

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

PРАВНА МІСАО

5 – 6

svibanj – lipanj / maj – juni
Sarajevo 2010.

Izdaje:

BOSNA I HERCEGOVINA
FEDERACIJA BOSNE I HERCEGOVINE
FEDERALNO MINISTARSTVO PRAVDE
ZAVOD ZA JAVNU UPRAVU

www.fmp.gov.ba

Časopis "PРАВNA MISAO" upisan je u evidenciju javnih glasila u Ministarstvu obrazovanja, nauke, kulture i sporta, pod brojem 727 od 23.10.1997. godine.

Redakcija časopisa:

prof.dr.sc. Hajrija SIJERČIĆ ČOLIĆ, Malik HADŽIOMERAGIĆ, Feliks VIDOVIĆ,
Anto ČAVAR, dr.sc. Almir MALJEVIĆ, Amir AVDAGIĆ

Glavni i odgovorni urednik: mr. sc. Goran ŠIMIĆ

Izvršni urednik: Mirjana BAŠIĆ

Lektor: Anita BOJO

Produkcija: Federalno ministarstvo pravde

Štampa: CPU d.o.o. Sarajevo

Za štampariju: Ferid Jašarević

DTP: Federalno ministarstvo pravde

Grafičko rješenje: ice-net d.o.o.

Tiraž: 300 primjeraka

Časopis izlazi dvomjesečno.

ISSN 0555-0092

GODIŠNJA PRETPLATA:	Za organe i organizacije na teritoriji BiH	120,00 KM
	Za pojedince	100,00 KM
	Za inostranstvo	240,00 KM

UPLATU UPUTITI NA: Federalno ministarstvo financija
UniCredit Banka dd
Transakcijski račun: 338-900-22115294-91
Budžetska organizacija: 1501001
Vrsta prihoda: 722597
Općina: 077

ADRESA REDAKCIJE: Federalno ministarstvo pravde
Zavod za javnu upravu
Sarajevo, Ul. Valtera Perića 15
Tel.: +387 33 203 918, fax: 668 956
Email: Pravna.Misao@fmp.gov.ba

ID 4200785450004

SADRŽAJ

Uvodna riječ glavnog urednika 5

PREGLEDNI ZNANSTVENI RAD

Mr.sci Elmir Sadiković Lokalna samouprava - teorijski aspekti 7

Mr. Dimitrije Ćeranić Stvarna nadležnost za zasnivanje usvojenja 25

Mr.sci. Boris Krešić Ugovor o nasljeđivanju – ne/opravanost normiranja u Zakonu o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine 45

STRUČNI ČLANAK

Doc.dr. Ljubinko Mitrović Javni skupovi u Republici Srpskoj 62

Dr.sc. Mladen Milosavljević
Dipl.iur. Dušica Milosavljević
Sunčica Milosavljević Forenzičko bioantropološki segment identifikacije lica na osnovu (tragova) noktiju 78

SUDSKA PRAKSA

Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
(Pripremio prof. dr. Miodrag N. Simović, predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci) 100

Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
(Pripremila mr. Ljiljana Filipović, sudac Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine) 106

Justice Mag. Renate Winter Restorative Juvenile Justice – The Way Forward 113

Upute za autore 128

CONTENTS

Foreword of the Editor-in-Chief	5
--	---

SCIENTIFIC REVIEW

Elmir Sadiković, M.S.	Local Self-government – Theoretical Aspects	7
Dimitrije Čeranić, M.S.	Real Jurisdiction for the Adoption Procedure	25
Boris Krešić, M.S.	Inheritance Agreement - Non/justification of Standardisation in the Succession Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina	45

PROFESSIONAL PAPER

Assistant Professor Ljubinko Mitrović, D.Sc	Public Assemblies in Republic of Srpska	62
Mladen Milosavljević, D.Sc. Dušica Milosavljević, L.L.B. Sunčica Milosavljević	Forensic and Bioanthropological Segment of the Identification by Nail (Traces) Analysis	78

CASE LAW

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Prepared by Professor Miodrag N. Simović, L.L.D., Chair of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and Full Professor of the Faculty of Law in Banja Luka)	100	
Supreme Court of the Federation Bosnia and Herzegovina (Prepared by Ljiljana Filipović, M.S., Judge of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina)	106	
Renate Winter, Justice Mag.	Restorative Juvenile Justice – The Way Forward	113
Instructions for Authors	128	

UVODNA RIJEČ GLAVNOG UREDNIKA

Poštovani čitatelji,

Čast nam je i zadovoljstvo u ovome broju objaviti tekst gospođe Renate Winter, sutkinje suda za Sierra Leone, o restorativnoj pravdi u suočavanju sa maloljetničkim prijestupništvom. Prije nego li je postavljena za sutkinju suda za Sierra Leone, gospođa Winter je bila sutkinja Suda za maloljetnike u Beču i međunarodni je stručnjak za obiteljsko pravo i maloljetničko pravosuđe. Sutkinja Winter je prije nekoliko mjeseci sudjelovala na konferenciji Pravnog fakulteta u Sarajevu posvećenoj upravo pitanjima maloljetničkog prijestupništva i podijelila svoja bogata iskustva sa stručnjacima iz Bosne i Hercegovine, o ovome vrlo aktualnom pitanju ne samo u Bosni i Hercegovini već i u mnogim drugim zemljama svijeta. Njezinom izuzetnom ljubaznošću donosimo vam njene poglede na mogućnost primjene restorativne pravde u području rada sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom.

Osim ovoga, u ovome broju časopisa objavljujemo i sljedeće tekstove.

Bez obzira na razlike u definiranju, suština demokracije se vezuje za slobode i prava građana da sudjeluju u konstituiranju i funkcioniranju organa koji upravljaju društvom. Na razini lokalnih zajednica građani tako imaju realnu mogućnost da institucionaliziraju svoje interese i potrebe. Prema tome, ako je mjera demokracije stupanj u kome članovi jedne zajednice mogu neposredno da utječu na uvjete svoje egzistencije i razvoj svoje zajednice onda se demokracija najpotpunije može ostvariti u lokalnoj samoupravi. O tome govori članak posvećen teorijskim aspektima lokalne samouprave.

U članku koji se bavi pitanjem stvarne nadležnosti za usvojenje dat je prikaz pozitivnog prava država nastalih na području bivše Jugoslavije, nekih europskih zemalja, kao i nekoliko međunarodnih konvencija kojima se reguliraju pitanja usvojenje. Raspravljajući o prednostima i nedostacima zakonskih rješenja u analiziranim pravima, autor je predložio u kojem pravcu bi se ta prava trebala razvijati, sa posebnim osvrtom na pristup koji je prihvaćen u Makedoniji.

Objavljujemo i članak o ugovoru o nasljeđivanju. Autor članka je analizirajući bračne ugovore zaključene na području Bosne i Hercegovine primijetio postojanje volje bračnih partnera, naročito onih koji zaključuju drugi brak, da zaštite svoju posebnu imovinu kako bi je sačuvali svome djetetu iz prvog braka ili kako bi

pokušali imovinu koju su zajedno stjecali podijeliti između sebe za slučaj smrti jednog od njih, iako bi takva odredba u bračnom ugovoru, prema sadašnjem zakonodavstvu u Federaciji BiH, bila ništava. Autor smatra kako bi se raspolaganje imovinom za slučaj smrti između bračnih partnera, po ugledu na usporedno pravo, moglo urediti normiranjem ugovora o nasljeđivanju, koji je po važećim propisima nasljednog prava zabranjen u pravu Federacije Bosne i Hercegovine.

Mitinzi, protesti radnika, demonstracije pripadnika različitih udruga i različita druga protestna okupljanja kod nas vrlo često iako mirno zamišljena, izmaknu kontroli. Nerijetko, ta su događanja popraćena i znatnim stupnjem nasilja kao i materijalnim razaranjem. Pravo na javno okupljanje u Republici Srpskoj, njegova moguća, eventualna ograničenja, zatim eventualne zabrane sazivanja i istupanja na javnom skupu, kao i postupak ostvarenja prava na okupljanje imajući posebno u vidu ograničenja prava na javno okupljanje radi zaštite ustavom utvrđenog poretka, javnog morala i zdravlja ljudi, kao i zaštite sloboda i prava drugih ljudi, kao i ograničenjima koja se tiču zabrane svakog pozivanja i poticanja na upotrebu nasilja, na nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju ili netrpeljivost, tema je članka koji se bavi Zakonom o javnom okupljanju u Republici Srpskoj.

U cilju upoznavanje naših kriminalističkih tehničara i drugih službenih osoba sa mogućnošću identifikacije osobe na temelju tragova noktiju objavljujemo članak koji se bavi upravo ovom temom. Metoda je to identifikacije osoba koja je razmjerno rijetka u našem kaznenom postupku, ali ipak predstavlja vrlo zanimljivu temu koja je kod nas vrlo malo istražena. Imajući u vidu razvoj bioloških znanosti, kao i njihovu sve veću primjenu u kaznenom postupku, nesumnjivo je da će one biti sve više korištene i kod nas, a njihova dostignuća poslužiti svima onima koji u svome poslu prikupljaju upravo ovakve dokazne materijale.

U prilogima iz sudske prakse osobito nam je zadovoljstvo započeti sa objavljivanjem sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine iz oblasti kaznenog prava.

Objavljujemo i neke od odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Koristimo priliku pozvati i druge najviše sudove u Bosni i Hercegovini da nam dostavljaju sudsku praksu kako bismo je objavljivali.

Zahvaljujemo vam se na dostavljenim radovima. Pozivamo vas da i dalje pišete i da nam dostavljate svoje radove, kako bi oni najkvalitetniji mogli biti i objavljeni.

mr. sc. Goran Šimić
glavni i odgovorni urednik

LOKALNA SAMOUPRAVA – TEORIJSKI ASPEKTI

pregledni znanstveni rad

UDK: 352

mr.sci. Elmir Sadiković*

Sažetak

U radu su elaborirani historijski procesi nastanka i razvoja lokalne samouprave kao institucionalnog oblika zadovoljavanja interesa i potreba građana u lokalnim zajednicama. U razmatranju teorijskog određenja lokalne samouprave posebno je obrazložen historijski proces nastanka i razvoja lokalnih zajednica koje predstavljaju društvenu osnovu lokalne samouprave. U okviru jedinice lokalne samouprave građani neposredno i putem izabranih predstavnika upravljaju javnim poslovima od njihovog neposrednog interesa, osim onih pitanja koja su zakonima određena za druge nivoe vlasti. To pravo građana, u demokratskim državama, garantuje se ustavom i zakonom. U tom kontekstu, savremeni teorijski koncept lokalne samouprave posebno je obrazložen sa aspekta decentralizacije političke vlasti i njenog značaja u izgradnji demokratskih institucija i vrijednosti.

Ključne riječi

lokalna zajednica, lokalna samouprava, država, demokratija, građanin, decentralizacija, supsidijarnost, politička participacija.

