM i koliko ispod/iznad) utiču i sve druge okolnosti slučaja (npr. krivično djelo koje je oštećenom stavljeno na teret, raniju osuđivanost, društveni status u zajednici prije i poslije izdržavanja lišenja slobode, uticaj lišenja slobode na zdravstveno stanje, okolnosti vezane za porodicu i slično).

3. Zaključak

Mi smo prezentovali oba prijedloga, da bi zainteresovani čitalac sam mogao da izvrši poređenja i izvede odgovarajuće zaključke o mogućnosti premošćavanja uočenih razlika u prijedlozima orjenatacionih kriterija dva entitetska vrhovna suda čija praksa je od najvećeg značaja i čije razlike najviše doprinose nejednakoj zaštiti građanskih prava u Bosni i Hercegovini, pod uslovom da nisu usaglašeni.

Naše je mišljenje, s obzirom na značaj usaglašavanja sudske prakse na izvjesnost ostvarivanja građanskih prava, pravnu sigurnost i povjerenje u pravosuđe, da radikalna odbrana polarizovanih stavova o ovom pitanju ne doprinosi zaštiti nabrojanih visokih pravnih vrijednosti na ovim prostorima. Orjentacioni kriteriju pripadaju tehnici primjene pravnih normi koja ne zadire u postojeća zakonska rješenja nego želi da doprinese njihovoj pravilnoj i pravednoj primjeni do donošenja zakonskih rješenja koja bi otklonila svrsishodnost donošenja ovakvih orjentacionih kriterija, jer bi tada zakonska rješenja omogućila sudovima da donose odluke ne stvarajući neusaglašenu, protivurječnu i neizvjesnu sudsku praksu. U prilog našem stavu iznosimo stavove ESLJP koji pokazuju da usvajanje Orjentacionih kriterija ne predstavlja postupanje suprotno Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i praksi Evropskog suda za ljudska prava.

U presudi Klauz protiv Hrvatske (Strasbourg, 18. srpnja 2013. konačna 09/12/2013) nalazimo na stanovište Evropskog suda za ljudska prava o primjerenosti postojanja orjentacionih kriterija, jer „kriteriji pojednostavljaju sudačku diskreciju u ocjenjivanju visine naknade koja se dodjeljuje za nematerijalnu štetu“. Pored toga ističe se potreba postojanja transparentne sudske prakse, na primjeru nezakonitog pritvaranja, koja bi bila dostupna strankama kako bi postavili odmjerene zahtjeve za naknadu tog vida nematerijalne štete, te bez toga nije moguće utvrditi šta bi bio „razuman“ zahtjev novčane naknade nematerijalne štete.

Ako se podsjetimo izlaganja o prirodi povrede ličnih dobara, kao emocionalnog potresa i vrijeđanja afekcija, tada se orijentacioni kriteriji pokazuju kao neprecizno mjerilo, jer je jedino ispravno da za svakog emocionalno povređenog važi individualni pristup u cilju individualizacije satisfakcije. Orijentacioni kriteriji, s gledišta pravne sigurnosti, pridonose uprosječivanju novčane satisfakcije, tj. da se za identične ili slične povrede dosuđuju približno isti iznosi novčane satisfakcije. Na takav način se postižu prave vrijednosti, pravne sigurnosti odnosno pravne izvjesnosti, koje vrijednosti su pozitivne i poželjne osobine pravne države, ali za povrijeđene ne znače toliko, jer se svakom povrijeđenom mora odrediti individualizovana satisfakcija. Povrijeđene ne interesuju dobrobiti za pravnu državu i pravni poredak određene države, njih interesuje njihova emocionalna sigurnost, stabilnost odnosno duševni mir. Zbog toga, potpuna mehanička primjena orijentacionih kriterija vraća nas na napuštenu trasu komercijalizacije ličnih dobara kojoj zakonska rješenja i sudska praksa ne bi smjeli pogodovati.

II SUDSKA PRAKSA

1. KRIVIČNO PRAVO

Zahvaljujemo se svima na sudjelovanju u kreiranju sadržaja Biltena, a posebno pravnim savjetnicima Dženani Deljković-Blagojević, Bojanu Avramoviću, Lejli Garaplija, te pravnim savjetnicama-asistentima Ivani Totić, Spahić Ameli, kao i saradnici Eni Granić koji su dali značajan doprinos u pisanju pojedinačnih sentenci iz oblasti krivičnog prava.

1.1. MATERIJALNO PRAVO

1.1.1. Status službenog ili odgovornog lica

Za postojanje statusa službenog ili odgovornog lica nije neophodno postojanje i formalne odluke o njegovom postavljenju, već je dovoljno da se u okviru konkretnog položaja ili ovlašćenja faktički obavljaju određeni poslovi ili zadaci po ovlašćenju rukovodioca ili nadređenog.

Iz obrazloženja:

Apelaciono vijeće nalazi da ova teza odbrane drugooptuženog nije utemeljena na izvedenim dokazima, odnosno utvrđenom činjeničnom stanju. Prvo, valja imati u vidu da optužba optuženog Š.H. nije ni teretila za radnje koje je on preduzimao kao član Ekspertnog tima, pa se stoga ta činjenica u toku postupka nije ni iskazivala spornom. Svojstvo službenog ili odgovornog lica optuženog Š.H. koji je navedene zadatke i poslove obavljalo ispred MO BiH, temelji se na *poslovima i zadacima koje je optuženi u navedenom procesu faktički obavljao*, a što potvrđuju i iskazi saslušanih svjedoka prema kojima je optuženi kao stručna osoba angažovan ispred Ministarstva odbrane BiH, a što je u skladu sa tačkom V Uputa za rad Ekspertskog tima (izveden kao dokaz broj 8) da se u sastav toga tima mogu angažovati i druga stručna lica kako bi se osigurala potrebna stručna zastupljenost. Pored ostalih svjedoka, ovo posebno potvrđuje iskaz svjedoka G.S. (iskaz dat na pretresu od 17.02.2014, reprodukovan i na drugostepenom pretresu pred Apelacionim vijećem) koji tvrdi da ga je upravo Š.H. (svjedok je 25.9.2009. godine preuzeo dužnost v.d. direktora Binas-a) nazivao telefonom nekoliko puta i tražio uništenje sredstava za koje je utvrđeno da nisu uništena onako kako je bilo navedeno u Izvještajima o uništenju, kao i iskaz svjedoka K.H. koji je potvrdio da je ponudu za uništenje firme Binas vidio upravo na stolu H.Š., nakon čega je isti sačinio tzv. „Preporuku“ u kojoj je bio i prijedlog u vezi sa tretiranjem sekundarnih sirovina. Optuženi je navedene poslove obavljao po naređenja šefa Odsjeka za održavanje municije koji su mu određeni na osnovu opisa poslova i zadataka koje je optuženi H.Š. imao kao stručni savjetnik za održavanje municije i UBS-a, a u okviru odrednice „drugi poslovi“ (poglavlje k. tač. 32. Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji MO BiH, broj: 04-2-4045/06 od 28.07.2006. godine). Na kraju, to je potvrdio i sam optuženi Š.H. koji je u svojim završnim riječima naveo da mu je šef dao zadatak da postupa u

konkretnom slučaju. Da su i sami optuženi bili svjesni da u tom procesu postupaju u svojstvu odgovornih lica ispred MO BiH, nesporno potvrđuju i njihovi potpisi stavljani u rubrici „Odgovorna lica naručioca“ navedenih Izvještaja, broj 01-16/09 i 01-17/09, oba od 15.01.2009. godine.

Naprijed izneseno nesumnjivo potvrđuje da je optuženi navedene zadatke zaista i obavljao, a kako je za postojanje navedenog svojstva dovoljno i samo faktičko obavljanje određenih poslova i zadataka po naređenju ili ovlaštenju rukovodioca ili nadređenog, to je po ocjeni Apelacionog vijeća nedvojbeno da je i drugooptuženi Š.H. u vršenju navedenih poslova i zadataka postupao u *svojstvu službenog ili odgovornog lica* ispred MO BiH. U tom smislu je i stanovište naše ranije teorije i sudske prakse, prema kojima za ovo svojstvo nije potrebna formalna odluka o postavljenju određenog lica, već je dovoljno da je to lice faktički obavljalo određene poslove, po naređenju ili ovlaštenju rukovodioca ili nadređenog (tako npr. Vrh. sud Hrvatske u svojoj odluci, VSH, Kž-267/73, kao i Vrh. sud Makedonije, VSM, Kž-113/62, vid. Komentar KZ SFRJ (1978), str. 574-575).

Na kraju, ovo je u skladu i sa određenjem samog pojma službenog lica za čiji status je dovoljno da se u okviru konkretnog položaja ili ovlaštenja obavljaju određene samostalne funkcije na osnovu kojih to lice ima pravo odlučivanja.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj: S1 2 K 013147 15 Kžk od 22.10.2015. godine)

1.1.2. Pitanje sticaja krivičnih djela

Osnovno krivičnopravno polazište na osnovu kojeg se vrši ocjena da li se u određenoj krivičnopravnoj situaciji radi o više ili samo jednom krivičnom djelu, vrši se na osnovu vrednovanja konkretne kriminalne situacije, pri čemu je potrebno imati u vidu sljedeće: da li je za krivičnopravno vrednovanje određenog krivičnopravnog slučaja dovoljno samo jedno krivično djelo ili je neophodno više krivičnih djela učinjenih u sticaju, pa će sud uzeti da postoji sticaj samo ako je za to potrebno postojanje i jednog i drugog, odnosno više krivičnog djela, jer se samo kroz jedno od njih nije mogla na odgovarajući način izraziti ukupna kriminalna količina svih preduzetih radnji.

Iz obrazloženja:

Drugo pitanje u vezi sa krivičnopravnom ocjenom navedenih radnji odnosi se na pitanje njihove kvalifikacije u kontekstu sticaja tih krivičnih djela, tj. pitanja postojanja svih tih krivičnih djela koja se optuženima stavljaju na teret. Apelaciono vijeće nalazi da se u radnjama odnosno postupanju optuženih stiču sva zakonska obilježja, kako krivičnog djela Nesavjestan rad u službi iz člana 224., tako i Krivotvorenje službene isprave iz člana 226. KZ BiH. Takav zaključak, po ocjeni ovog vijeća, proizilazi prvenstveno iz prirode predmetne kriminalne situacije u kojoj su optuženi više puta preduzeli radnje koje, svaka za sebe, predstavlja radnje nesavjesnog postupanja u vršenju službe, ali i samo neke od njih čine istovremeno i sve elemente krivičnog djela krivotvorenja službene isprave, što ukazuje da se u navedenim postupcima optuženih stiču elementi i jednog i drugog krivičnog djela. Pri tome je ovo vijeće imalo u vidu i osnovno krivičnopravno polazište na osnovu kojeg se vrši ocjena ovakvih slučajeva, a to je: da li je za krivičnopravno vrednovanje određene kriminalne situacije dovoljno samo jedno krivično djelo ili je nužno prihvatanje postojanje više krivičnih djela učinjenih u sticaju, pa je našlo da je u predmetnom slučaju bilo nužno uzeti postojanje i jednog i drugog krivičnog djela, jer se samo kroz jedno od njih nije mogla na odgovarajući način izraziti ukupna kriminalna količina svih preduzetih radnji. Ovakvo stanovište je na liniji i naše ranije sudske prakse koja je imala stav da „*nema prividnog sticaja između djela nesavjesnog rada u službi i krivotvorenja službene isprave, jer se usporedbom apstraktnih propisa (a ni apstraktnom ocjenom kriminalnih količina sadržanih u njima) nikako ne može doći do zaključka da je jedno djelo obuhvaćeno drugim ili uvršteno u njega tako da bi usljed toga jedno od njih izgubilo samostalnu egzistenciju*“ (tako npr. VSRH, I Kž-1948/75 od 24. pros.1975. (vid. F. Bačić-Š.Pavlović, Komentar KZ Hr, Zagreb, 2004, str. 1182.).

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda BiH, broj: S1 2 K 013147 15 Kžk od 22.10.2015. godine)

1.1.3. Postojanje građanskopravnog odnosa u određenoj krivičnopravnoj situaciji ne isključuje nužno i postojanje krivičnopravnog odnosa

Postojanje građanskopravnog odnosa u određenoj krivičnopravnoj situaciji ne isključuje nužno i postojanje i krivičnopravnog odnosa,

imajući u vidu da se građanskopravni odnos svodi na odnose između ugovornih strana, dok se u predmetnom slučaju radi i o radnjama i postupcima službenih i odgovornih - fizičkih lica koje su preduzimali u vršenju obaveza proisteklih iz tog odnosa, a koje su po svom karakteru dostigle onaj stepen nevrijednosti i društvene negativnosti koji ih čini protivpravnim u krivičnopravnom smislu i koje po količini svoje kriminalnosti imaju kvalitet određenih krivičnih djela predviđenih u našem krivičnom zakonodavstvu.

Iz obrazloženja:

Kada je u pitanju *pravna ocjena*, odnosno *kvalifikacija inkriminiranih radnji* koje su stavljene na teret optuženima, nužno je prvo odgovoriti na stav odbrane da se u predmetnom slučaju radnje optuženih ne mogu kvalifikovati kao krivična djela, jer je ovdje u pitanju *građansko-pravni odnos*, koji se u suštini svodi na pitanje *ispunjenja ugovornih obaveza*. Ovo vijeće uopšte ne dovodi u pitanje postojanja ugovornih obaveza između ugovornih strana, s jedne strane Ministarstva odbrane BiH i sa druge preduzeća Binas d.d. Bugojno, ali podsjeća da to ne znači da u predmetnom slučaju ne može istovremeno da postoji i *krivičnopravni odnos*, tj. da radi toga radnje službenih lica, koja su ispred naručioca posla (MO BiH) vršila kontrolu i nadzor ispunjenja ugovornih obaveza, ne mogu imati karakter protivpravnih radnji koje su inkriminirane kao određena krivična djela. Takav stav odbrane nije u skladu ni sa samim karakterom krivičnog prava kao grane prava čija je funkcija, pored ostalog, da obezbjeđuje krivično-pravnu zaštitu vrijednostima iz drugih grana prava u svim onim slučajevima kada te grane prava svojim matičnim normama tu zaštitu ne mogu obezbijediti ili je ona nedovoljna (specifičnost krivičnog prava koja ga razlikuje od svih drugih grana prava). Isto tako, valja imati u vidu da je krivično-pravni odnos *javnopravni odnos* i da on, izvršenjem krivičnih djela, nastaje između izvršilaca tih djela i države, odnosno državnih organa koji su nadležni za postupanje u takvim slučajevima i postoji nezavisno od drugih odnosa koji u vezi sa tim mogu da nastanu. Da navedeni stav odbrane ne stoji, pokazuju i neki drugi slučajevi koji istovremeno predstavljaju više vrsta kažnjivih radnji koje se međusobno ne moraju ili se uopšte ne isključuju (disciplinski prestupi, prekršaji, krivična djela), kao i neki drugi slučajevi odnosa građanskog i krivičnog prava, npr. kod određenih vrsta oštećenja ili povreda (npr. oštećenja tuđe stvari, tjelesnih povreda), kada istovremeno postoji i građansko-pravni i krivično-pravni odnos. Prema tome, ovo vijeće je stanovišta, da ne stoji navedeni stav odbrane da se u ovom slučaju radi samo o građansko-pravnom, odnosno obligacionom odnosu,

imajući u vidu da se ti odnosi svode na odnos između pravnih lica, dok se u predmetnom slučaju radi o radnjama i postupcima fizičkih lica (koja su u tom odnosu kao službena ili odgovorna lica imala određene obaveze) koje su po svom karakteru dostigle onaj stepen nevrjednosti i društvene negativnosti koji ih čini protivpravnim u krivično-pravnom smislu i koje po količini svoje kriminalnosti imaju kvalitet određenih krivičnih djela predviđenih u našem krivičnom zakonodavstvu.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 2 K 013147 15 Kžk od 22.10.2015. godine)

1.1.4. Neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom te proizvodima dvojne upotrebe u vezi sa članom 193. stav 6. KZ BiH

Predmetno motorno vozilo korišteno kao transportno sredstvo, na osnovu zakonske odredbe iz člana 193. stav 6. KZ BiH obavezno se oduzima, što je predviđeno i članom 74. stavom 3. KZ BiH, gdje se navodi da se zakonom može propisati obavezno oduzimanje predmeta.