* Viši asistent na predmetu Lokalna i regionalna samouprava,
Fakultet političkih nauka u Sarajevu;
sadikovice@fpn.unsa.ba

1. Lokalna zajednica kao društvena osnova lokalne samouprave

Prvobitne ljudske zajednice predstavljale su plemenske asocijacije u kojima je osnovno vezivo zajednice bila pripadnost pojedinca određenoj društvenoj grupi. Kriterij te pripadnosti je bilo neko objektivno ili subjektivno svojstvo koje je pojedinca obilježavalo kao pripadnika te grupe. Taj kriterij je u pravilu bilo, stvarno ili pretpostavljeno, krvno srodstvo među pripadnicima prvobitnih plemenskih zajednica.¹ Međutim, tek je stalno naseljavanje ljudi na određenom prostoru oblikovalo zajednicu življenja ljudi, koju danas označavamo lokalnom zajednicom. Teritorijalizacija društva i upravljanja vezena je za stabilizaciju naselja i razvoj poljoprivrede. Pri tome, zajedničke aktivnosti ljudi na ostvarivanju interesa i potreba dobivaju teritorijalni okvir, a vezivo unutar tog okvira osiguravala je nova društvena institucija – politička vlast.² (Pusić: 1993: 7.7-78.). Pretpostavlja se da su prve poznate lokalne zajednice nastale u antičkoj Grčkoj kada su tradicionalne plemenske, patrijarhalne i rodovske organizacije transformisane u teritorijalne jedinice, proglašavajući svakog stanovnika pripadnikom određene teritorijalne zajednice.³ Fizički prostor lokalne zajednice je onaj prostor na kome se formiralo određeno naselje: selo ili grad. U razvoju ljudske civilizacije, još od grčkog polisa, lokalne zajednice su se bitno mijenjale. Te promjene su bile uslovljene razvojem ljudskih društava, demografskim promjenama, novim društveno-ekonomskim odnosima te promjenom načina i uslova života. Poseban uticaj na historijski razvoj lokalnih zajednica je imao proces urbanizacije i razvoja gradova, posebno u vremenu industrijske revolucije u 19. stoljeću. Međutim, i pored procesa urbanizacije i tehnološkog razvoja, lokalna zajednica nije stvar prošlosti i tradicionalnog seoskog načina života. Ona je realnost i nužnost i u razvijenim i savremenim društvima. Obzirom da se radi o dinamičkoj kategoriji, lokalna zajednica se mora posmatrati i analizirati kao stalan proces. Lokalna zajednica se može okarakterisati i kao “živi prostor”. Ovaj prostor se, pored fizičke komponente, javlja i kao društveni prostor ispunjen međuljudskim odnosima, aktivnostima i institucijama. Ako se promatra kao društveni prostor, tada se uočavaju velike razlike između lokalnih zajednica. Na primjer, društveni prostor velikog grada je daleko složeniji od društvenog prostora neke seoske lokalne

¹ Pusić, E. (1985), *Upravni sistemi*, Zagreb: Grafički zavod Hrvatske, str. 64.

² Pusić, E. (1993), *Nauka o upravi*, Zagreb: Školska knjiga, str. 77. – 78.

³ Loevi, R. (1969), “O porijeklu države”, u knjizi *Teorije o društvu - Knjiga II*, Beograd: Vuk Karadžić, str. 350.

zajednice. Prostor lokalne zajednice je promjenjiva kategorija koja se može sužavati i širiti pod uticajem razvojnih promjena. Naime, društvenim razvojem mijenjaju se i ljudske potrebe, a time i načini njihovog zadovoljavanja. Na tom osnovu u klasifikaciji lokalnih zajednica možemo govoriti o različitim tipovima lokalnih zajednica kao što su: autarhično selo; seoske zajednice u kojima pored tradicionalne homogenosti i solidarnosti postoji podjela rada i proizvodnja za tržište; lokalna zajednica u prigradskom naselju; lokalne zajednice u različitim tipovima gradova kao što su: mali grad, veliki grad ili metropola itd. Još od antičkog vremena, različiti tipovi lokalnih zajednica nerazdvojivi su dijelovi historije razvoja i organizacije svih oblika društveno-političkih uređenja. Nezavisno od oblika državnog i društvenog uređenja, prostorna blizina i njome uslovljene zajedničke potrebe uslovile su stvaranje normi, pravila ponašanja te prava i obaveza u zajedničkom životu ljudi u okviru lokalnih zajednica. Historijski procesi koji su doveli do konstituisanja lokalnih zajednica, te način međuljudskih odnosa u različitim tipovima lokalnih zajednica, jedno su od temeljnih pitanja savremene sociologije, ali i drugih društvenih disciplina. U savremenoj sociološkoj teoriji, lokalna zajednica se definiše kao određena teritorijalna cjelina u kojoj građani, posredstvom vlastitih i zajedničkih resursa, zadovoljavaju najveći dio svojih životnih potreba. Lokalna zajednica je oblik udruživanja ljudi koji, okupljajući se oko zajedničkih problema, interesa, potreba i vrijednosti, stupaju u različite socijalne interakcije razvijajući svijest pripadnosti toj zajednici.

Brojne teorije i naučne studije na različite načine definišu samu bit lokalne zajednice, oslanjajući se na različita društvena uređenja te stoga dolaze i do različitih shvatanja o ulozi i perspektivi lokalnih zajednica u savremenom svijetu. Izdvojićemo samo neke. Robert Mac Iver navodi: "Ljudi pletu mrežu međusobnih odnosa kad kupuju i prodaju, kad se vesele i tuguju. Ova veća mreža odnosa je društvo, a lokalna zajednica je ograničeno područje unutar društva. U tkivu te lokalne zajednice nastaju mehanizmi kontrole, različiti od državne kontrole, mnoga udruženja koja nisu politička, mnogi običaji i pravila ponašanja koje nije stvorila država. U toj zajednici se stvara zakon koji je podloga svih zakona. Zakon sa mnogim sankcijama koji je postojao prije nego što je bilo države, a državni ga zakon nikad ne može staviti van snage. Bez ranijih zakona zajednice svi bi državni zakoni bili prazna forma."⁴

A. J. Reiss lokalnu zajednicu gleda kroz prizmu među-sobnih odnosa ljudi i kaže: "Lokalna zajednica nastaje time što ljudi stanuju i izdržavaju se na ograničenom prostoru, a djeluje kako bi se zadovoljile zajedničke potrebe, nastale

⁴ Mac Iver, R. (1947), *Web of Government*, New York, str. 193.

diobom tog prostora, kroz značajne oblike društvene akcije.“⁵ W. Bander definiše lokalnu zajednicu kao skup podsistema kao što su porodica, škole, crkve i preduzeća na određenom teritoriju.⁶ Američki sociolog T. Parsons u definisanju lokalne zajednice polazi od teritorijalnog aspekta i navodi da je lokalna zajednica onaj aspekt strukture društvenih sistema koji se odnosi na teritorijalni smještaj ljudi i njihovih sistema. Prema njegovom mišljenju, četiri momenta integrišu ljude na lokalnom području u društveni sistem: stanovanje, radno mjesto, jurisdikcija i komunikacije. Hrvatski teoretičar E. Pusić analizom različitih definicija lokalne zajednice dolazi do pet elemenata koji čine pretpostavku za konstituisanje i funkcionisanje lokalne zajednice.⁷ To su prostor kao teritorijalni okvir lokalne zajednice. Zatim ljudi nastanjeni na tom prostoru. Na tom prostoru su i potrebe ljudi, te njihove zajedničke aktivnosti sa ciljem zadovoljavanja zajedničkih potreba i interesa. Kroz međusobnu interakciju stvara se idejno – vrijednosna nadgradnja kao sistem pravila ponašanja koji daje kohezivnost i stabilnost lokalnoj zajednici. E. Pusić lokalnu zajednicu shvata kao proces, a navedene elemente promatra kroz njihovo jedinstvo i interakciju. Takav pristup omogućava sistematizaciju osnovnih pretpostavki za konstituisanje lokalnih zajednica. Prvu pretpostavku čini lokalni prostor, odnosno teritorij. Lokalna zajednica je teritorijalna zajednica koja se od drugih teritorijalnih zajednica razlikuje po neposrednim svakodnevnim komunikacijama stanovništva. Lokalna zajednica nastala formiranjem naselja na određenom teritoriju je empirijska činjenica, datost koja se javlja u svom prirodnom obliku. U pitanju je konkretan prostor kojeg naseljavaju ljudi i koji pored fizičke komponente predstavlja i društveni prostor. Trajna nastanjenost i prostorna blizina uslovljava postojanje zajedničkih interesa i potreba ljudi. Aktivnosti se javljaju u funkciji njihovog zadovoljavanja. Lokalna zajednica nastaje tek kada stanovnici spoznaju svoje zajedničke interese i potrebe i kada postanu svjesni da ih samo zajedničkim aktivnostima mogu riješiti. Zajedničke aktivnosti i zajedničko življenje postepeno stvaraju i idejno-vrijednosnu nadgradnju koja se ispoljava kroz različite oblike kao što su lokalni patriotizam, tradicija, običaji, moral. Zapravo, to je svijest ljudi o pripadnosti lokalnoj zajednici. Idejno-vrijednosnu komponentu lokalne zajednice nalazimo i kod Webera koji u svom djelu “Teorija socijalne i ekonomske organizacije” kaže: “Društveni odnos možemo nazvati komunalnim kada i ukoliko se usmjeravanje društvenog djelovanja

⁵ Reiss, A.J. (1959), *Sociological Studies of Communities*, Madison: *Frontiers of Community Research and Action*, str. 134.

⁶ Bander, W. (1959), “Impact of Agricultural Adjustment on on Community Structure”, *Rural Sociology in a Chaning Economy*, Urban, str. 241.

⁷ Pusić, E. (1963), *Lokalna zajednica*, Zagreb: Narodne novine.

zasniva na subjektivnom uvjerenju stranaka da one spadaju zajedno... Zajednica predstavlja organsko jedinstvo i zasniva se na subjektivnim osjećajima sudionika da su dio iste cjeline...⁸

U savremenom svijetu stare autarhične lokalne zajednice zasnovane na seoskom načinu života sve više odumiru, a ekspanzija gradova i gradski način života postaje dominantan. Kao posljedica tog procesa javlja se otuđenost, diferencijacija interesa te pasivizacija građana. Time se narušavaju tradicionalne vrijednosti na kojima su se vjekovima uspostavljale i na kojima su funkcionisale lokalne zajednice. Stoga, savremena sociologija postavlja pitanje: je li moguće postojanje lokalnih zajednica u velikim gradovima i očuvanje njihovih tradicionalnih elemenata?⁹ Fromm alternativu potrošačkom društvu i otuđenosti života u tehničkoj sredini, životu u gomili velikog grada, traži u formulisanju humanističke komunitarne zajednice s produktivnom orijentacijom. U protivnom, prema njemu, prevladat će robotizam života. Herbert Marcuse je takođe tražio izlaz za otuđenost čovjeka u savremenom industrijskom društvu. Stoga, većina teoretičara tradicionalno određenje lokalne zajednice vezuje, prevashodno, za seoski način života ili za manje, neurbanizirane teritorijalne zajednice. Njemački sociolog F. Tennes pravi u tom kontekstu distinkciju između pojmova zajednice (*Gemeinschaft*) i društva (*Gesellschaft*) i kaže: "Zajednica je stara, društvo novo, kao pojava i kao ime. Gdje god gradska kultura cvjeta i donosi plodove, tu se javlja i društvo kao njen neophodni organ. Selo ga malo poznaje. Suprotno tome, sve pohvale seoskog života uvijek su upućivale na to da je tamo zajednica među ljudima jača, življa; zajednica je trajni i istinski, a društvo samo prolazni i prividni zajednički život. Shodno tome, zajednicu treba shvatiti kao živi organizam, a društvo kao mehanički agregat i artefakt. Opća karakteristika zajedničkog života na selu jest blizina kuća, zajedničke njive, pa čak i samo ograničenje oranica dovode do brojnih dodira među ljudima. Oni se navikavaju jedni na druge i njihova poznanstva postaju intimna. Javlja se potreba za kolektivnim radom i upravljanjem. Teorija društva konstruira jedan skup ljudi koji, kao u zajednici, žive jedan pored drugog, ali nisu suštinski povezani, dok u zajednici ostaju istinski povezani uprkos svim faktorima razdvajanja."¹⁰ Grupnu stvorenu ovim pozitivnim odnosima, koja jedinstveno djeluje prema unutra i spolja, Tennes naziva asocijacija (*Verbindung*). Sam odnos, pa time i asocijacija, shvata se kao realni i organski život, a to je

⁸ Winkelmann, J. (1988), *Gesamelte politische Schriften von Max Weber*, Stuttgart: UTB, Auflage: 5.A; str. 134.

⁹ Tomac, Z. (1990), *Novi komunalni sistem*, Zagreb: Informator, str. 18.

¹⁰ Tennes, F. (1969), "Zajednica i društvo", u knjizi *Teorije o društvu*, Beograd: Vuk Karadžić, str. 184.-194.

suština zajednice (Gemeinschaft) ili, kao idealna i mehanička tvorevina, to je pojam društva (Gesellschaft). Slično stanovište zastupa Weber. Za njega zajednica predstavlja organsko jedinstvo jer se zasniva na subjektivnim osjećajima sudionika da pripadaju jedan drugom kao dio iste cjeline. Društvo je prema njemu mehanički agregat osnovano na racionalnom sporazumu uz pristanak partnera. Takav pristup u teorijskom određenju lokalne zajednice inspirisao je i mnoge druge teoretičare. Tako na primjer E. Durkheim dijeli zajednice na zajednice mehaničkog i zajednice organskog tipa. Prema njegovoj tipologiji, organske zajednice su seoske zajednice solidarističkog tipa u kojima ne postoji podjela rada, ali postoji određena duhovna, moralna i socijalna homogenost stanovništva tih zajednica. Međutim, u savremenim seoskim zajednicama pored tradicionalne homogenosti i solidarnosti, podjelom rada, individualizacija i heterogenost postaju sve izraženiji i prevladavaju formalni društveni odnosi, te stoga vlada “mehanička” solidarnost.¹¹

Uprkos brojnim razlikama u teorijskom pristupu, većina autora lokalnu zajednicu definiše kao opšti pojam kojim se označava *društvena grupa trajno nastanjena na određenom prostoru, čije članove povezuje prostorna blizina i njome uslovljene zajedničke potrebe kao i aktivnosti, sa ciljem zadovoljavanja tih potreba*. Lokalnu zajednicu možemo definsati i kao *teritorijalnu društvenu zajednicu, društveni sistem, gdje na najnižoj ravni, konkretnom naselju, gradskom ili seoskom, nastaju zajedničke potrebe stanovnika koje je moguće zadovoljiti zajedničkim aktivnostima i djelatnostima*.

Kada se u jednoj lokalnoj zajednici, a to znači u jednom ili više povezanih naselja, obrazuje pravno-politička i sistemska institucija, onda ta zajednica stiče status lokalne samouprave.¹² Ta se samouprava konstituše u obliku opštine/komune kao osnovne jedinice lokalne samouprave. Unutar lokalne samouprave, kao pravno-političke institucije, ispoljavaju se aktivnosti ljudi usmjerenih ka zadovoljavanju zajedničkih potreba. Na osnovu potreba oblikuju se interesi ljudi i aktivnosti kako bi se te potrebe zadovoljile u institucionalnoj strukturi koju označavamo kao lokalna vlast. Prema tome, lokalna samouprava označava lokalnu zajednicu koja ima status samouprave. Lokalna zajednica je nosilac lokalne samouprave, njen subjekt, a lokalna samouprava je pravno-sistemska institucija koja opredjeljuje položaj (status) lokalne zajednice. Stoga pojam lokalne samouprave ima dvije komponente: sociološku komponentu (lokalnu zajednicu) i

¹¹ Šuvar, S. (1973), *Između zaseoka i megapolisa*, Zagreb: Centar za sociologiju sela, Institut za društvena istraživanja Sveučilišta u Zagrebu.

¹² Pejanović, M. (2005), *Politički razvitak BiH u postdejtonskom periodu*, Sarajevo: TKD Šahinpašić, str. 188.

pravno-sistemska komponentu (lokalnu samoupravu), koja mora biti izričito dodijeljena lokalnoj zajednici uz odgovarajući akt države.

2. Teorijske osnove lokalne samouprave

Lokalna samouprava, kao oblik upravljanja zajedničkim poslovima u lokalnim zajednicama sa jasno prepoznatljivim elementima samoupravnosti, prvobitno se javlja u srednjovjekovnim evropskim gradovima koji su se vjekovima borili za vlastitu autonomiju i politička prava. Nosioци te borbe bili su zanatlije, trgovci i bankari koji su tražili šira prava i samostalnost u odnosu na feudalne vlasti.¹³ Pojava slobodnih gradova u okviru srednjovjekovnog feudalnog sistema zapravo je značila i nastanak lokalne samouprave. Nakon francuske revolucije 1789. godine i širenja liberalnog pokreta, lokalna samouprava se uspostavlja kao jedna od temeljnih ustanova građanske vlasti. Posebno u 19. vijeku – razvojem kapitalizma i moderne građanske države dolazi i do razvoja lokalne samouprave. Od tada lokalna samouprava postaje sastavni dio društvenog uređenja i osnovni oblik decentralizacije političkog sistema. Lokalna samouprava se konstituše u obliku opštine/komune kao osnovne jedinice lokalne samouprave. Lokalna samouprava je istovremeno i najniži oblik teritorijalne organizacije vlasti. Opština, koja se kroz historiju oblikovala kao osnovni oblik decentralizacije političkog sistema, predstavlja osnovnu političko-administrativnu jedinicu teritorijalne organizacije svih demokratskih država. Po naučnoj osnovi, opština se ne definiše samo kao administrativno-teritorijalna jedinica, već i kao osnovna teritorijalna zajednica građana, koji neposredno i posredno, putem demokratski izabranih predstavnika, ostvaruju svoja politička i ekonomska prava, odlučujući o svim društvenim poslovima koji su u njihovom zajedničkom interesu. Nivo razvijenosti lokalne samouprave je i pokazatelj razvijenosti demokratije svakog društva jer se u lokalnim zajednicama građanima normativno, ali i stvarno, pruža mogućnost da neposredno utiču na uslove svoje egzistencije, ostvarujući svoje ekonomske, socijalne, kulturne i druge interese i potrebe. Unutar lokalne samouprave, kao političko-pravne institucije, ispoljavaju se aktivnosti ljudi usmjerenih ka zadovoljavanju zajedničkih potreba.

Na osnovu potreba, oblikuju se interesi ljudi i aktivnosti kako bi se te potrebe zadovoljile u institucionalnoj strukturi koju označavamo kao lokalna vlast. Vršenje lokalne vlasti čini bit lokalne samouprave. Lokalna vlast ima dvije komponente: vršenje vlasti posredstvom izabranih organa i vršenje vlasti

¹³ Mamford, L. (2005), *Grad u istoriji*, London: Book & Marso.

neposrednim učešćem (participacijom) građana.¹⁴ Uže gledano, lokalna samouprava je onaj dio društvene organizacije i društvenih procesa u lokalnim teritorijalnim zajednicama koji u prvom redu podrazumijeva upravljanje zajedničkim javnim poslovima u lokalnim zajednicama. Šire gledano, lokalna samouprava ne obuhvata samo funkcionisanje lokalne vlasti, nego i organizovanje svih institucija i oblika uređivanja odnosa u lokalnoj zajednici zasnovanim na neposrednoj demokratiji. Teoretičari političkih sistema različito definišu suštinu lokalne samouprave. Akademik Jovan Đorđević navodi četiri uslova za postojanje lokalne samouprave. Kao prvi uslov navodi pravo građana da na užem području stanovanja neposredno biraju svoje organe upravljanja. Drugi uslov je postojanje mjesne nadležnosti i funkcija koje suvereno obavljaju stanovnici lokalne zajednice, neposredno ili putem izabranih organa. Treći uslov postojanja lokalne samouprave je pravo građana da mogu uticati na rješavanje životnih pitanja u svojim zajednicama. Kao četvrti uslov Đorđević navodi da je neophodno da lokalna samouprava ima svoju materijalnu osnovu.¹⁵

Većina teorijskih definicija sadrži pet elemenata samoupravnosti:

1. *Teritorijalni element samoupravnosti* (da su teritorijalno određene lokalne zajednice osnovane kao subjekti lokalne samouprave – npr. kao opštine, pokrajine itd.)
2. *Funkcionalni element samoupravnosti* (da je ovim zajednicama priznato radno područje zadataka koji izražavaju interese njihovih stanovnika).
3. *Organizacioni element samoupravnosti* (da ove zadatke obavljaju članovi zajednice vlastitom odgovornošću, i to neposredno ili putem izabranih organa).
4. *Materijalno-finansijski element samoupravnosti* (da zajednica ima materijalna i finansijska sredstva za obavljanje svojih zadataka).
5. *Pravni element samoupravnosti* (da zajednica ima karakter pravnog lica).

Prema Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi, lokalna samouprava podrazumijeva pravo i osposobljenost lokalnih vlasti da, u granicama zakona, regulišu i rukovode znatnim dijelom javnih poslova, na osnovu vlastite odgovornosti i

¹⁴ Pejanović, M. (2005), *Politički razvitak BiH u postdejtonskom periodu*, Sarajevo: TKD Šahinpašić, str. 188.