Iz obrazloženja:

Kako je to i tužilaštvo, u svom odgovoru na izjavljenu žalbu, pravilno navelo, iz dokaza koji su prezentirani, jasno proizilazi da je predmetno putničko motorno vozilo optuženi koristio upravo zbog toga što je pogodno transportno sredstvo, obzirom da je imalo takve gabaritske karakteristike koje su istom omogućile da eksplozivnu napravu sakrije u unutrašnjosti krova motornog vozila.

Slijedom navedenog, Apelaciono vijeće cijeneći imperativnu normu člana 193. stav 6. KZ BiH, kao i utvrđeno činjenično, zaključuje da je predmetno motorno vozilo korišteno kao transportno sredstvo, te zbog toga se isto ima oduzeti. S tim u vezi, bitno je napomenuti da se ovdje ne radi o oduzimanju predmeta na osnovu člana 74. stav 1. i 2. KZ BiH, već se radi o obaveznom oduzimanju predmeta na osnovu zakonske odredbe iz člana 193. stav 6. KZ BiH, a što je predviđeno i stavom 3. spomenutog člana 74. KZ BiH gdje se navodi da se zakonom može propisati obavezno oduzimanje predmeta, što je upravo konkretan slučaj – odredbom člana 193. stav 6. KZ BiH predviđeno je obavezno oduzimanje predmeta.

Dakle, za raspravljajanje ovog pitanja, odnosno za predmetno odlučivanje nije odlučujuća činjenica ko je vlasnik predmetnog vozila – transportnog sredstva kojim je prevožena eksplozivna naprava, jer to nije niti relevantno kada se ima u vidu odredba imperativnog karaktera, propisana uz predmetno krivično djelo Neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom te proizvodima dvojne upotrebe.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj S1 3 K 019120 16 Kž 4 od
24.03.2016. godine)

1.1.5. Krivično djelo Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH

Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH podrazumijeva stavljanje na raspolaganje javnosti poruke (ko javno, putem sredstava informisanja, distribuira ili na bilo koji način uputi poruku javnosti), koja ima za cilj podsticanje drugog na izvršenje krivičnih djela koja su taksativno pobrojana u pomenutom članu, a između ostalog i krivičnih djela iz člana 201. Terorizam, 202b. Vrbovanje radi terorističkih aktivnosti, 202d. Organiziranje terorističke grupe, itd.

Iz obrazloženja:

Prvostepenom presudom optuženi B.H. osuđen je za krivično djelo kako je i kvalifikovano optužnim aktom, te mu je za krivično djelo Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH, u vezi sa krivičnim djelima iz člana 202b. i 202d. stav 2. KZ BiH, izrečena kazna zatvora u trajanju od 7 (sedam) godina.

Dakle, krivično djelo Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH podrazumijeva stavljanje na raspolaganje javnosti poruke koja ima za cilj podsticanje drugog na izvršenje krivičnih djela koja su taksativno pobrojana u pomenutom članu, a između ostalog i krivičnih djela iz člana 202b. Vrbovanje radi terorističkih aktivnosti i 202d. Organiziranje terorističke grupe, tačnije stava 2. ovog člana u konkretnom slučaju (pripadništva terorističkoj grupi), koja se stavljaju na teret optuženom B.H. Ponašanje koje podrazumijeva upućivanje „poticajnih“ poruka, bez obzira da li se takvim porukama direktno zagovaraju teroristička djela i aktivnosti, uzrokuju opasnost od počinjenja jednog ili više

terorističkih krivičnih djela¹. U konkretnom slučaju, po ocjeni ovog vijeća, upravo porukama optuženog kako je i citirano u činjeničnom opisu izreke pobijane presude, ostvarena je radnja kao objektivni element krivičnog djela 202a. KZ BiH, odnosno cilj podsticanja drugih na učestvovanje u terorističkim aktivnostima u Siriji i Iraku, čime je optuženi vrbovao i navodio druge radi terorističkih aktivnosti, te podsticao da postanu pripadnici organizovane terorističke grupe ISIL, pozivajući na učestvovanje u aktivnostima koje organizuje ta teroristička organizacija ISIL. Dakle, svojim radnjama ostvario obilježja krivičnog djela iz člana 202a. KZ BiH u vezi sa krivičnim djelima iz odredbe člana 202b. i 202d. stav 2. KZ BiH, kako je i opisano u zakonskoj formulaciji krivičnog djela Javno podsticanje na terorističke aktivnosti član 202a. KZ BiH.

Žalbeni prigovori odbrane da nisu opisane radnje optuženog za svako pojedinačno djelo koje je sadržano u odredbi člana 202a. KZ BiH, po ocjeni ovog vijeća, ne dovode u pitanje ispravnost primjene krivičnog zakona u konkretnom slučaju.

Naime, prvostepeno vijeće je pravilno izvršilo ocjenu i krivičnopravnu kvalifikaciju radnji optuženog u kojima su sadržana sva zakonska obilježja krivičnog djela koje je optuženom stavljeno na teret, te je u skladu sa tim odmjerilo i izreklo krivičnu sankciju za isto. Zahtijevajući da se konkretizuju i radnje optuženog za svako pojedinačno krivično djelo koje je sadržano u odredbi člana 202a. KZ BiH, odbrana previda da se u predmetnom slučaju ne primjenjuju pravila koja vrijede za saučesništvo (teorije akcesornosti), jer se ovdje radi o radnjama saučesništva koje je zakon inkriminsao kao samostalno krivično djelo i tim radnjama je ovo djelo ostvareno bez obzira da li je ili nije učinjeno i glavno krivično djelo, odnosno u konkretnom slučaju neko od krivičnih djela navedeno u članu 202a. KZ BiH. Ako bi se prihvatila teza odbrane da je potrebno dokazivanje i utvrđivanje radnji svakog pojedinačnog krivičnog djela iz navedene odredbe (koja se i ne stavljaju na teret optuženom), onda bi se radilo o sticaju krivičnog djela iz člana 202a. i tih krivičnih djela, te bi se u tom smislu i utvrđivala, odnosno odmjeravala i izricala tzv. jedinstvena kazna za sva ta djela, što bi u predmetnom slučaju predstavljalo pogrešnu pravnu ocjenu radnji optuženog, a time i pogrešnu primjenu krivičnog zakona, te prekoračenje optužbe. Dakle, imajući u vidu navedenu krivičnopravnu prirodu krivičnog djela Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz 202a. KZ BiH, prvostepeno vijeće je valjano izvršilo pravnu kvalifikaciju radnji optuženog, te dalo ispravnu argumetaciju u pravcu primjene

¹ Konvencija Vijeća Evrope o suzbijanju terorizma, Varšava, 16. maj 2005. godine; član 5 - javno pozivanje na počinjenje terorističkog krivičnog djela;

relevante odredbe, zbog čega se navedeni žalbeni prigovori odbijaju kao neosnovani.

Imajući u vidu naprijed navedeno, ni žalbeni prigovori kojim se ukazuje da krivično djelo koje se stavlja na teret optuženom B.H. nije moglo biti ostvareno, a da pri tome nije konkretizovan teroristički čin, kao i da nije konkretizovana radnja da je optuženi organizirao grupu ili udruženje za počinjenje terorističkih aktivnosti, takođe nisu osnovani, te nemaju uporište u činjeničnom utvrđenju, niti u relevantnim zakonskim odredbama.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 2 K 017968 16 Kž 4 od
28.03.2016. godine)

Da bi postojalo krivično djelo Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH, čiji su objektivni i subjektivni elementi opisani u pomenutoj odredbi, ne mora i doći do počinjenja terorističkih krivičnih djela, koja su opisana u zakonskoj formulaciji ovog djela.

Iz obrazloženja:

Naime, da bi postojalo krivično djelo Javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a. KZ BiH, čiji su objektivni i subjektivni elementi opisani u pomenutoj odredbi, a što je nesumnjivo ostvareno i utvrđeno kroz činjenično utvrđenje pobijane presude, ne mora i doći do počinjenja terorističkih krivičnih djela, koji su opisani u zakonskoj formulaciji ovog djela. Dakle, bilo je potrebno utvrditi da je optuženi javnim iznošenjem poruka *podsticao druge na izvršenje teroristički krivičnih djela*, te da je njegov subjektivni odnos prema djelu ostvaren upravo kroz namjeru (*bio svjestan svojih radnji i postupaka*) da vrbuje i podstiče druge da postanu pripadnici terorističke grupe ISIL u tzv. Islamskoj državi i kao pripadnici te grupe učestvuju u aktivnostima koje ta grupa organizuje, *te htio nastupanje svih štetnih posljedica*, koje su ostvarene kroz pogibiju državljana BiH koji su prisustvovali predavanjima optuženog B.H., a koji su kao pripadnici terorističke organizacije, predstavljali opasnost za BiH na način da se obučavaju i pripremaju i za provođenje terorističkih radnji i po povratku u BiH.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 2 K 017968 16 Kž 4 od
28.03.2016. godine)

1.1.6. Očigledno nesavjesno postupanje u vršenju službe u smislu odredbe člana 224. stav 1. KZ BiH

Ako se ima u vidu da su optuženi bili jedine i najstručnije osobe koje su ispred MO BiH bile uključene u taj proces, odnosno ako se imaju u vidu njihove profesionalne pozicije koje su ih posebno obavezivale na poštovanje predviđenih pravila u procesu rješavanja viškova naoružanja, zatim priroda i osjetljivost službe koju su optuženi obavljali, te karakter i značaj radnji i način na koji su ih optuženi obavljali ili su propuštali da to čine (kontinuirano i sistematski), onda je nesumnjivo da opisano postupanje optuženih u vršenju službe po svom intenzitetu prevazilazi uobičajenu neurednost i da poprima karakter očigledno nesavjesnog postupanja.

Iz obrazloženja:

Imajući u vidu naprijed navedeno, može se zaključiti da radnje i postupci optuženih Š.M. i H.Š. imaju karakter *očigledno nesavjesnog postupanja optuženih u vršenju službe*. Naime, imajući u vidu njihovu profesionalnu poziciju i dobro poznavanje propisa koji su ih obavezivali na poštovanje predviđenih pravila u procesu rješavanja viškova oružja i municije (Politka, Smjernice, Pravilnik o unutrašnjoj organizaciji, Upute za rad Ekspertskog tima), zatim prirodu i osjetljivost službe koju su optuženi obavljali, te karakter i značaj radnji i način na koji su ih optuženi obavljali ili su propuštali da to čine (kontinuirano i sistematski), onda je nesumnjivo da navedeno postupanje optuženih u vršenju službe po *svom intenzitetu prevazilazi uobičajenu neurednost*. Ako se, pored toga, ima u vidu da su optuženi bili jedine i najstručnije osobe koje su ispred MO BiH bile uključene u taj proces, da su bili stručni savjetnici za planove i operacije uklanjanja suvišnog i neperspektivnog oružja (optuženi Š.M.), odnosno za održavanje municije i UBS-a u Odsjeku za održavanje Sektora za nabavku i logistiku (optuženi H.Š.), da je optuženi Š.M. bio i rukovodilac Ekspertskog tima i po kazivanju svjedoka bio najstručnija osoba za pitanje uništenja predmetnog oružja, da su mu bili dobro poznati već navedeni akti, na osnovu kojih je i sam ustrojio Pravila za rad toga tima, te da je optuženi H.Š. direktno učestvovao u sastavljanju naloga za isplatu, broj 11/5-CL-364/09 od 20.01.2009. godine (DT-45), pri čemu se pozivao i na Izvještaj, broj 01-17/09 kao dokaz da su usluge uništenja izvršene (iako je znao da nisu, pa je stoga i intervenisao kod v.d. direktora da se nastavi sa uništenjem), onda

je nesumnjivo da postupanje optuženih u predmetnom slučaju ima karakter **očigledno nesavjesnog postupanja u vršenju službe**, usljed čega su nastupile navedene štetne posljedice.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 2 K 013147 15 Kžk od
22.10.2015. godine)

1.1.7. Subjektivni element bića krivičnog djela Nesavjestan radu u službi iz člana 224. KZ BiH

Službeno lice koje nesavjesno postupa treba da je svjesno svoje nesavjesnosti, tj. da svojim postupkom krši zakon ili neki drugi propis i to hoće ili se sa takvim svojim postupkom saglašava (umišljajna komponenta subjektivne strane djela), dok u odnosu na mogućnost nastupanja povrede prava drugog ili imovinske štete može da postoji kako umišljaj tako i nehat.

Iz obrazloženja:

Žalbom optužbe se posebno ukazuje i na subjektivni element bića ovog krivičnog djela, pri čemu se ističe da je u odnosu na teži oblik djela iz stava 2. koji se optuženom stavlja na teret dovoljan nehat (nije rečeno „i“ nehat), što znači da subjektivnu stranu ovog oblika djela može da čini samo nehat. Imajući u vidu zakonski opis bića ovog krivičnog djela u odredbi člana 224. KZBiH i njegovu dosta specifičnu krivičnopravnu prirodu, te odnose između osnovnih i kvalifikovanih oblika krivičnih djela, ovo vijeće nalazi da žalba nije do kraja korektno, odnosno pravilno interpretirala ovaj element bića krivičnog djela, jer previđa da se razlika između i ova dva oblika djela sastoji jedino u težini povrede prava drugog ili imovinske štete. Stoga i kod jednog i kod drugog oblika ovog djela službeno lice koje nesavjesno postupa treba da je *svjesno svoje nesavjesnosti*, tj. da svojim postupkom krši zakon ili neki drugi propis i to hoće ili se sa takvim svojim postupkom saglašava (umišljajna komponenta subjektivne strane djela – u konkretnom slučaju treba da postoji na strani optuženog u odnosu na okolnost da potpisuje rješenje koje nije u skladu sa propisima), dok u odnosu na mogućnost nastupanja povrede prava drugog ili imovinske štete može da postoji kako umišljaj tako i nehat. To znači da je subjektivna strana bića ovog krivičnog djela u oba njegova oblika složena (može da je čini kako umišljaj tako i nehat), a kako između

njih ne postoji razlika (osim u težini posljedice), to znači da je oblik vinosti - krivice kod oba oblika isti. Prema tome, kršenje propisa od strane službenog lica je u svakom slučaju umišljajno postupanje, dok je u odnosu na okolnost da usljed toga može da nastupi povreda prava drugog ili imovinska šteta, dovoljan i nehat.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 2 K 018397 16 Kž od
07.07.2016. godine)

1.2. PROCESNO PRAVO

1.2.1. Jezik i pismo u krivičnom postupku - član 8. ZKP BiH

Kada sud utvrdi da optuženi nije sposoban da se sporazumijeva na jeziku suda, ima obavezu da optuženom obezbijedi pored sudskog tumača i usmenog prevođenja, i prevođenje svih isprava i pisanog dokaznog materijala, koji podrazumijeva prevođenje optužnice, izmijenjene optužnice dostavljene na glavnom pretresu od strane optužbe, kao i svih drugih materijalnih dokaza iz spisa važnih za odbranu optuženog. Zakon o krivičnom postupku BiH i odredba koja propisuje pravo na upotrebu maternjeg jezika ili jezika koji razumije optuženi, ne poznaje, niti propisuje procesnu situaciju u kojoj se segmentirano ili djelomično obezbjeđuje pravo na upotrebu jezika.