¹⁵ Đorđević, J. (1973), *Politički sistem – prilog nauci o čovjeku i samoupravljanju*, Beograd: Privredni pregled.

u interesu lokalnog stanovništva. Prema politološkoj definiciji, lokalna samouprava podrazumijeva političko pravo građana da, neposredno i putem svojih slobodno izabranih organa, učestvuju u upravljanju javnim poslovima u lokalnoj zajednici te da je to pravo zagarantovano ustavom i zakonom.¹⁶

U svim demokratskim državama lokalna samouprava je kategorija ustavnog prava. U tom smislu ona predstavlja i oblik ostvarivanja političkog prava građana da učestvuju u upravljanju javnim poslovima u lokalnoj zajednici. U svom historijskom razvoju, lokalna samouprava je bila izraz težnji građana da samostalno upravljaju javnim poslovima, da utvrđuju politiku, donose odluke i uređuju odnose u svojim lokalnim zajednicama. Te poslove mogu obavljati neposredno na zborovima i građanskim skupštinama. Tada govorimo o neposrednoj samoupravi. Međutim, u većini demokratskih država građani biraju lokalne organe vlasti koji u njihovo ime upravljaju javnim poslovima. Ti organi su predstavnička tijela koja vrše lokalnu vlast te u tom smislu imaju prava i dužnosti kojima mogu bitno uticati na život i razvoj lokalne zajednice. Naime, normativna ovlaštenja koja su im data ustavom ili zakonom države daju im nadležnosti da mogu uređivati odnose i uticati na razvoj lokalne zajednice. Odnosi lokalne samouprave sa višim organima vlasti se uređuju ustavom i zakonima. To je oblik lokalne samouprave koja je zasnovana na predstavničkoj osnovi i ona se javlja kao dominantan oblik gotovo u svim demokratskim državama. Lokalna samouprava se ispoljava u različitim oblicima. Danas je dominantan dvostepeni sistem lokalne samouprave. U većini država Evrope, pored opštine/komune kao osnovne samoupravne zajednice, postoje i samoupravne zajednice koje obuhvataju širu teritoriju (pokrajina, okrug, provincija). Tada govorimo o dvostepenoj lokalnoj samoupravi. Na tim se prostorima stvara posebna interesna povezanost ljudi i organizacija. Taj širi prostor u svim evropskim zemljama ima status lokalne samouprave. One se razlikuju po teritorijalnom obuhvatu, broju stanovnika i ekonomskoj razvijenosti. Postoji i izvjesna razlika u shvatanju lokalne samouprave u anglosaksonskim zemljama (SAD, Velika Britanija i Kanada), ali i većini evropskih država. Ta se razlika temelji na različitom pravnom položaju organa koji vrše osnovne funkcije vlasti u lokalnoj zajednici. U pitanju su razlike koje postoje između samouprave, kao administrativne decentralizacije koja preovladava u većini evropskih država, i lokalne samouprave, u smislu lokalne vlade (local government) u anglosaksonskim zemljama. U evropskim zemljama lokalna samouprava je dio centralistički uređenog državnog sistema. Zapravo, izvor prava na samoupravnost je u ustavu i zakonima države.

¹⁶ *Evropska povelja o lokalnoj samoupravi* (2007), Tuzla: Forum građana Tuzle, član 3.

Anglosaksonsko pravo lokalnu samoupravu tretira kao izvornu instituciju i polazi od strogog razgraničenja između različitih nivoa državne vlasti. Ovaj tip samouprave ne poznaje ustanovu predstavnika centralne vlade (na primjer francuskog ili talijanskog prefekta). Lokalne vlade su samostalne u okviru svojih zakonskih prava i dužnosti. Ako se pođe od stepena neposrednog sudjelovanja građana u odlučivanju o javnim poslovima u lokalnim zajednicama, sisteme lokalne samouprave svrstavamo u četiri osnovne grupe. Lokalna samouprava koja je zasnovana na neposrednom upravljanju od strane građana (prisutna u Švajcarskoj, SAD-u i Engleskoj u manjim lokalnim zajednicama). Lokalna samouprava zasnovana na predstavničkoj osnovi i načelu podjele vlasti u obliku kabinetske vladavine (Švedska, Francuska, Italija i većina drugih evropskih država). Lokalna samouprava zasnovana na predstavničkoj osnovi i načelu komisijske/menadžerske vladavine (SAD). Lokalna samouprava na predstavničkoj osnovi i načelu skupštinske (kolegijalne) vladavine (Engleska).¹⁷

O lokalnoj samoupravi postoje različite tipologije. Ona se takođe manifestuje na različite načine u različitim političkim sistemima, u prošlosti i sadašnjosti. Od samog nastanka do savremenog doba, pitanje porijekla, nastanka i značaja lokalne samouprave kao političke institucije, bilo je predmet sporenja u političkim naukama. U vezi sa ulogom lokalne samouprave u budućnosti, u okviru političke teorije su se oblikovala dva suprotstavljena shvatanja.¹⁸ U prvu grupu spadaju globalisti koji nagovještavaju novi svjetski poredak i planetarizaciju života. Ti procesi relativiziraju i suverenost nacionalne države, a samim tim i ulogu lokalne samouprave unutar te države. U njihovoj viziji novog svjetskog poretka, lokalna samouprava postaje suvišna i anahrona politička institucija, budući da u globaliziranom svijetu "lokalno" postaje beznačajno za egzistenciju savremenog čovjeka kao građanina svijeta. Elementi koji čine osnovu funkcionisanja i postojanja lokalne zajednice postaju beznačajni za stanovnike lokalnih zajednica. Zapravo, suvišno je postojanje lokalnih političkih institucija za zadovoljavanje zajedničkih potreba, budući da javne poslove mogu efikasnije i kvalitetnije obavljati specijalizovane službe organizovane na funkcionalnom principu koje nisu teritorijalno vezane za konkretne lokalne zajednice. One bi djelovale na tržišnom principu i logici tržišta. Prema tom pristupu, politička demokratija pretvorila bi se u demokratiju tržišta, a tržišni princip bi postao univerzalni regulativni princip uređenja svih ljudskih zajednica. Time bi suština demokratije dobila sasvim novi

¹⁷ *Mala politička enciklopedija* (1966), Beograd: Savremena administracija.

¹⁸ Desmond, S. King, Pierre, J. (1990), *Challenges to Local Government*, London: SAGE Publications.

smisao i, ako bi se takva vizija ostvarila, onda bi zaista imali “kraj istorije” u kome demokratija i tržište neće poznavati granice.¹⁹ U tom slučaju, u lokalnim zajednicama nema o čemu da se odlučuje, a time nestaju i stvarni razlozi za postojanje lokalne samouprave. Zagovornici ove teorije dolaze iz najrazvijenijih svjetskih zemalja. Upravo iz istih zemalja potiču i sasvim suprotna shvatanja u pogledu smisla i značaja lokalne samouprave u savremenom svijetu. Tako na primjer Robert Dal iznosi potpuno drugačije shvatanje globalizacije. Prema njegovom shvatanju, upravo globalizacija podstiče razvijanje demokratskih oblika “malog opsega”, a samim tim posebno lokalne samouprave.²⁰ Naime, u procesu globalizacije samo mali broj ljudi postaje istinski građanin svijeta, dok najveći dio čovječanstva ostaje egzistencijalno vezan za svoje lokalne zajednice i njene institucije preko kojih zadovoljava svoje potrebe. Tu povezanost čovjeka sa lokalnom zajednicom ne možemo vezati samo za ekonomsku dimenziju. Kao što smo već naveli, ta veza je i politička, kulturna, socio-psihološka i konačno historijska. Čovjek se prema tome ne može svesti na pukog proizvođača i potrošača roba podložnog zakonima tržišta. Egzistencija čovjeka kao bića je daleko složenija i podrazumijeva čitav niz drugih vrijednosti. Zagovornici ovog pristupa smatraju da lokalna samouprava predstavlja jedan od mogućih oblika humanizacije uslova ljudske egzistencije u savremenom i globaliziranom svijetu. Lokalna samouprava omogućava čovjeku da se ispolji kao realan politički subjekt koji, neposredno i posredno, sudjeluje u utvrđivanju i realizovanju svojih i zajedničkih potreba.²¹

Na kritiku globalista da su lokalne vlasti neefikasne, birokratizirane i spore u zadovoljavanju zajedničkih potreba, zagovornici lokalne samouprave odgovaraju da su upravo lokalne vlasti u nizu empirijskih primjera potvrdile svoju racionalnost i efikasnost. Kao drugi argument navode i činjenicu da građani lokalne institucije doživljavaju kao nešto blisko i nešto svoje. Svakako, i zagovornici lokalne samouprave su svjesni promjena koje se odvijaju u savremenom svijetu i stoga naglašavaju potrebu iznalaženja novih modela upravljanja u lokalnim zajednicama. Zapravo, oni traže novi socijalni i politički prostor u kojem se najbolje može situirati lokalna samouprava. Stoga se pitanje lokalne samouprave iznova aktualizuje i traže se alternativni modeli prilagođeni savremenim prilikama i potrebama. U različitim oblicima, lokalna samouprava postoji u skoro svim zemljama svijeta i ona će u budućnosti imati svoje mjesto i značajnu ulogu u demokratskom i socijalnom razvoju.

¹⁹ Fukujama, F. (1990), *Kraj istorije i posljednji čovjek*, Podgorica: CID.

²⁰ Dal, R. (1994), *Dileme pluralističke demokratije*, Beograd: Beogradski krug, str. 229.

²¹ Marinković, R. (1998), *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Beograd: Institut za političke studije.

2. 1. Lokalna samouprava kao oblik decentralizacije vlasti

Iako se u političkoj i pravnoj teoriji pojmovi centralizacije i decentralizacije upotrebljavaju u različitim značenjima, pod njima se, u užem smislu, podrazumijeva određeno stanje odnosa između centralnih i nižih organa vlasti u političkom sistemu jedne države. U širem smislu, pod decentralizacijom se podrazumijeva svako slabljenje uticaja određenog centra političke moći. U decentralizovanom političkom sistemu niže teritorijalno-administrativne jedinice (regije, okruzi, departmani, kantoni, opštine, gradovi), u odnosu prema centralnim organima državne vlasti, imaju određen stepen političke i ekonomske samostalnosti. Stvarna decentralizacija podrazumijeva zagarantovano pravo i osposobljenost nižih nivoa vlasti da samostalno donose političke odluke i obavljaju poslove iz svog djelokruga, te da su politički predstavnici nižih nivoa vlasti neposredno izabrani od strane građana. Centralni organi vlasti kontrolišu poštivanje zakonitosti i ustavnosti akata nižih nivoa vlasti, bez prava da mijenjaju ili poništavaju te akte, ukoliko nisu suprotni zakonu. Ukoliko to nije slučaj, možemo govoriti samo o tehničkoj dekoncentraciji upravnih poslova, a ne o demokratskoj decentralizaciji političke vlasti. Decentralizacija se najčešće zasniva na teritorijalnom principu. Teritorijalna decentralizacija može biti oslabljena i time što, pored decentralizovanih organa, na istom području mogu postojati i posebni organi za posebne poslove koji su hijerarhijski podređeni centralnim organima.²² F. Muhić navodi da decentralizacija označava činjenicu da necentralni organi imaju određen stepen samostalnosti unutar koje centralni organi mogu da ocjenjuju zakonitost njihovog postupanja (formalno pravnu stranu djelovanja), ali ne i cjelishodnost, odnosno sadržajnu stranu odluka.²³ Bez obzira na obim decentralizacije, država uvijek mora imati sve nadležnosti koje su neophodne kako bi mogla funkcionisati u skladu sa svojim suverenitetom na unutrašnjem planu i kao subjekt međunarodnog prava, dok niže teritorijalno-političke jedinice, slijedeći logiku efikasnosti i racionalne organizacije, na funkcionalnom principu obavljaju određene javne i društvene poslove kada je to opravdano prirodom poslova i neposrednim interesom samih građana. U organizaciji savremene države, elementi centralizacije se pojavljuju istovremeno s elementima decentralizacije, kao suprotne tendencije. Izvori centralističkih tendencija u organizaciji savremene države uglavnom su dvojaki. Naime, priroda mnogih poslova traži određen stepen centralizacije. Jedinstvo ekonomskog područja, fiskalnog sistema, odbrana, saobraćaj, borba protiv kriminala, zaraznih bolesti itd., uslovljeno je često i određenim

²² *Mala politička enciklopedija* (1966), Beograd: Savremena administracija, str. 145.

²³ Muhić, F. (1998), *Teorija države i prava*, Sarajevo: Magistrat, str. 108.

stepenom centralizacije u vršenju tih poslova. Kako ističe profesor Jovan Komšić, uz sve pohvale decentralizaciji, uvijek je nužno imati na umu i činjenicu da ključni zadatak moderne demokratije nije refeudalizacija političke sfere i bukvalno one-moćenje centralnih aparata državne uprave. Kako sa stanovišta legitimnosti i efikasnosti upravljanja ekonomskim i tehnološkim procesima, tako i iz ugla zaštite fundamentalnih ljudskih prava i sloboda, država se u mnogim svojim funkcijama i danas potvrđuje kao najadekvatniji oblik regulacije i upravljanja društvenim procesima. U principu, sve to govori da se ključni zadatak savremenog momenta u razvoju demokratskih sistema svodi na uspostavljanje prave ravnoteže između nadležnosti centralne države, s jedne strane, i regionalne i lokalne autonomije, s druge strane.²⁴ Naravno, u određenim poslovima neophodna je kombinacija djelovanja različitih nivoa vlasti i tu se javljaju podijeljene nadležnosti.

Postoje različite vrste decentralizacije. Ako viši organ postavlja niže organe vlasti, tada govorimo o birokratskoj decentralizaciji. Ako su niži organi vlasti izabrani neposredno od strane građana, tada imamo demokratsku decentralizaciju. Decentralizacija može biti etnička (priznavanje posebnog statusa nekoj etničkoj grupi), personalna, vjerska ili profesionalna. Stvarna ili realna decentralizacija je vezana za faktičku samostalnost nižih organa u obavljanju određenih funkcija. Decentralizacija se u razvijenim evropskim državama zasniva na teritorijalnom principu i načelu supsidijarnosti. Supsidijarnost (lat. pomoć, rezerva) je politički i društveni postulat koji polazi od toga da u vršenju javnih poslova prednost imaju niže instance vlasti, odnosno vlasti koje su bliže građanima. Princip supsidijarnosti je svoju prvu afirmaciju imao u srednjem vijeku u kalvinističkoj crkvi i njenom učenju o društvenoj zajednici, a neposredno nakon perioda "reformacije". Odnosio se na težnje za decentralizacijom tadašnjeg uređenja katoličke crkve. Prvu filozofsko-političku refleksiju principa supsidijarnosti dao je Johannes Althusius 1604. godine.²⁵ U svom razvoju do kraja 19. vijeka, princip supsidijarnosti je predstavljao ključni zaokret u katoličkom socijalnom i državnom učenju te unutrašnjoj organizaciji katoličke crkve. Pored učenja u katoličkoj crkvi, princip supsidijarnosti se posebno afirmisao u 19. vijeku u liberalnim pokretima i idejama. Liberalizam, kao politička ideologija, polazi od toga da razvoj ljudske ličnosti i egzistencije treba prepustiti individui (pojedincu), te njegovoj slobodnoj volji i inicijativi. Država treba djelovati samo onda kada pojedinac ili pojedinci nisu u stanju vlastitom snagom i sredstvima riješiti određen problem. U tom smislu,

²⁴ Komšić, J. (2006), *Dileme demokratske nacije i autonomije*, Beograd: Službeni glasnik.

²⁵ Blickle, Huegelin, Wyduckel (2002), *Supsidiaritat als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gessellschaft*, Berlin: Beiheft 20.

u rješavanju socijalnih problema i potreba, prednost, prema liberalnom učenju, imaju privatne organizacije u odnosu na državne. Princip supsidijarnosti se primjenjuje onda kada je niža (podređena) razina vlasti u stanju samostalno obaviti određeni javni posao. Sa druge strane, princip supsidijarnosti podrazumijeva i obavezu više razine vlasti da pruži pomoć nižoj razini vlasti, ukoliko ona nije u stanju samostalno obaviti određen javni posao. Supsidijarnost je jedan od najvažnijih principa Evropske unije kojim se ograničavaju zakonodavne nadležnosti njenih institucija, a poseban značaj i široku primjenu ima u decentralizovanim državama sa federativnim uređenjem (Švicarska, Njemačka). Princip supsidijarnosti je temeljni princip Evropske povelje o lokalnoj samoupravi, te politički posulat na kome se zasniva politički sistem Evropske unije. Prednost decentralizovanog političkog sistema je u tome što građani imaju veći uticaj na vođenje javnih poslova i imaju više mogućnosti da iskažu svoju političku volju. Time decentralizacija stvara pozitivne refleksije na stvaranje socijalne kohezije, posebno u višestručnim državama. Značaj stvarne decentralizacije posebno se ispoljava u lokalnoj samoupravi kao demokratskoj instituciji.

2. 2. Lokalna samouprava kao demokratska institucija

Izvorno starogrčko shvatanje demokratije podrazumijeva vladavinu naroda. U savremenom svijetu, demokratija se javlja kao reprezentativna demokratija jer ona uvodi parlament kao predstavničko tijelo, koje između izbora vrši vlast umjesto naroda kao nositelja suverenosti. Liberalno-demokratski koncept demokratije polazi od apstraktnog subjekta – državljanina – kao nositelja suverenosti. To je pretpostavka jednakosti svakog pojedinca u političkoj zajednici. U teoriji demokratije oblikovala su se tri glavna tipa ili modela demokratije. Prvi model je neposredna ili participativna demokratija. To je sistem odlučivanja o državnim poslovima u koji su građani neposredno uključeni. To je “izvorni” tip demokratije koji se razvio u antičkoj grčkoj. Drugi model je liberalna ili predstavnička demokratija. To je sistem vladavine koji obuhvata izabrane predstavnike koji na sebe preuzimaju zastupanje interesa građana unutar jasno ograničene državne teritorije. Treći model demokratije je zasnovan na jednopartijskom sistemu vlasti.

U ranom devetnaestom vijeku, o demokratiji se počelo misliti kao o pravu građana da učestvuju u određivanju kolektivne volje, posredstvom izabranih predstavnika. Nakon što su svi punoljetni muškarci i žene dobili stvarni status ravnopravnog građanina sa pravom glasa, liberalna demokratija je stekla svoj poseban savremeni oblik: skup pravila i ustanova koja omogućuju najšire učešće većini građana u izboru predstavnika u parlamente. Oni jedini mogu donositi političke odluke koje utiču na cijelu zajednicu. Taj skup pravila i ustanova

obuhvata: izabranu vladu; slobodne i pravedne izbore u kojima glas svakog građanina ima istu težinu; pravo glasa koje obuhvata sve građane neovisno od njihove rase, vjerske, klasne i polne pripadnosti; slobodu mišljenja; pravo svih punoljetnih građana da se kandiduju; slobodu udruživanja; pravo da se stvaraju nezavisna udruženja: društveni pokreti, interesni pokreti i političke partije...²⁶ U savremenoj političkoj teoriji prevladava mišljenje da je demokratija moguća samo kao parlamentarna/predstavnička demokratija. U tom kontekstu, parlamentarizam možemo definisati kao sistem predstavničke vladavine u kojoj se narodna suverenost izražava na periodičnim, slobodnim, opštim i višestranačkim izborima. Predstavnička demokratija nužno pretpostavlja slobodu udruživanja u političke stranke. Svrha izbornog procesa jeste da se omogući javni dijalog o problemima političke zajednice i da se, nakon izbora i formiranja parlamentarne većine, upostavi programski konsensus o razvoju političke zajednice u mandatnom periodu. Ipak, postojanje opšteg prava glasa i slobodnih višestranačkih izbora nije dovoljan kriterij da bi neku državu ili društvo nazvali demokratskim.

U dokumentima Ujedinjenih nacija i Evropske Unije naglašena je neophodnost da se političke odluke, gdje je god to moguće, donose na onom nivou vlasti koji je bliži građanima, kako bi što širi slojevi građana imali mogućnost da utiču na procese donošenja odluka. Ugovorom iz Maastrichta 1991. godine, unutar političkog koncepta Evropske Unije, poseban značaj je dobila participativna demokratija koja je vezana za ukupne društvene reforme i promjenu uloge nevladinog sektora u upravljanju društvenim procesima. Nakon ovog ugovora, Evropska Unija je dobila politički karakter državnog saveza, a koncept socijalnog dijaloga proširen je na načelo participativne demokratije. Time su osigurani preduslovi i iskazana potreba da se sva evropska društva organizuju tako da u procesu donošenja odluka budu uključene sve interesne skupine. Ovim je stari koncept i pristup, po kome je donošenje konačne političke odluke zavisio isključivo od političke volje i odnosa snaga unutar predstavničkog tijela, zamijenjen procesom usklađivanja različitih interesa kroz daleko obuhvatniji socijalni dijalog. Time je načelo participativne demokratije dobilo posebnu vrijednost unutar političkog koncepta funkcionisanja Evropske Unije i njenih institucija, pa sve do lokalnih zajednica.