Iz obrazloženja:

Imajući u vidu sadržaj odredbe člana 8. stav 2. ZKP BiH, koja propisuje: "Stranke, svjedoci i ostali učesnici u postupku imaju pravo služiti se maternjim jezikom ili jezikom koji razumiju. Ako osoba ne razumije jedan od službenih jezika Bosne i Hercegovine, osigurat će se usmeno prevođenje onoga što ona, odnosno drugi iznose, kao i isprava i drugog pisanog dokaznog materijala", te činjenicu da je optuženi M.A., naknadno zahtijevao da mu se obezbjedi sudski tumač za slovenački jezik, prvostepeni sud je bio u obavezi da optuženom obezbjedi pored sudskog tumača i usmenog prevođenja i prevođenje svih isprava i pisanog dokaznog materijala, koji je podrazumijevao prevođenje optužnice Tužilaštva BiH, izmijenjene optužnice dostavljene na glavnom pretresu od strane optužbe, te svih drugih materijalnih dokaza iz spisa važnih za odbranu optuženog. Analizirajući spis predmeta, kao i sam sadržaj pobijane presude, ovo vijeće je utvrdilo da je prvostepeni sud tokom glavnog pretresa djelomično obezbjedio optuženom elementarno pravo da se služi maternjim jezikom ili jezikom koji razumije, vodeći se izjavom optuženog da „na pola“ razumije službeni jezik. Međutim, Zakon o krivičnom postupku BiH i odredba koja je citirana u tom pravcu, ne poznaje, niti propisuje procesnu situaciju u kojoj se segmentirano ili djelomično („na pola“) obezbjeđuje pravo na upotrebu jezika. Stoga, prvostepeni sud je, po ocjeni ovog vijeća, bio u obavezi ili a) da prihvati izjavu optuženog iz istrage kojom se isti odrekao prava da se koristi svojim maternjim jezikom i pri tome izjavio da razumije jedan od službenih jezika u BiH, a koja izjava je unijeta u zapisnik o

ispitivanju tada osumnjičenog M.A., i koja se kao takva nije niti mogla mijenjati poslije, (osim u slučajevima da je sud utvrdio da je optuženi M.A. obaviješten o pravu na upotrebu materijalnog jezika ili jezika koji razumije protivno zakonskim propisima, ili ako uopšte nije o tome obaviješten), ili b) prihvatanjem zahtjeva optuženog kao osnovanog sud je bio u obavezi obezbjediti optuženom ne samo usmeno prevođenje svega onoga što je rečeno ili pročitano tokom glavnog pretresa, kako je navedeno u pobijanoj presudi, nego u skladu sa odredbom člana 8. stav 2. ZKP BiH, i prevođenje pisanog dokaznog materijala koji se nalazi u konkretnom spisu, posebno optužnice, te na glavnom pretresu i izmjenjene optužnice Tužilaštva BiH. Smisao ovog prava, izrazio je i Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) stavom da je do kršenja člana 6. stav 3. tačka a) EKLJP došlo i onda ako pisani dokumenti, kao što je, npr., optužnica, nisu bili prevedeni na jezik koji razumije optuženi (*Kamasinski protiv Austrije*, 1989., Serija A br. 168, *Brozicek protiv Italije*, 1989., Serija A br. 167). Dakle, kada je sud našao da optuženi nije bio sposoban da se sporazumjeva na jeziku suda, imao je obavezu i da mu osigura pismeni prijevod optužnice na jeziku koji razumije.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja kojim se ukida prvostepena presuda, broj: S1 2 K 012843 16 Kž od 09.06.2016. godine)

1.2.2. Zakonitost dokaza u smislu odredbe člana 10. stav 2. ZKP BiH

Ne dovodi se u pitanje zakonitost dokaza, odnosno mogućnost korištenja sadržaja presretnutih razgovora pribavljenih na osnovu naredbe organa druge države izdatih prema D.E. 1, bez obzira na činjenicu što krivično djelo koje je stavljeno na teret optuženoj S.T. nije navedeno i kao djelo za koje se tada sumnjičio D.E. 1, budući da postoji njihova evidentna povezanost, a koja se ogleda kroz počinjenje krivičnih djela u sastavu zločinačkog udruženja, te ovi dokazi predstavljaju pravno valjane dokaze s obzirom da je kriminalna djelatnost optužene ušla u kriminalnu zonu osobe prema kojoj se mjera posebnih istražnih radnji primjenjivala.

Iz obrazloženja:

Cijeneći zakonitost dokaza, pribavljenih iz R. Srbije, kroz prizmu eventualne povrede prava na pravično suđenje, vijeće zaključuje kako korištenjem istih nije

došlo do povrede optuženičinog prava na pošteno suđenje, te da pribavljanje na ovakav način konkretnih dokaza, ne dovodi po automatizmu do zaključka da isti ne mogu biti dijelom krivičnog progona, kako to ističe odbrana optužene. Naime, prilikom ocjene prihvatljivosti konkretnog dokaznog materijala u smislu istaknutih prigovora, ovo vijeće se rukovalo određenim kriterijima, nalazeći ih ispunjenim. U tom smislu vijeće prvenstveno nalazi da su ovi dokazi izvedeni u državi (R.Srbija), potpisnici Evropske konvencije o uzajamnoj sudskoj pomoći u krivičnim stvarima, čija potpisnica je i Bosna i Hercegovina, a na osnovu koje su i pribavljeni konkretni dokazi za potrebe krivičnog postupka pred našim pravosudnim organima. Potom, vijeće nalazi kako su isti izvedeni od strane službenih organa R. Srbije, na način propisan zakonima te države, odnosno na temelju izdatih naredbi istražnog sudije Posebnog odjeljenja Okružnog suda u Beogradu, koje naredbe su uložene u spis. Konačno, tokom izvođenja ovih dokaza (sadržaji presretnutih razgovora) pred prvostepenim vijećem ovog suda optuženoj, odnosno njenoj odbrani je omogućeno da prisustvuje njihovom izvođenju, da iznesu svoju ocjenu tih dokaza, kao i da im suprotstave svoje dokaze. Kada su u pitanju prigovori odbrane da osnovi sumnje za izdavanje naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji prema D.E. 1, nisu bili istovjetni osnovima sumnje za počinjenje krivičnog djela koje je optuženoj stavljeno na teret, iz kojih razloga nije bilo zakonske mogućnosti korištenja spornih dokaza, apelaciono vijeće ih takođe cijeni neosnovanim. Naime, suprotno navodima žalitelja, ispravno prvostepeni sud zaključuje, kako navedena činjenica ne dovodi u pitanje mogućnost korištenja sadržaja presretnutih razgovora pribavljenih na osnovu naredbe organa druge države, s obzirom da je nedvojbeno utvrđeno da je optužena kao pripadnica organizovane kriminalne grupe, koju je formirala i rukovala osoba prema kojoj su posebne istražne radnje bile primjenjivane, učestvovala u izvršenju konkretnog krivičnog djela. Dakle, bez obzira na činjenicu što krivično djelo koje je stavljeno na teret optuženoj nije navedeno i kao djelo za koje se tada sumnjičio D.E. 1, postoji njihova evidentna povezanost, a koja se ogleda kroz počinjenje krivičnih djela u sastavu zločinačkog udruženja, te ovi dokazi predstavljaju pravno valjane dokaze s obzirom da je kriminalna djelatnost optužene ušla u kriminalnu zonu osobe prema kojoj se mjera primjenjivala. Nadalje, sve i da nije tako, relevantne odredbe ZKP BiH ne zabranjuju korištenje tzv “nevezanih slučajnih nalaza o krivičnom djelu treće osobe”. U tom smislu vijeće podsjeća na odredbu člana 120. ZKP BiH koja glasi: ”Ne mogu se koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 116. ovog zakona ako se ne odnose na krivična djela iz člana 117. ovog zakona”. Tumačeći ovu odredbu ovo vijeće zaključuje da iz nje jasno proizlazi da ona dopušta i korištenje kao zakonitih dokaza sve “slučajne

nalaze” koji se odnose na kataloška krivična djela (djela predviđena članom 117. ZKP BiH), nezavisno o tome jesu li to nova krivična djela i novi počinioci u kriminalnoj zoni osobe i krivičnog djela prema kojoj se mjera primjenjuje ili ne. Ni Evropski sud za ljudska prava nije jasno razjasnio pitanje dokazne upotrebljivosti tih “nevezanih slučajnih nalaza o krivičnim djelima trećih osoba”, što je u skladu s njegovim načelima da se ne upušta u pitanje dokazne upotrebljivosti pojedinih vrsta dokaza, već da samo ocjenjuje je li postupak u pojedinom slučaju, gledano u cjelini, bio nepravičan, a o čemu je, na određeni način, naprijed bilo riječi. Na kraju, vijeće nalazi da za razliku od nedopustivosti dokaza pribavljenog protivno zabrani mučenja i drugoj okrutnosti, u izuzetnim okolnostima, dokaz pribavljen miješanjem u privatnost ne mora nužno suđenje činiti nepoštenim. U tom smislu vijeće upućuje na stav ESLJP izražen u predmetu Schenk protiv Švicarske (1988. godine), u kojem je Evropski sud prihvatio da pravo na pošteno suđenje nije nužno prekršeno kada je dokaz pribavljen kršenjem prava na poštovanje privatnog života. Na primjer, kada dobijeni dokaz (nezakonito prisluškivanje telefona), nije bio jedini dokaz protiv optuženog u predmetu koji uključuje ozbiljan zločin, nije bilo kršenja prava na pošteno suđenje. Dakle, upravo zauzetim stavom Evropskog suda evidentno se rukovodilo i prvostepeno vijeće, dajući ovom dokazu karakter jedne vrste kontrolnog dokaza, koji bi poslužio provjeri vjerodostojnosti iskaza svjedoka A.V., S.R. i oštećenog Đ.Ž., datih na glavnom pretresu, a koji su svjedočili na okolnosti konkretnih krivičnopravnih radnji optužene u izvršenju ovog krivičnog djela.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 2 K 017089 16 Kž 3 od
02.06.2016. godine)

1.2.3. Izdavanje naredbe operateru telekomunikacija, na osnovu člana 72.a ZKP BiH

Sud ne može izdati naredbu telekom operateru druge države za dostavljanje podataka.

Iz obrazloženja:

Naime, imajući u vidu da se sjedište telekom operatera od kojih je Tužilaštvo zatražilo dostavljanje određenih podataka, nalazi u R. Hrvatskoj, to Sud smatra, da u smislu člana 72.a ZKP BiH, isti nema ingerenciju i mogućnost da izdaje naredbe

operaterima koje se nalaze na području druge države. Imajući u vidu navedeno, a posebno kada se uzme u obzir da se ovakve naredbe sprovode u cilju pribavljanja dokaza o izvršenju krivičnih djela, potrebno je da se Tužilaštvo, putem instrumenata međunarodne pravne pomoći, obrati nadležnim organima u R. Hrvatskoj, u cilju prikupljanja traženih podataka, a sve u smislu obezbjeđena zakonitih dokaza koji bi se eventualno koristili u nastavku postupka.

(Rješenje Suda BiH, broj S1 2 K 018538 15 Krn 24 od 11.09.2015. godine)

1.2.4. Odlučivanje o obavezi troškova postupka u skladu sa članom 188. ZKP BiH

Obaveza naknade troškova krivičnog postupka u slučaju donošenja osuđujuće presude ne može se utvrditi naknadnim rješenjem o troškovima postupka, već o istoj mora biti odlučeno u presudi koja se donosi u predmetu optuženog.

Iz obrazloženja:

Presudom Suda BiH broj: S1 2 K 014094 13 K od 21.10.2013. godine koja je postala pravomoćna dana 22.11.2013. godine osuđena M.R. je oglašena krivom za počinjenje krivičnog djela Organizovanog kriminala iz člana 250. stav 4. KZ BiH u vezi sa krivičnim djelom Porezne utaje iz člana 210. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ BiH i krivičnim djelom Porezne utaje iz člana 273. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH, a sve u vezi sa članom 54. KZ BiH, te joj je za počinjeno krivično djelo izrečena uvjetna osuda, kojom je utvrđena kazna zatvora u trajanju od 2 godine i istodobno određeno da se ova kazna neće izvršiti ukoliko osuđena u roku od 4 godine od pravomoćnosti presude ne učini novo krivično djelo. Suprotno odredbi člana 285. stav 1. tačka g), kao i člana 290. stav 4. ZKP BiH, prvostepeni sud iako je bio u obavezi da donošenjem prvostepene presude odluči i o troškovima krivičnog postupka, na način da obaveže ili oslobodi osuđenu plaćanja troškova krivičnog postupka, nije odlučio o troškovima krivičnog postupka. Umjesto toga, prvostepeni sud odlučuje da će odluku o troškovima krivičnog postupka donijeti naknadno po pribavljanju potrebnih podataka. Očigledno je da je takvim postupanjem prvostepeni sud pogrešno primjenio odredbu člana 186. stav 2. ZKP BiH koja daje mogućnost naknadnog odlučivanja samo o visini troškova krivičnog postupka, donošenjem posebnog rješenja. Pretpostavka za takvo postupanje je da je prvostepeni sud izricanjem presude, koja je osuđujuća, istovremeno odlučio da je

tada optužena dužna da naknadi troškove krivičnog postupka, pa ako su u tom trenutku nedostajali podaci o visini troškova postupka, postojala je zakonska mogućnost donošenja posebnog rješenja o visini troškova, kada se podaci o pojedinačnim iznosima troškova pribave. Imajući u vidu navedeno, te polazeći od toga da nijedna odredba ZKP BiH ne predviđa mogućnost da se u presudi ne donese odluka o troškovima postupka, odnosno da se nakon donošenja prvostepene presude naknadno odlučuje o troškovima postupka, stoga se naknadno takva odluka ne može donijeti posebnim rješenjem.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S 1 2 K 014094 15 Kž 2 od
15.01.2016. godine)

1.2.5. Odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu oštećenih

U situaciji ako se postupak protiv drugih optuženih vodi naknadno, nakon što je postupak protiv jednog od optuženih završen, a oštećeni je u ovom prethodnom postupku naplatio svoj imovinskopravni zahtjev u cjelosti, onda se u drugom postupku neće donositi odluka o imovinskopravnom zahtjevu, ali će se u obrazloženju presude naznačiti upravo to da je oštećeni, u ranijem pravomoćnom postupku, realizirao i ostvario svoj imovinskopravni zahtjev.

Iz obrazloženja:

Suprotno prigovoru branilaca, apelaciono vijeće nalazi pravilnom i zakonitom odluku prvostepenog vijeća da opuženog V.Lj. obaveže na isplatu cijelog iznosa štete oštećenima, na ime postavljenog imovinskopravnog zahtjeva, obzirom da se protiv ostalih optuženih obuhvaćenim optužnicom Tužilaštva broj: T20 0 KT 002654 12 od 28.08.2013. godine vodi razdvojeni postupak/postupci. Solidarno obavezivanje i drugih lica koja su obuhvaćena navedenom optužnicom, bi predstavljalo prejudiciranje ishoda drugog krivičnog postupka. Stoga apelaciono vijeće napominje braniocima da se u situaciji ako se postupak protiv drugih optuženih vodi naknadno nakon što je postupak protiv jednog od optuženih završen, a oštećeni je u ovom prethodnom postupku naplatilo svoj imovinskopravni zahtjev u cijelosti, onda se u drugom postupku neće donositi nikakva odluka o imovinskopravnom zahtjevu, ali će se u obrazloženju presude naznačiti upravo to da je oštećeni, u ranijem pravomoćnom postupku, realizirao i ostvario svoj

imovinskopravni zahtjev¹. Takođe, imajući u vidu da će se pitanje solidarne odgovornosti² tek naknadno razmatrati, nakon pravomoćnog okončanja drugog krivičnog postupka koji se vodi po predmetnoj optužnici, sljedstveno tome optuženi V.Lj. će eventualno imati pravo na regres³ koji propisuje odredba člana 208. ZOO FBiH/RS⁴.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj S1 2 K 013756 15 Kž 3 od
10.03.2016. godine)

¹ Naime, upravo jedan od relevantnih stavova sudske prakse glasi: “*Ako bi se postupak protiv jednog od okrivljenika vodio naknadno nakon što su postupci protiv drugih okrivljenika završeni, a oštećenik je u ovim prethodnim postupcima naplatio svoj imovinskopravni zahtjev u cijelosti, onda se u drugom postupku neće donositi nikakva odluka o imovinskopravnom zahtjevu, ali će se u obrazloženju presude naznačiti upravo to da je oštećenik, u ranijem pravomoćnom postupku, realizirao i ostvario svoj imovinskopravni zahtjev.*” /Zaključak sa zajedničkog sastanka sudaca kaznenog odjela Županijskog suda u Splitu i sudaca kaznenih odjelapodručnih općinskih sudova od 5. ožujka 2009. godine, str. 5. Citirano prema: Željko Gusić, dipl. iur., sudac Općinskog suda u Sinju, Oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i imovinskopravni zahtjev, str.13/

² Kad je više lica svojim radnjama prouzrokovalo štetnu posljedicu, ali ni jedna od tih radnji sama za sebe ne bi dovela do nastanka ukupne štete, štetnici odgovaraju solidarno ako su štetu prouzrokovali djelujući zajedno ili nezavisno jedan od drugoga, ako se ne mogu utvrditi njihovi udjeli u uzrokovanoj šteti. (Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 56 0 P 017502 10 Rev od 12.07.2011. god.)

³ Član 208. ZOO- Regres isplatioca: (1) Solidarni dužnik koji isplati više nego što iznosi njegov udio u šteti, može tražiti od svakog od ostalih dužnika da mu naknadi ono što je platio za njega. (2) Koliko iznosi udio svakog pojedinog dužnika sud određuje s obzirom na težinu njegove krivice i težinu posljedica koje su proistekle iz njegovog djelovanja. (3) U slučaju nemogućnosti da se utvrde udjeli dužnika, na svakog pada jednak dio, osim ako pravičnost zahtijeva da se u konkretnom slučaju drukčije odluči.

⁴ Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO) usvojilo je Savezno vijeće Skupštine bivše SFRJ na sjednici održanoj 30. marta 1978. godine. Zakon je objavljen u “Službenom listu SFRJ”, broj 39/78, a u skladu sa odredbom člana 1109., stupio je na snagu 1. oktobra 1978. godine. Zakonom o izmjenama i dopunama ZOO, koji je stupio na snagu 3. augusta 1985. godine, (“Sl. list SFRJ”, broj 39/85), izmijenjeni su i dopunjeni čl. 109., 180., 399. i 410. članom 6. tog zakona propisano je da se izmijenjene i dopunjene odredbe člana 180. ZOO, primjenjuju i na naknadu štete nastale od 1. januara 1981. godine (retroaktivno dejstvo), znači i na odnose nastale prije stupanja na snagu pomenutih izmjena i dopuna ZOO. U “Sl. listu SFRJ”, broj 46/85 objavljena je ispravka Zakona o izmjenama i dopunama ZOO. U “Sl. listu SFRJ”, broj 45/89 objavljena je odluka Ustavnog suda SFRJ, U br. 363/86, kojom je 10. jula 1989. godine prestala da važi odredba člana 24. ZOO. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima (“Sl. list SFRJ”, broj 57/89), koji je stupio na snagu 7. oktobra 1989. godine, izmijenjen je član 277. ZOO, dok je član 401. brisan. Od 11. aprila 1992. godine ZOO se primjenjuje kao Zakon Republike Bosne i Hercegovine (čl. 1. Zakona o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima (“Sl. list RBiH”, br. 2/92, 13/93 i 13/94). Zakon o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima (“Službeni list RBiH”, broj 2/92), koji je stupio na snagu 11. aprila 1992. godine, i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, u vidu uredbi sa zakonskom snagom, donijelo je Predsjedništvo Republike Bosne i Hercegovine na prijedlog Vlade Republike Bosne i Hercegovine, a potvrdila ih je, kao zakone, Skupština Republike Bosne i Hercegovine Zakonom o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom, usvojenim na sjednici Skupštine održanoj 1. juna 1994. godine. Taj zakon objavljen je u “Službenom listu RBiH”, broj 13/94 od 9. juna 1994. godine. Zakoni o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima, objavljeni su u “Službenom glasniku RS”, br. 17/93 i 3/96.

1.2.6. Rješenje kojim se određuje privremena mjera obezbjedenja

Sud nalazi da je privremena mjera obezbjeđenja imovinskopravnog zahtjeva nastalog usljed učinjenja krivičnog djela u smislu odredbe člana 202. stav 1. ZKP BiH, a u vezi sa odredbom člana 245. stav 1. Zakona o izvršnom postupku pred Sudom BiH, neophodna u smislu onemogućavanja optuženom da otuđi pomenutu imovinu na kojoj je upisan kao isključivi vlasnik i posjednik, na koji način bi se u daljem postupku osiguralo izvršenje novčanih potraživanja u sklopu imovinskopravnih zahtjeva, kada se za to ispune zakonski uslovi.

Iz obrazloženja:

U vezi s tim, Sud ističe da su svjedokinje-oštećene u ovom predmetu učinile vjerovatnim postojanje potraživanja, odnosno da je ispunjen uslov iz navedenog člana, koji iznos potraživanja još uvijek nije tačno utvrđen, ali će to biti u narednom periodu, kako to ističe Tužilaštvo BiH u obrazloženju svog Prijedloga. *Predlagač obezbjeđenja ne mora dokazivati opasnost iz stava 1. ovog člana ako učini vjerovatnim da bi predloženom mjerom protivnik obezbjeđenja pretrpio samo neznatnu štetu.* Određivanjem navedene privremene mjere obezbjeđenja nad nekretninom optuženog B.M., Sud je uvjerenja da ista ne opterećuje optuženog u njegovim pravima, te naglašava da je ova mjera privremenog karaktera, kako joj to i sam naziv govori, kao i da ista može trajati do okončanja krivičnog postupka protiv optuženog B.M. ili do drugačije odluke Suda.

Sud zaključuje da je izricanje privremene mjere zabrane otuđenja gore navedene imovine opravdano u odnosu na optuženog, imajući u vidu krivična djela za koja se isti tereti, kao i postavljene imovinskoprave zahtjeve od strane oštećenih u predmetu. Također, Sud nalazi da su mjere neophodne u smislu onemogućavanja optuženom da otuđi pomenutu imovinu na kojoj je upisan kao isključivi vlasnik i posjednik, na koji način bi se u daljem postupku osiguralo izvršenje novčanih potraživanja u sklopu imovinskopravnih zahtjeva čiji iznos još uvijek nije utvrđen, a kada se za to ispune zakonski uslovi.

(Rješenje Suda BiH, broj: S1 1 K 020032 15 Kri od 25.05.2016. godine)

1.2.7. Nepravo ponavljanje krivičnog postupka u vezi sa članom 324a. stav 2. ZKP BiH

Kazna zatvora u trajanju od jedne godine četiri mjeseca i petnaest dana, koja je izrečena u zamjenu za novčanu kaznu, predstavlja supletorni zatvor, odnosno ista je način izvršenja neplaćene novčane kazne, te nema obilježja i svrhu koju ima kazna zatvora izrečena kao glavna kazna, zbog čega se ista nije mogla uzeti kao kriterij za određivanje nadležnosti suda u slučaju nepravog ponavljanja krivičnog postupka.

Iz obrazloženja:

Kada tako zaključuje, ovo Vijeće nalazi da osuđeni u žalbi pogrešno navodi da je Sud BiH prilikom upoređivanja izrečene kazne po presudi istog i presudi Općinskog suda u Zenici trebao uzeti u obzir i zamijenjenu novčanu kaznu kaznom zatvora. Naime, navedena kazna zatvora u trajanju od 1 godine 4 mjeseca i 15 dana, koja je izrečena u zamjenu za novčanu kaznu, predstavlja supletorni zatvor, odnosno ista je način izvršenja neplaćene novčane kazne, te nema obilježja i svrhu koju ima kazna zatvora izrečena kao glavna kazna.

Stoga, prilikom upoređivanja koja od navedenih kazni zatvora je izrečena u dužem trajanju, kako je to i prvostepeni sud primjenio, jedino se mogla uzeti u obzir dužina trajanja izrečene kazne zatvora kao glavne po presudi Suda BiH, što je 1 godina, te izrečene kazne zatvora po presudi Općinskog suda u Zenici, što je 1 godina i 4 mjeseca, iz čega se ispravno zaključuje da je Općinski sud u Zenici izrekao veću kaznu zbog čega je i stvarno nadležan, shodno odredbi člana 324a stav 2. ZKP BiH, da odlučuje o zahtjevu za nepravo ponavljanje postupka.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja, broj S1 3 K 014687 16 Kž 2 od
05.10.2016. godine)

1.2.8. Uslovi za ponavljanje postupka shodno članu 327. stav 1. tačka c) ZKP BiH

Nove činjenice ili novi dokazi koji su takve prirode da mogu prouzrokovati samo blaže odmjerenje kazne, nisu osnov za ponavljanje postupka u smislu člana 327. stav 1. tačka c) ZKP BiH.

Iz obrazloženja:

Činjenica je da dokazi koje osuđeni predlaže imaju karakter novih dokaza, jer isti nisu izvedeni u toku glavnog pretresa usljed okolnosti nedostupnosti svjedoka ili činjenica koje su svjedoci naknadno izjavljivali u drugim postupcima. Sve navedeno, ukazuje da se osuđeni poziva na nove dokaze za koje tvrdi da u slučaju da su bili predstavljeni u toku glavnog pretresa, mogli bi uticati da izrečena kazna bude blaža.

Osnov za ponavljanje postupka iz tačke c) stava 1. člana 327. ZKP-a BiH, su novi dokazi, koji sami za sebe ili u vezi sa već izvedenim dokazima, mogu uticati da se u ponovljenom postupku osuđena osoba osudi po blažem zakonu ili da su dokazi takvog karaktera da prouzrokuju oslobađanje osuđene osobe. U konkretnom slučaju, osuđeni je predložio izvođenje novih dokaza koji bi mogli uticati na visinu kazne ako bi ih se tretiralo kao dokaze kojima se dokazuju olaškavajuće okolnosti izvršenja krivičnog djela od strane osuđenog.

Međutim, takav osnov ne predviđa član 327. stav 1. tačka c), ZKP BiH te je vijeće mišljenja da se ponavljanje postupka ne može dozvoliti ukoliko su nove činjenice ili dokazi takve prirode da mogu prouzrokovati samo blaže odmjeravanje kazne, te se stoga zahtjev osuđenog u kojem od predlaže ponavljanje postupka kako bi se izveli dokazi koji bi uticali na odmjeravanje blaže kazne osuđenom, ne može prihvatiti kao osnovan. U tom smislu je ispravna odluka prvostepenog suda kojom je odbačen zahtjev osuđenog kao neosnovan, te isto mišljenje dijeli i ovo vijeće iz naprijed navedenih razloga.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 1 K 021158 16 Krž od
25.05.2016. godine)

2. GRADANSKO PRAVO

2.1. MATERIJALNO PRAVO

2.1.1. Skriviljeno lišenje slobode isključuje pravo na naknadu štete

Kada osumnjičeni svojim postupcima prouzrokuje određivanje mjere pritvora, prema odredbi člana 436. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, ne pripada mu pravo naknade štete bez obzira na činjenicu da je u krivičnom postupku oslobođen optužbe.

Iz obrazloženja:

Utvrđene činjenice nesumnjivo ukazuju da je tužitelj i pored saznanja da je 22.09.2009. godine pozvan radi davanja iskaza, istog dana u ranim jutranjim satima u 03,30 pokušao napustiti teritoriju Bosne i Hercegovine. Tužitelj nije obavijestio Tužilaštvo BiH o nemogućnosti dolaska na zakazano saslušanje, niti je u parnici dao objektivne i argumentovane razloge, potkrijepljene relevantnim dokazima o razlozima napuštanja Bosne i Hercegovine baš na dan zakazanog saslušanja. Preduzete radnje usmjerene su na onemogućavanje Tužilaštva u vršenju poslova iz njegove nadležnosti i predstavljaju nedopušteno ponašanje. Takvim postupcima tužitelj je prouzrokovao određivanje mjere pritvora, pa mu shodno članu 436. stav 3. ZKP BiH, ne pripada pravo na naknadu štete bez obzira na činjenicu da je u krivičnom postupku oslobođen optužbe.

Stoga drugostepeno vijeće zaključuje da je tužbeni zahtjev lišen pravnog osnova jer su ostvareni zakonom propisani razlozi koji isključuju odgovornost tužene. Iz navedenog razloga je žalba tužene usvojena i prvostepena presuda preinačena u usvajajućem dijelu na način da je odbijen kao neosnovan zahtjev za naknadu nematerijalne štete koja se potražuje zbog neosnovanog lišenja slobode.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 014465 14 Gž od 16.09.2015. godine)

2.1.2. Primjena Zakona o osiguranju depozita u bankama Bosne i Hercegovine na isplatu osiguranog iznosa na oročena novčana sredstva u svrhu osiguranja kredita

Da bi se ostvarile zakonske pretpostavke za isplatu po osnovu osiguranog depozita namjenski oročenog iznosa u svrhu osiguranja kredita, potrebno

je da je banka koje je izgubila dozvolu za rad, oročeni iznos prijavila kao prikladni depozit i da je ušao u osnovicu za obračun premije osiguranja.