Izgradnja demokratskih standarda, u pogledu razvoja civilnog aktivizma i političke participacije, započinje u lokalnim zajednicama. Alexis de Tocqueville je, analizirajući politički sistem Sjedinjenih Američkih Država, pisao: "Snaga slobodnih ljudi leži u lokalnoj zajednici. Lokalne institucije su za slobodu ono što je za znanost osnovna škola; one je stavljaju na dohvata ljudima; one ih uče da cijene

²⁶ Lajphart, A. (2003), *Modeli demokratije*, Beograd: Službeni list SCG.

mirno uživanje u njoj i navikava ih da se njome koriste.... U ograničenoj sferi njihovog obuhvata, građani uče da upravljaju društvom te upoznaju formalnosti bez kojih sloboda može napredovati samo kroz revolucije... Shvaćaju usklađenost vlasti i na kraju usvajaju jasna, praktična shvatanja o prirodi svojih dužnosti i opsegu svojih prava”²⁷ Slično njemu, Thomas Jefferson, autor Deklaracije o nezavisnosti i kasniji predsjednik Sjedinjenih Američkih Država, vidio je, u koncentraciji vlasti, bilo u osobi pojedinca ili u nekom suverenom tijelu, glavnu opasnost za očuvanje tekovina američke Revolucije, te u tom kontekstu piše: “...Nije konsolidacija ili koncentracija vlasti ono što doprinosi dobroj vladi, već njihova distribucija... Da bi se ojačala participacija građana, utemeljena na širokom razvoju političkog obrazovanja, što veći broj državnih funkcija treba ostaviti federalnim jedinicama i lokalnim zajednicama.”²⁸ Politička participacija, kao suština demokratije, prema tome se posebno manifestuje u lokalnim zajednicama jer je jedino u lokalnoj samoupravi moguć kontinuiran i neposredan dijalog između građana, njihovih udruženja i nosioca političke vlasti. Prema tome, lokalna demokratija je najefikasniji oblik društvene organizacije za ostvarivanje prava i sloboda čovjeka u zajednici. Lokalna samouprava je završna instanca vlasti preko koje se u državi ispoljavaju demokratski procesi i demokratske vrijednosti. Unutar lokalne samouprave, građanin, kao nosilac suverenosti, ostvaruje svoja prava, slobode i potrebe. Bez obzira na razlike u definisanju, suština demokratije se vezuje za slobode i prava građana da sudjeluju u konstituisanju i funkcionisanju vlasti u društvu. Prema tome, demokratija je složen i kontinuiran društveni proces koji obuhvata različite društvene odnose. U tom smislu, lokalna demokratija podrazumijeva društvene procese koji se ostvaruju u lokalnim zajednicama. U okviru lokalnih zajednica građani imaju realnu mogućnost da institucionaliziraju svoje interese i potrebe. Prema tome, ako je mjera demokratije stepen u kome članovi jedne zajednice mogu neposredno da utiču na uslove svoje egzistencije i razvoj svoje zajednice, onda se demokratija najpotpunije može ostvariti u lokalnoj samoupravi. U tome i jeste poseban značaj lokalne samouprave kao demokratske institucije. Historija razvoja demokratskih institucija bila je usko vezana sa položajem lokalnih samoupravnih zajednica u okviru političkog sistema država.²⁹ Reduciranje ili ukidanje prava na lokalnu samoupravu uvijek je bila naznaka uspostavljanja autoritarnih i totalitarnih režima.

²⁷ Tocqueville, A. (1969), *Democracy in America*, Birmingham: University of Alabama Press, str. 63. - 70.

²⁸ Bennett, W. (1964), *American Theories of Federalism*, Birmingham: University of Alabama Press, str. 90.

²⁹ Pašić, N. (1981), *Istorijski put komune*, Beograd: Rad, str. 9.

Literatura i izvori:

1. Bander, W. (1959) *Impact of Agricultural Adjustament on on Community Structure, Rural Sociology in a Chaning Economy*, Birmingham: Urban.
2. Bennett, W. (1964) *American Theories of Federalism*, Birmingham: University of Alabama Press.
3. Blickle, Huegelin, Wyduckel (2002) *Supsiđaritat als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gessellschaft*, Berlin: Beiheft 20
4. Dal, R. (1994) *Dileme pluralističke demokratije*, Beograd: Beogradski krug.
5. Desmond, S. King, Jon Pierre (1990) *Challenges to Local Government*, London: SAGE Publications.
6. Durkheim, Emile (1908) *Die Methode der Soziologie*, Leipzig: Verlag von dr. Werner Klinkhard.
7. Đorđević, J. (1973) *Politički sistem – prilog nauci o čovjeku i samoupravljanju*, Beograd: Privredni pregled.
8. *Evropska povelja o lokalnoj samoupravi* (2007), Tuzla: Forum građana Tuzle.
9. Fromm, Erich (1986) *Zdravo društvo*, Beograd: Nolit.
10. Fukujama, F. (1990) *Kraj historije i posljednji čovjek*, Podgorica: CID.
11. Lajphart, A. (2003) *Modeli demokratije*, Beograd: Službeni list SCG.
12. Loevi, R. (1969) "O porijeklu države", u knjizi *Teorije o društvu*, Beograd: Vuk Karadžić.
13. Mac Iver, R. (1947) *Web of Goverment*, New York
14. *Mala politička enciklopedija* (1966), Beograd: Savremena administracija.
15. Marcuse, Herbert (1989) *Čovjek jedne dimenzije*, Sarajevo: Veselin Masleša.
16. Marinković, R. (1998) *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Beograd: Institut za političke studije.
17. Muhić, F. (1998) *Teorija države i prava*, Sarajevo: Magistrat.
18. Parsons, Talcott (1991) *Društva*, Zagreb: IP August Cesarec.
19. Pašić, N. (1981) *Istorijski put komune*, Beograd: Rad.
20. Pejanović, M. (2005) *Politički razvitak BiH u postdejtonskom periodu*, Sarajevo: TKD Šahinpašić.
21. Pusić, E. (1963) *Lokalna zajednica*, Zagreb: Narodne novine.
22. Reiss, A.J. (1959) *Sociological Studies of Communities*, Madision: *Frontiers of Community Research and Action*.
23. Šušar, S. (1973) *Između zaseoka i megapolisa*, Zagreb: Centar za sociologiju sela, Institut za društvena istraživanja Sveučilišta u Zagrebu.

24. Tennes, F. (1969) *“Zajednica i društvo”*, u knjizi *Teorije o društvu*, Beograd: Vuk Karadžić.
25. Tomac, Z. (1990) *Novi komunalni sistem*, Zagreb: Školska knjiga.
26. Weber, Max. (1986) *Metodologija društvenih nauka*, Zagreb: Globus.
27. Winkelmann, J. (1988) *Gesamelte politische schriften von Max Weber*, Stuttgart: UTB, Auflage: 5.A.

LOCAL SELF-GOVERNMENT – THEORETICAL ASPECTS

Summary

The paper elaborates the historical processes of establishment and development of local self-government as a legal-political institution. In considering the theoretical definition of local self-government, the process of historical development of local communities, which represent the social basis of local self government, is explained in particular. In local government, the citizens directly and via elected representatives manage public affairs of their own interests, except matters that are imposed by law on other levels of government. This right of citizens in democratic states is guaranteed by the Constitution and the Law. Within the given context, the modern theoretical concept of local self-government is principally explained from the aspect of decentralization of political power and its importance in building democratic institutions and values.

Key words

local communities, local self-government, states, democracy, citizen, decentralization, subsidiarity, political participation.

STVARNA NADLEŽNOST ZA ZASNIVANJE USVOJENJA

pregledni znanstveni rad

UDK: 347.633:35.076

mr. Dimitrije Ćeranić*

Sažetak

Autor u radu govori o stvarnoj nadležnosti u postupku za zasnivanje usvojenja. Ova vrsta nadležnosti različito je uređena u mnogim evropskim državama. Evropskom Konvencijom o usvojenju djece predviđena je nadležnost sudskog ili upravnog organa u ovom postupku. U radu je dat prikaz pozitivnog prava država nastalih na tlu nekadašnje Jugoslavije, kao i prava više evropskih zemalja. Pored nacionalnih zakonodavstava, obrađeno je i nekoliko međunarodnih konvencija kojima se reguliše usvojenje. Pri tome, autor se koristio istorijskim, normativnim i komparativnim metodom. Raspravljajući o prednostima i manama zakonskih rješenja u analiziranim pravima, autor je predložio u kom pravcu bi trebalo da se razvijaju prava u nekadašnjim jugoslovenskim republikama. U radu je zaključeno da se postojeći model zasnivanja usvojenja pred organima starateljstva treba dodatno razvijati, ali da nema potrebe za prenošenjem nadležnosti na druge organe, kao što su sud ili posebna komisija na nacionalnom nivou.

Ključne riječi

usvojenje, stvarna nadležnost, organ starateljstva, upravni organ, sud.

* Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu;
dimitrijeceranic@yahoo.com

Uvod

Bosna i Hercegovina je posljednjih decenija bila među državama sa najviše djece bez roditeljskog staranja. Međutim, BiH je i dalje na dnu ljestvice po broju zasnovanih usvojenja.¹ Na ovim prostorima i danas postoji mnogo djece koja nemaju, ili kojima prijete gubitak roditeljskog staranja.² Jedan od oblika zaštite ovakve djece jeste i pravni institut usvojenja.

O pojmu i značaju usvojenja ne treba mnogo govoriti jer je to opštepoznata pravna ustanova, stara koliko i samo društvo. Međutim, o adopciji u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine i bivših jugoslovenskih republika, može se i mora se mnogo toga reći. Čini nam se, da se ovom pitanju poklanjalo malo pažnje i u teoriji i u zakonodavnoj praksi. Predmet našeg istraživanja je stvarna nadležnost za zasnivanje usvojenja. U radu smo iznijeli više teorijskih stavova o ovom problemu, kao i sopstvena shvatanja. Na kraju smo predložili nekoliko zaključaka koji bi mogli poslužiti u budućim reformama porodičnog prava, kako u Bosni i Hercegovini, tako i u zemljama regiona. Analizirali smo nacionalna zakonodavstva u državama nastalim na tlu bivše SFRJ, kao i zakonodavstva nekoliko evropskih država. Predmet analize su bile i međunarodne konvencije kojima se reguliše usvojenje.

Izvori porodičnog prava u državama nastalim na prostoru SFRJ

Odmah nakon prestanka Drugog svjetskog rata, u socijalističkoj Jugoslaviji je donesen Zakon kojim je na jedinstven način regulisana oblast usvojenja.³ Ovo je bio jedan od prvih sistemskih zakona u poslijeratnoj Jugoslaviji. Njime se unifikovala oblast usvojenja koja je prije rata bila partikularno regulisana, s tim da se punovažnost predratnih i u ratu zasnovanih usvojenja nije dovodila u

¹ U periodu od 1992. do 1997. godine, na teritoriji Federacije BiH usvojeno je 336 djece, iako je usljed rata broj djece koja su ostala bez jednog ili oba roditelja bio znatno veći, nezvanično oko 32.000 djece. – Podaci su preuzeti iz: Savjet ministara BiH (2001), *Prvi izvještaj Bosne i Hercegovine Komitetu za prava djeteta*. Sarajevo, str. 25.–26.

² Prema nekim podacima, trenutno u BiH postoji od 2.000 do 4.000 djece o kojima roditelji ne vode računa, a taj broj se iz dana u dan povećava. – Podaci su preuzeti iz izvještaja: Grupa autora (2008), *Položaj djece u Bosni i Hercegovini, Analiza položaja djece bez roditeljskog staranja i/ili djece kojoj prijete gubitak roditeljskog staranja*. Sarajevo: SOS Kinderdorf BiH, str. 2.

³ *Osnovni zakon o usvojenju – OZU*, Sl. list FNRJ, br. 30/47 i 24/52, i Sl. list SFRJ, br. 10/65.

pitanje.⁴ Sedamdesetih godina prošlog vijeka došlo je do preraspodjele nadležnosti između federacije i republika članica pa su federalne jedinice donijele svoje zakone kojima su uredile ovu oblast.