Iz obrazloženja:

Prvostepeni sud je kao relevantnu činjenicu kod odlučivanja o tužbenom zahtjevu cijenio ugovorni odnos između tužitelja i „B.Banke“ a.d. B. u kome se tužitelj saglasio da oročenim pologom kao sredstvom za obezbjeđenje ugovora o kreditu raspolaže banka. Nesumnjivo je da je tužiteljev polog, u smislu odredbe člana 1038 Zakona o obligacionim odnosima, oročeni novčani depozit sa posebnom namjenom. Međutim, utvrđenje da sa novčanim iznosom raspolaže banka ne mijenja vrstu depozita, niti stvara drugačije pravne posljedice. Činjenica da je banka raspolagala deponovanim sredstvima ima značaj samo u sporu između tužitelja i banke ugovarača, ali ne i u odnosu na tuženu.

Naime, tužena je osnovana Zakonom o osiguranju depozita u bankama Bosne i Hercegovine (Sl. glasnik BiH br. 20/02 sa izmjenama) sa svrhom osiguranja prikladnih depozita fizičkih i pravnih lica u bankama članicama. Stoga je kao relevantno pitanje za odgovornost tužene ne mogu biti ugovorni odnosi tužitelja i banke, nego utvrđenje činjenice da li je tužiteljev oročeni depozit u svrhu obezbjeđenja kredita, bio predmet osiguranja. Za odgovornost tužene nema značaja ni utvrđenje prvostepenog suda da je u Ugovoru o namjenski oročenom pologu od 13.12.2013. godine u članu 3 regulisao da će banka osigurati sredstva na računu namjenskog depozita kod tužene do iznosa od 35.000,00 KM, jer samo ugovaranje banke članice ne obavezuje tuženu, nego je obavezuje uplaćena premija osiguranja. Prema odredbi člana 10 Zakona o osiguranju depozita u bankama Bosne i Hercegovine, osnovica za obračun premije osiguranja banke članice koja učestvuje u osiguranju depozita utvrđuje se nakon isključenja sredstva definisanih u članu 5, na osnovu prosječnog prikladnog depozita na kraju svakog mjeseca, uvećani za obračunate kamate.

Član 2 tačka 4 citiranog zakona, prikladni depozit, koji čini osnovicu za obračun premije osiguranja, definiše se kao ukupan iznos svih sredstava koji rezultiraju iz depozita, štednih računa i certifikata banke koje je deponent deponovao u banci članici umenjen za isključenja iz člana 5.

Član 5 istog zakona propisuje da prikladni depozit ne uključuje taksativno nabrojana sredstva među kojima pod tačkom 4 isključuje depozit koji se čuva u aranžmanu pohranjivanja sa bankom.

Iz načina utvrđivanja premije osiguranja propisane članom 10 zakona, proizilazi da je tužena vršila utvrđivanje osnovice premije osiguranja prvenstveno

isključivanjem sredstva definisanih članom 5, a potom utvrđivanjem prosječnog prikladnog depozita na kraju svakog mjeseca. Dakle, za utvrđivanje premije osiguranja bitna je priroda i svrha depozita koja se mogla utvrditi samo iz podataka koje je dostavila banka članica i od kojih podataka je zavisila i visina premije za svaku banku članicu, da bi tužene shodno stavu 3 člana 10, dostavila fakturu za uplatu premije osiguranja depozita. Citirane odredbe prvostepeni sud je propustio primjeniti što je imalo za posljedicu da je izveo paušalan zaključak da utuženi novčani iznos položen na ime depozita nije isključen iz osiguranja. Tužitelj svoj tužbeni zahtjev ne može zasnivati samo na činjenici da je imao deponovana sredstva kod banke članice tužene koja je izgubila dozvola za rada i na dužnosti tužene propisane članom 12.2.1 Zakona o osiguranju depozita u bankama Bosne i Hercegovine na isplatu, jer ova odredba tu obavezu reguliše samo u odnosu na osigurane iznose prikladnih depozita. U slučaju spora između deponenta i tužene o prirodi depozita, tužitelj je dužan dokazati da je sporni depozit banka prijavila kao prikladni depozit ili da je ušao u osnovicu za obračun premije osiguranja, na koje okolnosti tužitelj nije provodio dokaze.

Stoga je drugostepeno vijeće, nakon otklanjanja propusta u primjeni materijalnog prava, zaključilo da tužbeni zahtjev nije osnovan pošto nije utvrđeno da su se ispunile zakonske pretpostavke odgovornosti tužene za isplatu utuženog iznosa, što navode žalbe tužene čini osnovanim.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 018818 16 Gž od 03.06.2016. godine)

2.1.3. Materijalna šteta u vidu zateznih kamata na iznos privremeno oduzetog novca

Kada je privremeno oduzimanje novčanih sredstva izvršeno neposredno od imaoca, njegova imovina nije umanjena za iznos zateznih kamata, pa usljed izostanka postojanja štete nije ispunjen osnovni preduslov za odgovornost Bosne i Hercegovine da nakon povrata sredstava nadoknadi štetu po ovom osnovu.

Iz obrazloženja:

Cijeneći nespornu činjenicu da je tužitelju privremeno oduzeti novac vraćen rješenjem donesenim na osnovu odluke Ustavnog Suda BiH, prvostepeni sud je primjenom odredbe člana 154, 155 i 278 Zakona o obligacionim odnosima

zaključio da je osnovan tužbeni zahtjev za naknadu materijalne štete u visini zakonskih zateznih kamata obračunatih za period privremenog oduzimanja novca. Žalba tužene osnovano ukazuje da je usvajajući dio prvostepene presude zasnovan na pogrešnoj primjeni materijalnog prava.

Naime, u odredbama Zakona o obligacionim odnosima na koje se pozvao prvostepeni sud, nema osnova za dosuđenje materijalne štete u vidu zakonskih zateznih kamata na iznos privremeno oduzetih novčanih sredstava. Odredba člana 155 ZOO običnu štetu definiše kao umanjenje imovine i članom 154 stav 1 obavezuje štetnika da je nadoknadi. Tužiteljeva sredstva nisu umanjena zbog činjenice da su bili predmet privremenog oduzimanja jer su vraćena u valuti u kojoj su oduzeta i u istom iznosu. Nadalje, u vrijeme oduzimanja novčana sredstva nisu bila položena na bankovnom računu da bi usljed činjenice oduzimanja novca tužiteljeva imovina umanjena za iznos kamate koje je trebao ostvariti. Tužitelj je novac držao kod sebe pa oduzimanjem novca tužena nije nanijela štetu u vidu umanjenja imovine za ostvarene kamate.

U pogledu zahtjeva za naknadu materijalne štete iz osnova zakonskih zateznih kamata na iznos oduzetog novca nije ispunjen preduslov za odgovornost tužene, a to je postojanje štete. Budući da imovina tužitelja nije umanjena za iznos zateznih kamata, nema zakonskog osnova da se tužena obaveže da isplatu utuženog iznosa, usljed čega je u ovom dijelu tužbeni zahtjev neosnovan. Stoga je bilo nužno usvojiti žalbu tužene i u ovom dijelu prvostepenu presudu preinačiti i odbiti tužbeni zahtjev.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 015259 14 Gž od
026.10.2015. godine)

2.1.4. Zakonska ograničenja nisu osnov obavezivanja na naknadu štete

Ukoliko je pravno lice pravilno primjenjivalo važeću zakonsku odredbu koja nameće određena ograničenja, nisu ostvareni uslovi za odgovornost pravnog lica primjenom odredbe člana 172. ZOO.

Iz obrazloženja:

Tužitelj bavi privrednom djelatnošću prometa duhanskih preradevina, koje se prema važećim zakonskim odredbama tretiraju akciznom proizvodom čiji promet ili uvoz je oporezovan, a obveznik poreza je pravno lice koje akcizne proizvode uvozi ili proizvodi. Danom stupanja na snagu Zakona o akcizama u Bosni i

Hercegovini (Sl. glasnik BiH br 49/09) poreski obveznici su prema odredbi člana 45. stav 1. i 2. bili dužni popisati zalihe akciznih proizvoda, na zatečene zalihe izvršiti obračun akcize prema odredbama tog zakona, dostaviti popisni list i uplatu razlike akcize drugotuženom. Isti je primjenom stava 5, 6 i 7 citiranog člana bio dužan nakon izvršenog popisa prijaviti nove maloprodajne cijene u propisanom roku, zatečene zalihe prodavati po novim maloprodajnim cijenama, a prerađevine označene starim poreskim markicama, prodavati najduže 6 mjeseci od dana početka primjene zakona. Odluka o utvrđivanju posebne i minimalne akcize na cigarete (Sl. glasnik BiH br. 91/09) u članu 4. stav 7. propisala je da se cigarete koje su označene markicama izdatim od 01.07.2009.-31.12.2009. godine mogu prometovati najduže 3 mjeseca od dana početka primjene Odluke.

Među parničnim strankama je nesporno da je tužitelj izvršio popis duhanskih prerađevina sa markicama izdatim do 01.07.2009. godine, ne samo u odnosu na zatečene zalihe nego i duhanske prerađevine koje su vraćene u skladište od distributera i da je izvršio popis cigareta obilježenih markicama do 31.12.2009. godine. Nesporno je i da je tužitelj izvršio plaćanje razlike akcize, te činjenica da zatečene zalihe nije prodao u propisanim rokovima.

Tokom parničnog postupka tužitelj se pozivao na odredbe o vlasničkim pravima sa svrhom da odgovornost za naknadu štete veže za sam sadržaj i posljedice odredbi koje propisuju vremensko ograničenje u kome je dozvoljeno vršiti prodaju duhanskih proizvoda sa starim akciznim markicama. Ovaj razlog ne može biti osnov odgovornosti pravnog lica koje je pravilno primjenjivalo zakonsku odredbu koja je na snazi, te je prvostepeni sud prihvativši pravno shvatanje tužitelja, izvršio preispitivanje usaglašenosti zakonske odredbe iz oblasti akciza sa Ustavom sa aspekta vlasničkih prava, za šta nije ovlašten u parničnom postupku, a da pri tome nije raspravio osnov solidarne odgovornosti prvotuženog kao donosioca zakona, drugotuženog kao upravne organizacije ovlaštene za primjenu zakona i trećetužene ovlaštene za donošenje podzakonskog akta, na što pravilno ukazuje drugostepeno vijeće.

Suprotno shvatanju revidenta, revizijsko vijeće zaključuje da je drugostepeno vijeće pravilno ukazalo da je predmet tužbenog zahtjeva naknada štete, te se kao sporno među parničnim strankama može raspravljati o osnovu odgovornosti tuženih, a nikako o pitanju ograničenja prava vlasništva. Pravni odnos u koji je tužitelj stupio sa tuženim nije zasnovan na njegovom pravu vlasništva na predmetnim duhanskim proizvodima, nego na nastaloj poreskoj obavezi u kojem postupku odluke tuženih nisu imale bilo kakve pravne reperkusije na pitanje vlasništva. Stoga se među parničnim strankama u sporu za naknadu štete kao sporno pitanje i ne može pojaviti utvrđenje da li važeća zakonska odredba nameće

ograničenja koja su suprotna Ustavu BiH budući da ovaj sud nije ovlašten za ocjenu ustavnosti zakonskih odredbi. Deklarativnim pozivanjem na odredbe Evropske konvencije prvostepeni sud nije dao razloge za njenu direktnu primjenu, niti po ocjeni ovog vijeća za to u ovom sporu ima osnova, budući da je postupanje tuženih regulisano važećom zakonskom odredbom koja uređenje oporezivanja prometa akciznih proizvoda, pa ograničenja nametnuta ovim zakonom predstavljaju legitimno pravo države.

I prema shvatanju revizijskog vijeća u predmetnom slučaju je od strane prvostepenog suda došlo do pogrešne primjene odredbi Zakona o vlasničkopravnim odnosima iz razloga što iste ne mogu biti osnov odgovornosti za štetu proizašlu iz rada državnih organa. Šteta je nastala iz osnova primjene odredbi Zakona o akcizama i Odluke o utvrđivanju posebne i minimalne akcize za 2010. godinu, čije odredbe nisu stavljene van snage niti proglašene neustavnim od strane nadležnog Suda, kako to pravilno zaključuje drugostepeno vijeće. Suprotno shvatanju revidenta, pitanje odgovornosti tuženih za štetu nastalu za tužitelja usljed činjenice da nije mogao prodati nespornu količinu popisanih duhanskih proizvoda nakon proteka zakonom propisanog roka, te činjenice da je imao troškove skladištenja za iste u utuženom periodu, može cijeniti isključivo primjenom odredbi člana 172 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima. Osnov odgovornosti, primjenom citirane odredbe, ostvaruje se ukoliko je trećim licima nastala šteta u vršenju ili u vezi sa vršenjem funkcija pravnog lica, a koja je proizašla iz nezakonitog ili nepravilnog rada. Nezakonit rad podrazumijeva postupanje protivno pravnim normama, dok se nepravilan rad definiše kao postupanje protivno uobičajnom i propisanom načinu obavljanja djelatnosti. Budući da su tužene preduzele radnje zabrane prodaje duhanskih proizvoda sa starim akciznim markicama nakon isteka propisanih rokova, pravilno su primjenjene važeće zakonske norme, te stoga nema osnova odgovornosti za utuženu štetu.

U konkretnom slučaju tužitelju je zabranjeno prometovanje akciznom robom nakon proteka roka u skladu sa izričitom zakonskom odredbom i odredbom podzakonskog akta, koju odluku je donio upravni organ u okviru svoje nadležnosti i na propisan način. Stoga nije pravilno zaključivanje prvostepenog suda da se krivica tuženih ogleda u prouzrokovanju štete jer su svojim postupanjem ugrozili pravo na imovinu tužitelja. Ovakav zaključak suprotan je samoj pravnoj prirodi odgovornosti pravnih lica za štetu jer shodno članu 172 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima bez protupravnosti u radnjama državnih organa, nema ni odgovornosti za štetu.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 007950 16 Rev od
01.06.2016. godine)

2.1.5. Osnov odgovornosti poslodavca za naknadu štete uzrokovane radnjama drugog zaposlenika

Kada je šteta proizašla iz krivice zaposlenika, osnov odgovornosti poslodavca prema drugom zaposleniku - oštećenom, ne proizlazi iz odredbe člana 172. Zakona o obligacionim odnosima, nego iz obaveze na naknadu štete pretrpljene na radu i u vezi sa radom propisane odredbama radnopravnog zakonodavstva.

Iz obrazloženja:

Osnovano žalba tužene ukazuje na pogrešnu primjenu materijalnog prava kod utvrđivanja odgovornosti tužene u naknadi utužene štete. Naime, odgovornost tužene prvostepeni sud je zasnovao na odredbi člana 172 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima koja propisuje odgovornost pravnog lica za štetu koju radnik uzrokuje trećoj osobi na radu ili u vezi sa radom. Pri primjeni materijalnog prava, prvostepeni sud se očigledno rukovodio činjenicom da je za tužitelja nastala šteta usljed krivice zaposlenika tužene koji je upravljajući putničkim vozilom u vlasništvu tužene, izazvao saobraćajnu nezgodu. Međutim, sud nije imao u vidu činjenicu da je u vrijeme štetnog događaja, tužitelj bio na službenom putovanju po nalogu tužene i da u štenom događaju u odnosu na tuženu nema status trećeg lica, bez obzira što je uzročnik štete drugi zaposlenik tužene. Tužitelj je štetu pretrpio na radu i u vezi sa radom za koju odgovara poslodavac po odredbi člana 70 stav 6 Zakona o radu u institucijama BiH (Sl. glasnik BiH br. 7/05 sa izmjenama). Stoga se odgovornost tužene u konkretnom sporu ne može vezivati za radnje drugog zaposlenika koji je štetu skrivio, nego za zakonsku obavezu poslodavca na naknade štete pretrpljene na radu i u vezi sa radom. Uzročno posljedična veza između radnji zaposlenika koji je upravljao vozilom u vlasništvu tužene nema značaja u ovom sporu i relevantna je isključivo ukoliko tužena postavi regresni zahtjev prema licu koje je štetu uzrokovalo.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 019364 15 Gž od 12.02.2016. godine)

2.1.6. Uticaj nemogućnosti ostvarivanja prava iz penzijskog osiguranja na zakonitost odluke o prestanku radnog odnosa

Zakonitost i pravilnost odluke o prestanku radnog odnosa ne utvrđuje se sa aspekta ostvarivanja prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, jer je postupak penzionisanja potpuno odvojen od postupka donošenja odluke o prestanku radnog odnosa.