U periodu nakon raspada Jugoslavije, novonastale države su donijele zakone kojima su ukinuti raniji pravni propisi iz doba socijalizma. Jedini izuzetak predstavlja Slovenija u kojoj je u više navrata mijenjan i dopunjavan Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1976. godine.⁵ Srbija je Porodični zakon usvojila 2005.,⁶ Crna Gora 2007.⁷ a Hrvatska je to učinila 2003. godine.⁸ U Bivšoj Jugoslovenskoj Republici Makedoniji, Porodični zakon je donesen 1992. godine. Zakon je pretrpio mnogo izmjena i dopuna u oblasti usvojenja. Najznačajniji promjene desile su se 2004. godine.⁹

U Bosni i Hercegovini, usvojenje je različito regulisano u pravu Republike Srpske u odnosu na pravo Federacije BiH i pravo Brčko Distrikta BiH. U Porodičnom zakonu Republike Srpske¹⁰ preuzete su odredbe iz ranijeg Porodičnog zakona SR BiH¹¹, dok Porodični zakon FBiH¹² i Porodični zakon Brčko Distrikta BiH¹³ sadrže znatno savremenija normativna rješenja.

⁴ "Usvojenje zasnovano za vreme okupacije pred organima koji su bili nadležni u tom vremenu i u postupku koji je tada važio, punovažno je zasnovano i proizvodi pravno dejstvo." – Presuda VSM, Gzz. 71/81 od 3.12.1981., ZSO, VI, 4, 377. – Navedeno prema: Babić, I. (2002), *Komentar Zakona o braku i porodičnim odnosima*. Beograd: Službeni list, str. 196.

⁵ *Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – PZ Slovenije*, Uradni list RS, br. 69/04, prečišćeni tekst. Dostupno na: (http://www.uradni-list.si/_pdf/2004/Ur/u2004069.pdf).

⁶ *Porodični zakon Srbije – PZ Srbije*, Sl. gl. RS, br. 18/05. Dostupno na: (http://www.parlament.sr.gov.yu/content/cir/akta/akta_detalji.asp?Id=209&t=Z#).

⁷ *Porodični zakon Crne Gore – PZ Crne Gore*, Sl. list RCG, br. 1/07. Dostupno na: (<http://www.coscg.org/test/zakoni.php>).

⁸ *Obiteljski zakon Hrvatske – PZ Hrvatske*, Nar. nov. RH, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07. Dostupno na: (<http://narodne-novine.nn.hr/default.aspx>).

⁹ *Закон за семејството – PZ Makedonije*, Сл. весник РМ, br. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08. Dostupno na: (<http://www.pravo.org.mk/results.asp?ID=2>).

¹⁰ *Porodični zakon RS – PZ RS*, Sl. gl. RS, br. 54/02, 41/08. Dostupno na: (www.almaprnjavorac.com/zakoni/porodicni_zakon_RS.pdf).

¹¹ *Porodični zakon SR BiH – PZ SR BiH*, Sl. list SR BiH, br. 21/79, 44/89.

¹² *Porodični zakon FBiH – PZ FBiH*, Sl. nov. FBiH, br. 35/05, 41/05. Dostupno na: (http://www.narkomanija.ba/fileadmin/zakonodavstvo/BiH_Porodicni_zakon_fbih.pdf).

¹³ *Porodični zakon BD BiH – PZ BD BiH*, Sl. gl. BD BiH, br. 66/07. Dostupno na: (<http://www.skupstinabd.ba/zakoni/138/s/66-07%20PORODICNI%20ZAKON%20bos%20C.pdf>).

Pojam i vrste nadležnosti

Nadležnost predstavlja institut procesnog prava. Pojam nadležnosti možemo odrediti u objektivnom i subjektivnom smislu. U objektivnom smislu, nadležnost predstavlja djelokrug poslova jednog organa. U subjektivnom smislu, nadležnost određujemo kao pravo i dužnost jednog organa da postupa u određenoj pravnoj stvari (gledano sa pozicije organa), odnosno kao pravo i dužnost stranaka da se obrate nadležnom organu koji treba da odluči o nekom njihovom subjektivnom pravu (posmatrano sa pozicije stranaka).¹⁴

Možemo govoriti o više podjela nadležnosti. Jedna od njih je i podjela na stvarnu, mjesnu i funkcionalnu nadležnost. Stvarna nadležnost nam daje odgovor koja vrsta organa ima pravo i dužnost prvostepenog odlučivanja u pogledu određene pravne stvari. Mjesna nadležnost se odnosi na pitanje koji od više stvarno nadležnih organa ima pravo odlučivanja u konkretnoj pravnoj stvari. Pod funkcionalnom nadležnosti podrazumijevaju se pravila o raspodjeli poslova u okviru istog organa, kao i pravila o podjeli ovlašćenja između različitih organa iste vrste u postupku po pravnim lijekovima.¹⁵

Sistemi zasnivanja usvojenja

U uporednom pravu, stvarnu nadležnost za zasnivanje usvojenja imaju organi koji vrše upravnu ili sudsku vlast. Međutim, svi pravni sistemi su jedinstveni u jednome – adopcija je ustanova javnog, a ne privatnog karaktera jer je za njen nastanak obavezno učešće organa sa javnim ovlašćenjima.¹⁶ Uloga organa javne vlasti u postupku zasnivanja adopcije može biti dvojaka, zavisno od toga koji je sistem prihvaćen u konkretnom pravnom poretku. Moguća su dva sistema: sistem ugovora (*contractual system of adoption*) i sistem dekreta (*decree system of adoption*).

U sistemu ugovora, do zasnivanja usvojenja dolazi na osnovu ugovora koji međusobno zaključuju budući usvojioци sa roditeljima, odnosno starateljem djeteta koje se usvaja. Za punovažan nastanak ovakvog ugovora neophodno je učešće organa sa javnim ovlašćenjima. Ovakav sistem postojao je i u nekadašnjem jugoslovenskom pravu, koje se primjenjivalo na teritoriji Bosne i Hercegovine do donošenja Porodičnog zakona SR BiH iz 1979. godine.

¹⁴ Stanković, G., Račić, R. (2008), Parnično procesno pravo. Trebinje, Grafokomerc, str. 86.

¹⁵ Stanković–Račić, nav. djelo, str. 87.

U sistemu dekreta, odluku o zasnivanju adopcije donosi organ javne vlasti na osnovu strogo propisanih zakonskih uslova, u zakonom predviđenom postupku, na prijedlog ovlašćenih lica. Odluka se donosi u formi sudskog odnosno upravnog akta. U porodičnim zakonima koji danas važe na teritoriji BiH prihvaćen je sistem dekreta. U našim pravima, adopcija nastaje na osnovu rješenja koje donosi organ sa javnim ovlašćenjima – organ starateljstva.

Stvarna nadležnost suda u postupku za zasnivanje usvojenja

Sudska nadležnost u postupku za zasnivanje usvojenja predviđena je u većini pravnih sistema. Takav slučaj je sa njemačkim¹⁷, austrijskim¹⁸, engleskim¹⁹, holandskim²⁰, pravom Makaa²¹ i mnogim drugim pravima. Postoji mnogo sličnosti, ali i razlika između ovih prava. Primjera radi, u nekima je prihvaćen sistem ugovora, dok u nekima postoji sistem dekreta. Analizirajući njemačko i austrijsko pravo, možemo uočiti ovu razliku.

U Njemačkom građanskom zakoniku²² prihvaćen je sistem dekreta zasnivanja usvojenja. Do zakonske reforme iz 1976. godine postojao je koncept ugovora.²³

¹⁶ O istorijatu i razvoju sistema za zasnivanje usvojenja, vidjeti u: Prokop, A. (1963), *Porodično pravo*, Usvojenje. Zagreb: Školska knjiga, str. 75.–80.

¹⁷ O usvojenju u njemačkom pravu, vidjeti u: Kropholler, J. (2003), *BGB – Studienkommentar*. München, 910 sq. Navedeno prema: Đurđević, D. (2008), *Osnovi porodičnog prava Crne Gore*. Podgorica, CID, str. 192.

¹⁸ O adopciji u austrijskom pravu, vidjeti u: Schwimann (1973) "Das Österreichische Adoptionsrecht nach seiner Reform", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Wien, 345 sq.; Hinteregger, M. (2000), *Familienrecht Verlag Österreich*. Wien, str. 146.–151.

¹⁹ O razvoju instituta usvojenja u engleskom pravu, vidjeti u: Cretney, S. (2004 reprinted), *Law, Law Reform and the Family*. Oxford: Clarendon Press, str. 184.–205.

²⁰ U adopciji u holandskom pravu, vidjeti u: Vlaardingerbroek, P. (2007), "The International Adoption Market and the Best Interests of the Child", *Pravni život*, Beograd, br. 10/2007, str. 215.–232.

²¹ O adopciji u Makau, vidjeti u: Correia, P.N. "The Essential about Adoption in Macao Special Administrative Region (MSAR) of People's Republic of China (PRC)", *Pravni život*, Beograd, br. 10/2009, str. 959.–973.

²² *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*. Dostupno na: (<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>).

²³ Do usvajanja Zakona o usvojenju od 2. jula 1976. godine. – Adoptionsgesetz, koji je stupio na snagu 1. januara 1977. godine, usvojenje je u njemačkom pravu nastajalo na osnovu sudski ovjerenog ugovora koji su međusobno zaključivali usvojioci i roditelji usvojenika.

Odluku o adopciji donosi starateljski sud (*Familiengericht*) u vanparničnom postupku.²⁴ Prije donošenja odluke o usvojenju, sud utvrđuje ispunjenost materijalnih i formalnih zakonskih pretpostavki. Jedna od pretpostavki tiče se i stručnog mišljenja agencija koje posreduju u usvojenju (*Adoptionsvermittlung*).²⁵ U nadležnosti agencija su organizovanje i nadzor probnog smještaja (*Probezeit*), kao i sastavljanje izvještaja o podobnosti usvojenika i potencijalnih usvojioca. Postupak se pokreće ličnim zahtjevom potencijalnih usvojitelja. Zahtjev (*Antrag*) se podnosi sudu u formi notarske isprave i ne može biti modifikovan uslovom ili rokom.²⁶ Sud donosi akt o adopciji vodeći računa o najboljim interesima djeteta (*Kindeswohl*).²⁷

Austrijskim građanskim zakonikom²⁸ predviđen je sistem ugovora, iako je ovaj koncept u većini evropskih prava zamijenjen modelom dekreta. U Austriji, saveznim zakonima reguliše se materijalno pravo²⁹, sudski postupak, kao i opšta načela socijalne zaštite maloljetnika u postupku zasnivanja usvojenja³⁰. Zakonima federalnih jedinica preciznije se uređuje postupak pred organima socijalne zaštite maloljetnika. Usvojenje u austrijskom pravu nastaje u formi javne isprave, tj. u formi pismenog ugovora o usvojenju (*Schriftlichen Vertag*). Sporazum o adopciji međusobno zaključuju usvojioc i usvojenik. Ugovor se mora podnijeti sudu (*Gerichtliche*) na odobrenje (*Bewilligung*).³¹ Prema ranijim zakonskim rješenjima, odobrenje je davalo zemaljsko načelštvo. Aktu odobrenja prethodi složen postupak posredovanja (*Die Vermittlung*) koji se vodi pred organima socijalne zaštite maloljetnika (*Jugendwohlfahrtsträger*). U nadležnosti organa socijalne zaštite je i organizovanje probnog smještaja djeteta u porodicu potencijalnih usvojioca.³²

²⁴ Vanparnični postupak je regulisan Zakonom o vanparničnom postupku: *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FGG*. Dostupno na: (<http://dejure.org/gesetze/FGG>).