Iz obrazloženja:

Iz provedenih dokaza nesumljivo proizilazi da je tužilac u momentu donošenja pobijanih rješenja ostvario ukupno 40 godina penzijskog staža.

Prema odredbi člana 119. stav 1. tačka 3. Zakona o policijskim službenicima BiH osnov za prestanak radnog odnosa policijskom službeniku je navršenih 65 godina života i zakonom propisani penzijski staž ili 40 godina penzijskog staža.

Smisao navedene odredbe je da policijskom službeniku po sili zakona prestaje radni odnos kada navrši 40 godina penzijskog staža, odnosno da mu automatski prestaje status policijskog službenika.

Predmet ovog spora je zakonitost i pravilnost rješenja tužene o prestanku radnog odnosa, a ne rješavanje prava na penziju tužioca. Postupak prestanka radnog odnosa je odvojen od postupka ostvarivanja prava na penziju.

Nemogućnost ostvarivanja prava na starosnu penziju tužioca po Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srpske, koji je do posljednjih izmjena bio u skladu i sa Zakonom o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine, nije osnov za primjenu odredbi člana 9 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, člana 22 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima (pravo na socijalno osiguranje), člana 6 Evropske konvencije, člana 1 Protokola broj 1 Evropske konvencije (pravo na imovinu) i člana 14 Evropske konvencije (pravo na nedskriminaciju), jer su i po shvatanju revizijskog vijeća pobijana rješenja u skladu sa odredbom člana 119. stav 1. tačka 3. Zakona o policijskim službenicima Bosne i Hercegovine.

U konkretnom slučaju utvrđuje se zakonitost i pravilnost rješenja o prestanku radnog odnosa, ali ne sa aspekta ostvarivanja prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, jer je postupak penzionisanja potpuno odvojen od postupka za donošenje pobijanih odluka o prestanku radnog odnosa.

Tačno je da tužilac pripada grupi lica – graničnim policajcima koji imaju mjesto prebivališta na području Republike Srpske, i da je prema Zakonu o PIO RS pored

godina penzijskog staža (40 godina) potrebno ispuniti i drugi uslov koji se odnosi na godine života (60 godina života muškarac), što nije uslov za lica koja pravo na penziju ostvaruju kog Fonda PIO Federacije BiH.

Međutim, zbog različitih uslova za sticanje prava na penziju koja su propisana entitetskim zakonima, u konkretnom slučaju nema diskriminacije od strane tužene jer je tužena kao poslodavac bila dužna da primjeni Zakon o policijskim službenicima prema svim policijskim službenicima na isti način, bez obzira na mjesto prebivališta, odnosno bez obzira u kojem entitetu ostvaruju pravo na penziju.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 014403 15 Rev od
24.12.2015. godine)

2.1.7. Zaštita od štetnih posljedica prijavljivanja diskriminacije

Lice koje trpi posljedice prijavljivanja diskriminacije ili učestvovanja u pravnom postupku za zaštitu od diskriminacije, ovlašteno je da posljedice viktimizacije otklanja u prekršajnom postupku, a ne u redovnom parničnom postupku.

Iz obrazloženja:

Konkretno tužiteljica je opredijelila tužbene zahtjeve na utvrđenje da su tuženi kao izraz revanšizma zbog pokrenutih postupaka zaštite od mobinga i diskriminacije nastavili sa povredom prava tužiteljice na jednako postupanje, odnosno da sud utvrdi da je ocjena rada za 2013. godinu donijeta kao izraz viktimizacije.

U takvoj situaciji pravni osnov se mogao jedino cijeniti kroz odredbu člana 18. Zakona o zabrani od diskriminacije BiH tako da povreda iz člana 18 predstavlja prekršaj za koji je u prekršajnom postupku propisana novčana kazna u smislu člana 21. istog zakona, a da se ne radi o obliku diskriminacije koji je propisan odredbom člana 12 tog zakona. Dakle u ovakvoj situaciji predmet prvo postavljenog tužbenog zahtjeva je mogao biti samo prekršajni, a ne redovan parnični postupak.

To se isto odnosi i na postavljeni tužbeni zahtjev opredijeljen na utvrđenje da je ocjena rada za 2013. godinu izraz viktimizacije.

S obzirom da se u parničnom postupku nije mogla utvrđivati osnovanost tuženog zahtjeva iz osnova viktimizacije, nije bila ni moguća primjena člana 200 Zakona o obligacionim odnosima kao novčana naknada za nematerijalnu štetu po osnovu

umanjenja opšte životne aktivnosti, pretrpljene duševne bolove i straha, jer se ne radi o diskriminaciji za koju se, prema članu 12 tačka c) Zakona o zabrani diskriminacije, može tražiti i nematerijalna šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih navedenim zakonom.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 016322 16 Gž 2 od
04.07.2016. godine)

2.2. PROCESNO PRAVO

2.2.1. Predparnični troškovi

Troškovi nastali u postupku obaveznog obraćanja radi postizanja sporazuma o postojanju štete i visini naknade, ne mogu se potraživati u vidu materijalne štete, nego predstavljaju dio ukupnih troškova parničnog postupka.

Iz obrazloženja:

Odlučujući o zahtjevu za naknadu materijalne štete koja se odnosi na nagradu punomoćniku za sastav podneska upućenog nadležnom ministarstvu, prvostepeni sud je pogrešno primjenio materijalno pravo. Naime, odredbom člana 433 stav 2 Zakona o krivičnom postupku BiH (Sl. glasnik BiH br. 36/06 sa izmjenama) tužitelj je bio dužan prije podnošenja tužbe obratiti se zahtjevom radi postizanja sporazuma o postojanju štete i visini naknade, što je nesumnjivo i učinio putem punomoćnika. Žalba tužitelja osnovano ukazuje da su na ovaj način za tužitelja nastali troškovi. Međutim, tužitelj neosnovano ove troškove potražuje u vidu materijalne štete jer po odredbi člana 320 Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH imaju karakter troškova učinjenih u povodu parnice. Naime, obraćanje nadležnom ministarstvu ima značaj pozitivne procesne pretpostavke od koje zavisi dopustivost pokretanja parničnog postupka čije nepoštivanje ima za sankciju odbacivanje tužbe. Stoga ove troškove treba kvalifikovati kao parnične troškove nastale u povodu parnice i kao opravdane u smislu člana 324 stav 1 citiranog zakona i potraživati u sklopu ukupnih parničnih troškova, a ne kao materijalnu štetu kako to tužitelj neosnovano potražuje. Cijeneći da je odredbom člana 2 stav 2 Tarife o nagradi i naknadi troškova za rad advokata FBiH propisano da za obrazložene podneske sa odštetnim zahtjevom pripada 50% nagrade iz člana 12, to je prvostepeni sud pogrešno zaključio da su troškovi sačinjavanja predmetnog podneska obuhvaćeni nagradom za sačinjavanje tužbe.

Nakon otklanjanja ukazanih nedostatka u primjeni materijalnog prava, a cijeneći da shodno članu 20 stav 3 Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, sud nije vezan za pravni osnov, drugostepeno vijeće je zaključilo da tužitelj neosnovano potražuje naknadu materijalne štete sa zakonskom zateznom kamatom na ime sačinjavanja podneska za mirno rješenje spora, ali da mu pripada pravo na naknadu u sklopu troškova parničnog postupka. Stoga je prvostepena presuda preinačena u

ovom djelu na način da je o ovom zahtjevu odlučeno u okviru ukupnih troškova spora.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 018936 16 Gž od 05.04.2016. godine)

2.2.2. Troškovi potrebni radi vođenja parnice

Prijedlog za donošenje dopunskog rješenja o troškovima podnesen istovremeno i iz istih razloga iz kojih je izjavljena žalba, nema karakter troškova potrebnih za vođenje parnice.

Iz obrazloženja:

Podneskom je tužitelj zahtijevao donošenje dopunskog rješenja o troškovima jer je sud u osnovnom rješenju propustio odlučiti o troškovima nastalim nakon donošenja presude i troškovima drugostepenog postupka, te zahtijeva nadoknađivanje troškova podneska o kojem je sud donio odluku. Međutim, istog dana tužitelj je izjavio žalbu na rješenje čiju dopunu zahtijeva drugim podneskom. Uvidom u prijedlog i žalbu utvrđeno je da se u oba podneska zahtijeva nadoknađivanje istih troškova, s tim što su navodi žalbe prošireni u pogledu visine naknada za svaku pojedinu radnju. Stoga prijedlog za donošenje dopunskog rješenja podnesen istovremeno i iz istih razloga iz kojih je izjavljena žalba, nema karakter troškova potrebnih za vođenje parnice, te je prema zaključku drugostepenog vijeća neopravdano dosuđen dopunskim rješenjem.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 P 016700 16 Gž 2 od 03.06.2016. godine)

3. UPRAVNO PRAVO

3.1. MATERIJALNO PRAVO

3.1.1. Usluge gradskog i prigradskog prijevoza putnika podliježu obračunavanju i plaćanju PDV-a

Odobreni iznos sredstava u vidu subvencije u novcu vršiocu usluga gradskog i prigradskog prijevoza putnika s ciljem nadoknade troškova energenata ulazi u poresku osnovicu u smislu odrebe člana 20. stav 1. Zakona o porezu na dodanu vrijednost.

Iz obrazloženja:

Nema osnova prigovor tužitelja o povredi odredbe člana 20. Zakona o PDV („Službeni glasnik BiH“ broj: 9/35, 35/05 i 100/08). Naime, navedena odredba propisuje da poreska osnovica prometa dobara i usluga jeste oporezivi iznos naknade (u novcu, stvarima ili uslugama) koju obveznik primi ili treba da primi za isporučena dobra ili pružene usluge, uključujući i subvencije koje su neposredno povezane sa cijenom tih dobara ili usluga u koju nije uključen PDV, osim ako ovim zakonom nije drugačije propisano. To znači da osnovicu za obračun PDV čini naknada ostvarena za promet dobara ili pružanje usluga. Naknada u načelu predstavlja tržišnu vrijednost odnosno sve ono što primalac dobara ili usluga treba dati ili platiti za isporučena dobra ili pružene usluge, osim poreza na dodatu vrijednost.

Pravilno je vijeće za upravne sporove, uvidom u predmetni spis, utvrdilo da je u postupku kontrole utvrđeno da je osnivač tužitelja kao javnog preduzeća, Kanton Sarajevo, te da je navedeno preduzeće registrovano za obavljanje djelatnosti gradskog i prigradskog prevoza putnika, a koju djelatnost je obavljao i u kontrolisanom periodu saglasno Zakonu o komunalnim djelatnostima (Službene novine Kantona Sarajevo broj 31/04 i 42/05). Usluge gradskog i prigradskog prevoza putnika u smislu odredbe člana 3. stav 1. tačka 1. i člana 8. Zakona o PDV podliježu obračunavanju i plaćanju PDV. Dalje iz dokaza proizlazi da je Vlada Kantona Sarajevo dala saglasnost na odluku o usklađivanju cijena prevoznih usluga broj 37/320 od 12.09.2004. godine kojom je utvrđena pojedinačna i mjesečna cijena karte, tako da cijena mjesečne građanske karte iznosi 53,00 KM u prvoj zoni, a cijena mjesečne karte za penzionere 14,00 KM, za đake 31,90 KM i za studente 33,00 KM. To su cijene za povlašćene korisnike (penzionere, đake, studente) i iste su niže od cijene koštanja građanske mjesečne karte, pa je stoga

Vlada Kantona Sarajevo u kontrolisanom periodu tužitelju na ime subvencije tekućeg poslovanja za energente doznačila sredstva u iznosu od 4.349.998,00 KM primjenom odredbe člana 23. Zakona o komunalnim djelatnostima. Navedenom odredbom je propisano da visinu cijene komunalne usluge predlaže davalac usluge, a stvarnu cijenu usvaja Vlada Kantona. Stavom 6. člana 23. Zakona o komunalnim djelatnostima je propisano da ukoliko se cijena usluge utvrdi u nižem iznosu od stvarne cijene koštanja, razliku sredstava će nadoknaditi Kanton, grad ili opština. Iz navedenog proizlazi, po shvatanju ovog vijeća, da je Vlada Kantona Sarajevo kao osnivač tužitelja, u skladu sa Zakonom o komunalnim taksama utvrdila cijenu karte koja je niža od stvarne cijene koštanja, da je tužitelju odobrila sredstva na ime subvencije energenata u cilju nanada razlike između postojeće - stvarne cijene koštanja mjesečne građanske karte i cijene mjesečne karte za povlaštene korisnike, na šta je i bila u obavezi prema odredbi člana 23. Zakona o komunalnim djelatnostima.

Stoga suprotno shvatanju tužitelja, apelaciono vijeće zaključuje da odobreni iznos sredstava predstavlja oblik subvencije-direktno davanje u novcu vršiocu usluga gradskog i prigradskog prevoza putnika s ciljem da nadoknadi troškove energenata koji predstavljaju najznačajniji element koštanja mjesečnih karata kako ne bi došlo do povećanja cijene istih za povlaštene kategorije stanovništva. Pravilno je tužena odobreni iznos uključila u poresku osnovicu za kontrolisani period primjenom člana 20. stav 1. Zakona o PDV, pa je iz tog razloga neosnovan prigovor tužitelja da doznačeni iznos sredstava po osnovu subvencije za energente nije neposredno povezan sa cijenom usluga prevoza. Iz dokaza u spisu također proizlazi da su iz Budžeta Kantona Sarajevo tužitelju pored gore navedenih sredstava, doznačena i sredstva na ime primjene kolektivnog ugovora u iznosu od 2.312.167,00 KM, te sredstva na ime pokrivanja dijela gubitka u iznosu od 17.317.075,66 KM i na ta sredstva nije izvršen obračun PDV jer ista nisu direktno povezana sa cijenom usluga prevoza.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj S1 3 U 016745 16 Uvp od
24.10.2016. godine)

3.1.2. Posebna shema za naplatu PDV-a na promet povezan s građevinskim radovima

*Kod prometa dobara i usluga koje su u vezi sa izgradnjom novih zgrada,
kao i radova na renoviranju, proširivanju i održavanju postojećih zgrada,*

obavezna je primjena Posebne sheme za naplatu PDV-a. Obveznik plaćanja PDV-a je lice kojem se vrši isporuka i ispostavlja faktura, a ne lice koje isporučuje dobra ili usluge kao u Općoj shemi.

Iz obrazloženja:

Prvostepeni organ je konstatovao da je poreski obveznik tj. tužitelj u kontrolisanom periodu ostvario oporezivi promet, kao izvođač i kooperant, na osnovu izvođenja građevinskih radova na građevinskim objektima, te je na izvođenju građevinskih radova zaključio ugovore o izgradnji kao i ugovore u kooperantskim odnosima u cilju izgradnje objekata na području Prnjavora, Banja Luke i drugih opština, a koji promet podliježe plaćanju PDV-a prema posebnoj šemi propisanoj Zakonom o PDV-u i utvrdio da PDV zaračunat od strane kooperanta po ispostavljenim fakturama kontrolisani poreski obveznik nije plaćao, ali da je isti PDV koristio kao svoj ulazni PDV. Tužitelj kao izvođač radova je bio u obavezi da u pogledu PDV-a obračunatog na fakturama koje su mu ispostavili kooperanti postupi saglasno Posebnoj shemi za plaćanje PDV-a na promet povezan sa građevinskim radovima, te da nije mogao koristiti PDV po predmetnim fakturama kao ulazni porez sa pravom na odbitak prije nego što isti bude plaćen UIO, shodno članu 42. Zakona o PDV.

Pravilan je zaključak vijeća za upravne sporove kada prihvata kao zakonito rješenje tužene, jer se radi o prometu dobara i usluga koji je povezan sa građevinskim radovima za koje je shodno članu 40. Zakona o PDV-u (Službeni glasnik BiH broj 9/05 i 35/05) propisana obavezna primjena Posebne sheme prema kojoj se obaveza plaćanja PDV kod prometa dobara i usluga koje su u vezi sa izgradnjom novih zgrada, kao i radove na renoviranju, proširivanju i održavanju postojećih zgrada, se prebacuje na lice kojem je izvršen promet u vezi sa izgradnjom te imovine. Funkcionisanje Posebne sheme je propisano odredbom člana 41. Zakona o PDV po kojoj je izvođač radova koji je angažovao kooperanta za promet dobrima i uslugama koje utiču na izvođenje građevinskih radova koje vrši izvođač, obveznik plaćanja PDV koji mu obračuna kooperant. Stav 2. istog člana propisuje da se plaćanje PDV koji kooperant obračuna izvođaču radova vrši pozivanjem na PDV identifikacioni broj kooperanta, a stav 3. propisuje da se dokaz da je izvođač izvršio plaćanje dostavlja kooperantu.

Nema osnova prigovor tužitelja da je u konkretnom slučaju došlo do pogrešne primjene materijalnog prava. Naime, tužitelj ne spori da nije primjenio Posebnu

shemu prilikom obračuna PDV-a, niti spori da je nabavka izvršena u svrhu obavljanja oporezivog poslovanja, niti spori činjenicu da nije izmirio poresku obavezu po fakturama ispostavljenim od strane kooperanata, a u suštini svoj zahtjev za preispitivanje odluke zasniva na svojoj tvrdnji kako je nepotrebna primjena Posebne sheme i zato daje svoje razloge i svoje viđenje šta je za rješavanje ovog spora relevantno.

Suprotno navodima tužitelja, vijeće za upravne sporove je pravilno zaključilo da je pobijano rješenje tužene pravilno i zakonito iz razloga što je u konkretnom slučaju kontrolom pravilno utvrđeno da je tužitelj u kontrolisanom periodu ostvario oporezivi promet, kao izvođač i kooperant, po osnovu izvođenja građevinskih radova na građevinskim objektima, a temeljem ugovora o izgradnji u ugovora i o kooperantskim odnosima, koji promet, shodno pravilnoj ocjeni poreskih organa, podliježe plaćanju PDV-a prema Posebnoj shemi u građevinarstvu. Pravilno je zaključeno da je tužitelj u podnesenim PDV prijavama, PDV zaračunat od strane kooperanta, iskazao kao svoj ulazni PDV sa pravom na odbitak, iako po ispostavljenim fakturama nije u ime kooperanta izvršio uplatu na fakturi obračunatog PDV-a, što je, suprotno tvrdnji tužitelja, u smislu člana 42. Zakona o PDV, propisano kao uslov za ostvarivanje prava izvođača radova na odbitak ulaznog PDV-a.

Ostvarivanje prava na odbitak ulaznog poreza u građevinarstvu drugačije je regulisano u odnosu na odredbu člana 32. Zakona o PDV, jer se primjenom Posebne sheme, pravo na odbitak priznaje samo na osnovu fakture ispostavljene od strane poreskog obveznika bez obzira na momenart plaćanja tih faktura, kao i plaćanja PDV sadržanog u ispostavljenim fakturama. Stoga se u građevinarstvu, pravo na odbitak ulaznog poreza, narednom učesniku u toj shemi – izvođaču radova priznaje tek na osnovu dokaza da je on i uplatio porez iskazan na fakturi koju mu je ispostavio prethodni učesnik - kooperant, nezavisno od činjenice kada će platiti fakturu. Stoga se ulazni porez ne priznaje po obračunskom principu kao kod Opće sheme, nego po gotovinskom principu, tj. tek nakon što izvođač uplati PDV po fakturi kooperanta na odgovarajući uplatni račun, a to iz razloga što odredba člana 40. Zakona o PDV propisuje da je obveznik plaćanja PDV lice kojem se vrši isporuka i ispostavlja faktura, a ne lice koje isporučuje dobra ili usluge kao u Općoj shemi.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj S1 3 U 014091 15 Uvp od
04.02.2016. godine)

3.1.3. Prestanak žiga zbog nekorištenja

Ako nositelj žiga ozbiljno ne koristi žig u neprekidnom periodu od 5 godina od dana upisa u registar žigova, odnosno od dana kada je posljednji put korišten, žig može prestati zbog nekorištenja. Posljedica nekorištenja žiga ukoliko nije opravdana, dovodi do prestanka žiga, te nositelj žiga mora snositi posljedice svojih propusta.

Iz obrazloženja:

Osporenim konačnim aktom tuženog odbijena je kao neosnovana žalba tužitelja izjavljena na rješenje Instituta za intelektualno vlasništvo BiH, broj: IP-03-47-4-06356/12PJ od 06.07.2012. godine, o prestanku prava međunarodno registriranog žiga „TRAUBISODA“ IR632778 zbog nekorištenja. U upravnom postupku tuženi organ je pravilno cijenio da je prijedlog zainteresovane strane za prestanak žiga „TRAUBISODA“ IR632778 zbog nekorištenja osnovan. Oспоравани žig je upisan u međunarodni registar 1995-03-14, a 1998-05-26 godine je izvršeno proširenje zaštite na Bosnu i Hercegovinu, tako da je isti registriran duže od pet godina od datuma podnesenog zahtjeva, u smislu odredbe člana 71. stav 1. Zakona o žigu. Nositelj žiga je imao mogućnost u smislu odredbe člana 71. stav 2. Zakona o žigu da dokaže da je koristio predmetni žig i to na način da dokaže stvarnu upotrebu koja podrazumijeva ne samo upotrebu koja služi za očuvanje prava koja proizlaze iz žiga, nego dokazati da se žig koristi ozbiljno i da isti bude dostupan u trgovačkom prometu u zemlji u kojoj važi.

I prema shvatanju apelacionog vijeća postupak pred upravnim organima je proveden u smislu Zakona o upravnim sporovima te su cijenjени svi dokazi koje je tužitelj dostavio o upotrebi predmetnog žiga u odnosu na proizvode za koje je registriran. Pravilno vijeće za upravne sporove cijeni zaključak tuženog organa da su dostavljeni dokazi od strane tužitelja nedovoljni jer iz istih tužitelj nije dokazao stepen zastupljenosti, trajanje, obim ili primjenu žiga na tržištu. Proizvodi za koje je registriran žig spadaju u kategoriju roba široke potrošnje, te količina od 1536 proizvoda od 2l i 1296 od 0,5l nije dovoljan pokazatelj ozbiljnog korištenja žiga, a posebno da predmetni žig u Bosni i Hercegovini važi od 26.05.1998.godine, a na bosansko-hercegovačkom tržištu se pojavljuje jedanput u 2010. godini, što također ne ukazuje na ozbiljno korištenje. Dobro poznati žigovi su oni koji su dostigli određen relevantan stepen prepoznatljivosti. Obično se smatra da žig je ispunio uslov opće prepoznatljivosti ako ga poznaje 70-80% stanovništva zemlje u kojoj se

traži zaštita, što iz dokaza koje je tužitelj dostavio tuženoj se ne može prihvatiti. Općepoznatost znaka ukoliko se utvrdi može biti jedan od razloga za proglašavanje žiga ništavim, ali nikako ne može biti opravdanje ili izgovor za nositelja da ne koristi žig, kako to pravilno zaključuje vijeće za upravne sporove.

U Bosni i Hercegovini se status žiga stiče registracijom, međutim ista nije obavezna. Nositeljima žiga je u privrednom prometu ostavljena mogućnost da odluče kada i da li žele podnijeti prijavu za zaštitu žiga, jer sticanjem prava na žig nositelj stiče određena prava, ali i obaveze. Jedna od obaveza je propisana članom 54. Zakona o žigu, a to je obaveza korištenja žiga, kao i posljedice neopravdanog nekorištenja. Dakle, ako nositelj žiga ozbiljno ne koristi žig u neprekidnom periodu od 5 godina od dana upisa u registar žigova, odnosno od dana kada je posljednji put korišten, žig može prestati zbog nekorištenja. Žig predstavlja teritorijalno pravo i vrijedi isključivo na teritoriji države za koju je registriran, te se shodno tome mora i koristiti na njenoj teritoriji, što se iz dokaza koji su priloženi u upravnom postupku ne može zaključiti.

U predmetnom slučaju se radi o registriranom žigu, kako to pravilno zaključuje i vijeće za upravne sporove, a što proizlazi iz utvrđenih činjenica da je Međunarodni biro WIPO u skladu sa Madridskim aranžmanom designirao na Bosnu i Hercegovinu međunarodni žig „TRAUBISODA“ IR632778 sa popisom roba i usluga u klasi 32 prema klasifikaciji ustanovljenoj Ničanskim aranžmanom o međunarodnoj klasifikaciji roba i usluga i to za robe: gazirana i bezalkoholna pića na bazi grožđa. Naime, odredbom člana 7. stav 1. tačka b. Zakona o žigu (Službeni glasnik BiH 53/10) je uređen obim zaštite koji se pruža znacima koji su opće poznati u smislu odredbe člana 6bis Pariške konvencije. Općepoznati znaci su znaci koji nisu registrovani, za razliku od žiga čiji je nositelj tužitelj.

Nema osnova isticanje razloga apsurdnosti (*argumentum ab absurdo*) jer isti razlog ne utiče na pravilnost i zakonitost pobijane presude. Naime ovaj argument se ističe isključivo u cilju izbjegavanja posljedica nekorištenja žiga. Zakon o žigu jasno propisuje obavezu nositelja žiga da svoj žig ozbiljno koristi, a koja činjenica nije dokazana od strane tužitelja u upravnom postupku, a niti u upravnom sporu. Prema pravnoj prirodi žig je subjektivno pravo što znači da pravna ili fizička osoba kojoj zaštićeni znak pripada, ima isključivo pravo stavljanja u promet proizvoda označenih žigom. To je i samostalno imovinsko i monopolsko pravo koje nositelju žiga garantuje ekskluzivno pravo korištenja znaka zaštićenog žigom, a ujedno je i apsolutno pravo jer ga nositelj može istaći prema svakoj osobi koja bi pokušala koristiti njegov žig za označavanje svojih proizvoda. Stoga, kada nositelj žiga neopravdano koristi svoj žig, takvim postupanjem on svojevolumeno „napušta“ svoje pravo. Odriče se svog monopolskog prava, isključivog prava na obilježavanje

žigom roba ili usluga za koje je priznat, prava isključive upotrebe te robe odnosno usluge, prava da zabrani trećim osobama da bez njegovog odobrenja upotrebljava znak koji je sličan ili isti znaku za robe odnosno usluge za koje je žig priznat i drugih prava.

(Presuda vijeća Apelacionog odijeljenja, broj S1 3 U 016297 15 Uvp od
25.03.2016. godine)

3.1.4. Utvrđivanje mjerodavnog – relevantnog tržišta preduslov je za utvrđivanje zloupotrebe vladajućeg - dominantnog položaja

Relevantno tržište proizvoda i/ili usluga u konkretnom slučaju, predstavlja tržište distribucije sportskih kanala sa fudbalskim sadržajima visokog kvaliteta koji uključuju i prenos Live paketa engleske Premijer lige u Bosni i Hercegovini, jer su u pitanju fudbalski sadržaji visokog kvaliteta koji nemaju uopće ili nemaju adekvatnu zamjenu.

Iz obrazloženja:

Mjerodavno tržište je preduslov za ocjenjivanje vladajućeg položaja i ima svoju proizvodnu, geografsku, a kadkad i vremensku dimenziju. Svaka zloupotreba vladajućeg položaja jednog ili više poduzetnika na zajedničkom tržištu ili na njegovom značajnijem dijelu, zabranjena je kao nespojiva sa zajedničkim tržištem. Vladajući-dominantan položaj podrazumjeva položaj privredne moći koju uživa poduzetnik koja mu omogućava da spriječi održavanje učinkovitog tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, dajući mu snagu da se ponaša u značajnoj mjeri neovisno od njegovih konkurenata, njegovih kupaca, te konačno od potrošača.

Vladajući položaj na tržištu nije sam po sebi zabranjen, već samo njegova zloupotreba. Stoga, da bi se mogla utvrditi zloupotreba vladajućeg - dominantnog položaja, mora se prvenstveno utvrditi mjerodavno - relevantno tržište, o čemu je vijeće za upravne sporove prilikom ocjene zakonitosti pobijanog rješenja vodilo računa. Relevantno tržište se mora utvrditi za svaki pojedinačni slučaj. Zakon o konkurenciji definiše “relevantno tržište“ kao „tržište određenih proizvoda koji su predmet obavljanja djelatnosti privrednih subjekata na određenom geografskom području”. Relevantno tržište je najprije tržište proizvoda. Ono obuhvata istovrsne proizvode i njihove supstitute. Supstitut se određuje prema shvaćanju korisnika i/ili

potrošača koje nije određeno samo stvarnim osobinama i funkcionalnošću proizvoda, nego i njihovom dostupnošću “pod prihvatljivim uslovima”. U određivanju zamjenjivosti proizvoda zakonodavac, dakle, uzima u obzir ne samo ekonomske, nego i sve ostale faktičke uslove na datom tržištu. Geografsko tržište obuhvata cjelokupnu Bosnu i Hercegovinu ili „značajan dio“ njene teritorije na kome su uslovi trgovine relativno ujednačeni i koje se na osnovu toga razlikuje od uslova konkurencije na “susjednim geografskim tržištima.

Po shvatanju i ovog vijeća, a suprotno navodima zahtjeva tužitelja, Konkurencijsko vijeće BiH je u skladu sa članom 3. stav 1. Zakona i čl. 4. i 5. Odluke o utvrđivanju relevantnog tržišta («Službeni glasnik BiH», br. 18/06 i 34/10), prije svega, odredilo relevantno tržište u konkretnom slučaju. Ono predstavlja tržište distribucije sportskih kanala sa fudbalskim sadržajima visokog kvaliteta koji uključuju i prenos Live paketa engleske Premijer lige u Bosni i Hercegovini, jer su u pitanju fudbalski sadržaji visokog kvaliteta koji nemaju uopće ili nemaju adekvatnu zamjenu, odnosno, da krajnji korisnik koji npr. prati utakmice njemačke Bundeslige neće smatrati utakmice engleske Premijer lige adekvatnom zamjenom, i obratno. Krajnji korisnici usluge, shodno pravilnom zaključku tuženog, ne bi smatrali međusobno zamjenjivom, pod prihvatljivim uslovima, imajući u vidu posebno njihove bitne karakteristike, kvalitet, uobičajenu namjenu, način upotrebe, uslove prodaje i cijene utakmica bilo koje ekskluzivne fudbalske lige (engleska, njemačka, talijanska, španska, francuska) ili drugih ekskluzivnih fudbalskih takmičenja (UEFA Liga prvaka, UEFA Liga Evrope), što čini neosnovanim navod zahtjeva tužitelja da Konkurencijsko vijeće nije primijenilo zakonske kriterijume (proizvodi koje potrošači smatraju međusobno zamjenjivim tj. supstituti) prilikom određivanja relevantnog tržišta.

Nisu osnovani ni navodi tužitelja da je u postupku utvrđivanja zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodima, Konkurencijsko vijeće trebalo primijeniti SSNIP test. Naime, u konkretnom slučaju, nikakvim posebnim metodama nije trebalo da se ispituje zamjenjivost potražnje za određenim proizvodima, jer su u pitanju fudbalski sadržaji koji se emituju uživo, nemaju adekvatnu zamjenu zbog njihovog kvaliteta i bitnih karakteristika, pa samim tim su zbog svog sadržaja jedinstveni, odnosno ne postoji zamjenski proizvod koji bi krajnji korisnici smatrali adekvatnom zamjenom/supstitutom. Stoga je vijeće za upravne sporove i prihvatilo u cijelosti razloge zbog kojih je Konkurencijsko vijeće kao relevantno tržište proizvoda i/ili usluga u konkretnom slučaju odredilo, tržište distribucije sportskih kanala sa fudbalskim sadržajima visokog kvaliteta koji uključuju i prenos Live paketa engleske Premijer lige u Bosni i Hercegovini, koji su dovoljno obrazloženi, argumentovani i jasni. Ovo iz razloga što Zakon o konkurenciji i Odluka o

utvrđivanju relevantnog tržišta, nisu definisali upotrebu SSNIP testa kao metoda kojeg Konkurencijsko vijeće mora primjenjivati prilikom procjene zamjenjivosti potražnje za određenim proizvodima. Metodologija SSNIP testa se sastoji u posmatranju ponašanja krajnjeg korisnika usluge ili proizvoda u slučaju kada proizvođač/pružalac poveća svoju cijenu u manjem omjeru (5-8%) na duži vremenski period. U tom slučaju posmatra se da li će korisnik nastaviti da koristi proizvod bez obzira na povećanje cijene ili će početi koristiti proizvod/uslugu konkurenta. U konkretnom slučaju, nije bilo potrebe za provođenjem SSNIP testa, iz razloga što se iz osporenog rješenja na strani 24. može zaključiti da je upravo tužitelj svoju cijenu konstantno povećavao (u periodu 2006-2010. godine cijene po korisniku za kanal Sport Klub su se kretale u rasponu od 0,21-0,26 EUR, u ugovorima iz prve polovice 2012. godine početna cijena je 0,35 EUR po pretplatniku, a već krajem 2012. godine najniža cijena za Sport Klub iznosi 0,55 EUR/pretpatnik), zbog čega je istaknuti prigovor tužitelja u tom pravcu neosnovan. Osim toga, iz podataka spisa je evidentno da se u konkretnom slučaju radi o drastičnim povećanjima cijena (cca 60-130%), a ne ovim od 5-8% kako predviđa SSNIP test.

Nema osnova ni navod u pogledu načina utvrđivanja dominantnog položaja. Naime, pravilno vijeće za upravne sporove prihvata shvatanje Konkurencijskog vijeća da je tržišno učešće privrednog subjekta-tužitelja na relevantnom tržištu od 100,0%, obzirom da je Sport Klub jedini sportski kanal koji nudi fudbalske sadržaje visokog kvaliteta, a koji uključuju i prenos Live paketa engleske Premijer lige. Dominatan položaj tužitelja na relevantnom tržištu je upravo zbog Premijer lige koju emituje putem kanala Sport Klub, a ne po broju ugovora sa krajnjim korisnicima. Tužitelj je nakon dobivanja prava na emitovanje Premijer Lige (putem Sport Kluba) počeo da mijenja svoje ponašanje na tržištu u odnosu na konkurente svojih povezanih društava - drugi kablovski operateri, povećavajući drastično cijene proizvoda, uskraćivanjem ponude istog i sl. što ukazuje da su isti bili svjesni svog dominantnog položaja i svoje tržišne moći. Navodi tužitelja da je pogrešna primjena člana 10. stav 2. tačka c) Zakona o konkurenciji prilikom utvrđivanja radnje zloupotrebe dominantnog položaja prilikom donošenja rješenja iz razloga što se ne radi o istoj vrsti poslova, jer operateri imaju različit broj korisnika, različite tehničke i druge kapacitete, je neosnovana. Ovo iz razloga što tužitelj zaključuje ugovore o distribuciji kanala Sport Klub na teritoriji BiH sa kablovskim operaterima, što podrazumjeva da sa svakim od potpisnika ugovora, zaključuje istu i/ili sličnu vrstu posla-distribuciju kanala Sport Klub. Kolika je njihova tržišna snaga, tehnički uslovi i slično iz ugovora se, evidentno ne vidi, jer ni sam tužitelj očito nije pravio razliku, obzirom da se radi o tipskim ugovorima, što dalje upućuje

na zaključak da se radi o istoj vrsti poslova. Iz navedenog proizilazi da Konkurencijsko vijeće nije tražilo od tužitelja da svima nudi iste uslove, nego da obezbjedi da pod jednakim i transparentnim uslovima, svi zainteresovani imaju pristup usluzi koju pruža, a razumljivo je da cijena varira u zavisnosti od broja pretplatnika ili nekih drugih parametara karakterističnih za ovu vrstu poslova. U predmetnom slučaju je sporno to što je tužitelj jednim subjektima omogućio da zakluče ugovore, drugima ne, što je nekim subjektima smatrao da su stari ugovori produženi i obračunavao mjesečne naknade po starim cijenama, a drugi subjekti su bili primorani da pristanu na drastično povećanje cijene, koje je tužitelj nametnuo ili da odustanu od ugovora i da ni na koji način nije objasnio po kom kriteriju i iz kojih razloga je sve to radio. Konačno, činjenica da je tužitelj i sam prisutan na tržištu pružanja usluga emitovanja TV programa krajnjim korisnicima putem svojih povezanih subjekata, upućuje na zaključak da je u interesu samog tužitelja da drugi kablovski operateri nemaju istu ponudu kanala kao i on tj. odgovara mu da drugi kablovski operateri imaju slabiju ponudu. Pored toga, tužitelj je vlasnik kanala Sport Klub, koji je u BiH jako popularan i zbog prenosa sportskih sadržaja u kojim učestvuju sportisti sa ovih prostora, jasno je da je u interesu tužitelja da na neki način svojim najjačim konkurentima (velikim kablovskim operaterima i telekom operaterima), onemogući emitovanje ovog kanala, jer na taj način tužitelj ima konkurentsku prednost kod krajnjih potrošača, ili da isti prodaje po ekstremno visokim cijenama, jer mu to obezbjeđuje i visoke prihode.

(Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja, broj S1 3 U 014981 15 Uvp od
30.03.2016. godine)

4. POSTUPAK PO IZBORNIM ŽALBAMA

4.1. Neblagovremenost žalbe u izbornom periodu

Žalba podnesena Sudu Bosne i Hercegovine je neblagovremena ako je podnesena po isteku roka od dva dana od dana prijema odluke Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine.

Iz obrazloženja:

Odredbom člana 6.9. stav 1. i 2. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“ broj 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4704, 20/04, 25705, 25/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08, 32/10, 18/13 i 7/14) je propisano da se žalba na odluke Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine podnosi Apelacionom odjeljenju Suda Bosne i Hercegovine, putem Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine, u roku od dva dana od dana prijema odluke.

Članom 10. Uputstva o procedurama za rješavanje po prigovorima i žalbama podnesenim Centralnoj izbornoj komisiji BiH i izbornim komisijama („Službeni glasnik BiH“, broj 37/10 i 53/10 i 61/12), propisano je da početak i tok roka počinje od sata i datuma dostavljanja podneska i pismena putem fax-a u izbornom periodu, te ako poslednji dan roka pada u nedelju ili na dan državnog praznika rok ističe istekom tog dana, s tim što je Centralna izborna komisija BiH i Izborna komisija dužna osigurati pristup prostorijama radi poduzimanje radnje postupka ili prijema podnesaka. Odredbom člana 20. stav 6. Uputstva o procedurama za rješavanje po prigovorima i žalbama podnesenim Centralnoj izbornoj komisiji BiH i izbornim komisijama, propisano je da se žalba Apelacionom odjeljenju Suda Bosne i Hercegovine putem Centralne izborne komisije BiH, u izbornom periodu dostavlja putem faksa ili neposredno u sjedište Centralne izborne komisije BiH.

U konkretnom slučaju, uvidom u spise predmeta apelaciono vijeće Sud je utvrdilo da je gore navedena odluka CIK-a BiH dostavljena podnosiocu žalbe putem fax aparata dana 28.10.2016. godine što potvrđuje odzivnik sa istog. U pravnoj pouci ožalbene odluke je navedeno da se protiv ove odluke, u skladu sa članom 6. tačka 9 stav 1) i 2) Izbornog zakona BiH može podnijeti žalba Apelacionom odjelu Suda BiH u roku od 2 dana od dana prijema ove odluke, koja se dostavlja putem fax aparata te da, shodno pozitivnim zakonskim propisima, dani 29.10.2016. godine (subota) i 30.10.2016. godine (nedelja) su radni dani u Centralnoj izbornoj komisiji BiH i isti se računaju u rokove za podnošenje žalbi te da se žalba podnosi preko Centralne izborne komisije BiH i dostavlja putem fax aparata ili neposredno u sjedištu Centralne izborne komisije BiH. Iz stanja spisa nadalje proizilazi da su

žalitelji podnijeli žalbu neposredno Centralnoj izbornoj komisiji BiH dana 31.10.2016. godine, što je evidentno učinjeno nakon isteka roka od dva dana od dana prijema odluke, koji je isticao dana 30.10.2016. godine, obzirom da su, kako je naprijed navedeno, dani 29.10.2016. i 30.10.2016. godine (subota i nedelja) radni dani u Centralnoj izbornoj komisiji BiH i isti se računaju u rokove za podnošenje žalbi. Kako se radi o dostavljanju elektronskim putem u izbornom periodu, te kako su fax aparati uključeni 24 sata, činjenica da je poslednji dan roka padao u nedelju, nije sprečavala podnosioca žalbe da istu dostavi CIK-u BiH do navedenog dana putem fax aparata, u skladu sa Uputstvom o procedurama za rješavanje po prigovorima i žalbama podnesenim izbornim komisijama.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 Iž 023504 16 Iž od
01.11.2016. godine)

4.2. Ovlašćenja Centralne izborne komisije za donošenje podzakonskih propisa

***Pravilnik o načinu provođenja izbora u Bosni i Hercegovini Centralna
izborna komisija Bosne i Hercegovine donijela je na osnovu zakonskih
ovlašćenja.***

Iz obrazloženja:

Nema osnova prigovor žalitelja da je Centralna izborna komisija BiH prekršila načelo zakonitosti u hijerarhiji pravnih propisa donošenjem Pravilnika o načinu provođenja izbora u BiH kada je propisala da će biti prihvaćene samo koverta za glasače koji glasaju putem pošte ukoliko stignu u CIK BiH najkasnije dva dana nakon održavanja izbora, kao i da nije tom prilikom primjenila odredbu člana 5.28 Izbornog zakona BiH. Apelaciono vijeće ističe da sud u postupku ispitivanja žalbi zbog povreda izbornog procesa nije nadležan preispitivati pravilnost pojedinih odredbi zakona kao i usklađenost podzakonskih akata u odnosu na zakon. U okviru svojih nadležnosti, CIK BiH je na 20 sjednici održanoj dana 28.04.2016. godine utvrdila Pravilnik o načinu provođenja izbora u BiH na osnovu odredbe člana 2.9 stav 1. tačka 2. i 7., a u vezi sa članom 1.5, 5.3. stav 1, član 5.4, 5.6 stav 2, 5.7 stav 1, 5.10, 5.21 stav 1, 5.26 stav 1, 5.27 stav 1, 5.29 i 5.30 stav 2. Izbornog zakona BiH („Službeni glasnik BiH“ od broja 23/01 do 7/14). Navedeni pravilnik je objavljen u „Službenom glasniku BiH“, „Službenim novinama F BiH“,

„Službenom glasniku RS“, „Službenom glasniku Brčko distrikta Brčko“ i web stranici centralne izborne komisije BiH www.izbori.ba, što znači da je sadržaj istoga bio dostupan svima koji se nalaze u izbornom procesu. Isti je mogao eventualno biti predmet preispitivanja pred Ustavnim sudom BiH da je takva inicijativa od dana njegovog stupanja na snagu pa do dana provođenja izbora bila podnesena od strane ovlaštenih lica. Centralna izborna komisija je nezavisan organ koji podnosi izvještaj neposredno Parlamentarnoj skupštini BiH i čije ovlasti iz nje proizlaze. Ona između ostalog, prema odredbi člana 2.9 stav 1. tačka 2, donosi administrativne propise za provedbu ovog zakona kao što i objavljuje u službenim glasilima i sredstvima javnog informisanja u BiH i van nje poslovničke, propise i izborne rezultate neposrednih i posrednih izbora u BiH, informacije za birače, te ostale informacije neophodne za provođenje ovog zakona. Prema odredbi člana 5.21 stav 1. Izbornog zakona, Centralna izborna komisija utvrđuje način i proceduru glasanja državljana BiH putem pošte. Pravilnikom je između ostalog u odredbama člana od 31. do 34. propisana način glasanja birača koji glasaju putem pošte na način da je CIK BiH svim biračima koji su upisani u birački spisak za glasanje putem pošte dostavlja preporučenom pošiljkom birački paket koji sadrži: a) obrazac s ličnim podacima birača, JMBG, datum rođenja, trenutna adresa izvan BiH, kombinacijski broj za glasačke listiće i upustvo kako treba glasati, b) odgovarajuće glasačke listiće sa posebnom zaštitom za osnovnu izbornu jedinicu za koju glasa birač i c) povratnu kovertu s odštampanom adresom CIK BiH i d) kovertu za glasačke listiće koja osigurava tajnost glasanja. Član 33. Pravilnika propisuje rok za prihvatanje povratne koverta na način da će se povratna koverta biti prihvaćena i prebrojana ukoliko stigne u CIK BiH najkasnije dva dana od dana održavanja izbora i ako je na povratnoj koverti otisak poštanskog žiga zemlje iz koje se glasa s datumom ne kasnijim od datuma održavanja izbora.

(Rješenje vijeća Apelacionog odjeljenja, broj: S1 3 IŽ 023423 16 IŽ od 31.10.2016. godine)