²⁵ Nadležnost agencija i lica u posredovanju u postupku usvojenja uređena je Zakonom o posredovanju kod usvojenja: *Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*. Dostupno na: (<http://dejure.org/gesetze/AdVermiG>).

²⁶ § 1752 BGB-a.

²⁷ § 1741 (1) BGB-a.

²⁸ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*. Dostupno na: (<http://ibiblio.org/ais/abgb1.htm>).

²⁹ § 178–185a. ABGB-a.

³⁰ Zakon o socijalnoj zaštiti maloljetnika: *Jugendwohlfahrtsgesetz – JWG*. Dostupno na: ([http://www.jusline.at/Jugendwohlfahrtsgesetz_\(JWG\)_Langversion.html](http://www.jusline.at/Jugendwohlfahrtsgesetz_(JWG)_Langversion.html)).

³¹ § 179a. ABGB-a.

³² § 24 JWG-a.

Kao što vidimo, i u njemačkom i u austrijskom pravu usvojenje nastaje odlukom suda, s tim da postoji razlika u pogledu karaktera te odluke. U Austriji, to je akt odobrenja ugovora, dok je u Njemačkoj to konstitutivni dekret. Međutim, oba prava imaju nekoliko zajedničkih obilježja. Tu, prije svega, mislimo na obavezno učešće organâ (agencija, lica i sl.) kojima je povjereno organizovanje i nadzor probnog smještaja djeteta. Prije donošenja odluke suda, ova tijela obavljaju veliki dio posla u postupku zasnivanja usvojenja. Identična ili slična normativna rješenja prihvaćena su i u drugim pravnim sistemima u kojima je nastanak adopcije u sudskoj nadležnosti. Zbog svega ovoga, zaključujemo da ne postoji "čist" sistem sudske nadležnosti zasnivanja usvojenja. U svim pravnim sistemima, u adoptivnom postupku, uvijek na neki način učestvuju i organi kojima je povjereno obavljanje javnih, odnosno upravnih ovlaštenja.

U pravima država nastalih na tlu SFRJ, postupak zasnivanja adopcije je u nadležnosti organa starateljstva. Međutim, i kod nas su postojali teoretičari koji su zagovarali sudsku nadležnost u postupku zasnivanja usvojenja.³³ Oni su isticali, da u modelu usvojenja kakav postoji u našem pravu nadležni organi starateljstva imaju veliko diskreciono pravo.³⁴ Razloge za korišćenje diskrecionog prava, ovi autori vide u nepreciznosti profesionalnih kriterijuma koji se primjenjuju, kao i u neadekvatnom žalbenom postupku. Po njima, postojeći birokratski model ima socijalno-zaštitni karakter, dok je pravni karakter usvojenja zanemaren.³⁵ Ovi pravni pisci smatraju da bi zakonom trebalo definisati precizne okvire porodične zajednice koja se obezbjeđuje usvojenom djetetu.³⁶

Iako načelno nismo protiv toga da konačnu odluku o usvojenju donosi sud, mislimo da danas kod nas za to nema ni potrebe ni realnih mogućnosti. Sudovi su opterećeni predmetima i slabo su kadrovski i materijalno obezbijeđeni, i ne postoje izgledi da će se to u skorije vrijeme promijeniti.³⁷ Dodatno opterećivanje sudova poslovima iz oblasti adopcije u ovom trenutku bi proizvelo kontraefekat.³⁸ Uostalom, i kada bi došlo do prelaska nadležnosti sa organa starateljstva na sudove, centri za socijalni rad bi i dalje bili aktivno uključeni u prikupljanju podataka, tako da se postavlja pitanje smisla i domašaja takve reforme. Zbog svega ovoga, mislimo da bi adoptivni postupak u pravima na prostoru bivše Jugoslavije i dalje trebalo da ostane u nadležnosti organa starateljstva jer su ovi organi

³³ Vidjeti u: Mitić, M. (1969), "Neraskidivo usvojenje", *Naša zakonitost*, Zagreb, br. 4/1969, str. 289.-290.; Ponjavić, Z. u: Janjić-Komar, M., Korać, R., Ponjavić, Z. (1999) *Porodično pravo*. Beograd: Nomos, str. 245.

³⁴ Ponjavić, nav. djelo, str. 245.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

trenutno jedini stručno osposobljeni za odvijanje postupka za zasnivanje usvojenja.

Loš primjer prelaska nadležnosti za usvojenje sa upravne vlasti na sudsku vlast, postoji u tzv. Zakonu Kosova o porodici.³⁹ S obzirom na zvaničan stav Bosne i Hercegovine o nepriznavanju nezavisnosti tzv. Republike Kosovo, kao i na političku osjetljivost ove teme, ovdje nećemo ulaziti u legalnost ovog pravnog propisa, ali ćemo dati nekoliko napomena o njegovoj sadržini.

U Zakonu Kosova o porodici, predviđena je sudska nadležnost u postupku za zasnivanje usvojenja ili, kako se to u Zakonu kaže - nadležni autoritet za usvojenje je sud.⁴⁰ Usvojenje nastaje u formi zapisnika koji sačinjava sud. U zapisnik se unose podaci o svim preduzetim radnjama, izjave i sporazum usvojioca i usvojenikovih roditelja, kao i činjenica proglašenja usvojenja.⁴¹ Zanimljivo je napomenuti da se ni na jednom mjestu u Zakonu ne precizira ko ima funkcionalnu nadležnost u ovom postupku. Potpuno je nejasno da li je to sudija, sudijski pripravnik ili neki drugi zaposlenik u sudu. Pretpostavljamo da je ovo pitanje regulisano nekim drugim zakonom ili poslovnikom o radu suda, što smatramo izuzetno lošim normativnim rješenjem.

Pored nadležnosti suda, u pravu tzv. Republike Kosovo, značajnu ulogu u procesu usvojenja ima i organ starateljstva. Koliko je nejasan odnos nadležnosti suda i nadležnosti organa starateljstva, najbolje se vidi iz odredaba Zakona kojima se reguliše prestanak usvojenja. U jednom stavu se kaže da organ starateljstva poništava usvojenje zbog mana volje, dok se u drugom stavu istog člana govori o tužbi kao procesnopravnoj radnji kojom se pokreće (sudski) postupak poništenja.⁴² O prestanku adopcije po službenoj dužnosti odlučuje sud, a o prestanku po zahtjevu usvojioca ili usvojenika odlučuje organ starateljstva.⁴³

³⁷ Parnice iz oblasti bračnih odnosa i odnosa roditelja i djece, i sada predstavljaju jedan od gorućih problema za sudove, zbog nedovoljne specijalizovanosti sudija u ovoj oblasti.

³⁸ Trenutno je na djelu proces smanjenja obima poslova u nadležnosti sudova. Samim tim, ne može biti ni riječi o sudskoj nadležnosti u postupku adopcije. Očit primjer predstavlja uvođenje novog/starog instituta u naše pravo – notarijata.

³⁹ *Zakon Kosova o porodici – PZ Kosova*, Sl. list tzv. R. Kosovo, br. 32/2004. Dostupno na: (http://www.gazetazyrtare.com/e-gov/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=28).

⁴⁰ Čl. 161. st. 1. PZ-a Kosova.

⁴¹ Čl. 187. st. 1. i 2. PZ-a Kosova.

⁴² Up. st. 1. i st. 4. čl. 196. PZ-a Kosova.

⁴³ Up. čl. 198. i čl. 199. PZ-a Kosova.

O svim nejasnoćama i kontradiktornostima kojima obiluje ovaj zakonski tekst, ovdje nećemo govoriti jer to nije tema ovog rada. Ono što želimo naglasiti jeste činjenica da prelazak nadležnosti sa jedne vrste organa na drugu vrstu organa nerijetko prate velike nedoumice i problemi. To što se desilo sa pravnim propisima na Kosovu i Metohiji, samo je primjer do čega može dovesti nesistematična reforma i radikalne sistemske promjene. Naravno, nestručnost kosovskog zakonopisca jedan je od osnovnih razloga postojeće zakonske konfuzije. Međutim, postoje i razlozi načelne prirode. Pravni sistem se ne mijenja radikalno i naglo, nego postepeno, uz poštovanje pravne tradicije.

Stvarna nadležnost nacionalne komisije u postupku za zasnivanje usvojenja

U nekim pravnim sistemima, odluku o usvojenju donosi jedinstvena komisija koja se formira na nacionalnom nivou. Takav slučaj postoji u makedonskom pravu. Komisija za zasnivanje usvojenja formirana je pri Ministarstvu rada i socijalne politike.⁴⁴ Komisija je nadležna za vođenje jedinstvenog registra mogućih usvojlaca i jedinstvenog registra mogućih usvojenika.⁴⁵ Komisiju čini pet članova koje imenuje ministar. Članovi moraju imati najmanje 15 godina radnog iskustva u struci i biraju se iz reda pravnika, pedagoga, psihologa i socijalnih radnika.⁴⁶

Postupak se pokreće pismenim zahtjevom koji se podnosi Komisiji.⁴⁷ Zahtjev se može odbaciti ili primiti u proceduru. Odluku o tome donosi Komisija. Zahtjev sa priloženom dokumentacijom se dostavlja nadležnom centru za socijalni rad. Procjenu podobnosti lica koja su podnijela zahtjev, kao i utvrđivanje motiva

⁴⁴ Čl. 14. st. 2. i čl. 97. st. 2. PZ-a Makedonije.

⁴⁵ Čl. 104. PZ-a Makedonije. Zanimljivo je da se u Makedoniji vode dva registra. Jedan za potencijalne usvojitelje i drugi za potencijalne usvojenike. Forma, sadržina i način vođenja ovih registara bliže su uređeni pravilnicima koje je donijelo Ministarstvo. – Правилникот за формата, содржината и начинот на водење на регистарот на можни посвоители; Правилникот за формата, содржината и начинот на водење на регистарот на можни посвоеници, Сл. весник РМ, br. 66/04.

⁴⁶ S obzirom na to da se zakonom predviđaju samo četiri stručne oblasti, postavlja se pitanje iz koje oblasti treba da bude peti član Komisije. Pojedini teoretičari smatraju da bi to trebalo da bude ljekar i predlažu izmjene i dopune pravnih propisa u tom smislu. – Stefanoski, Lj. (2006) "Postupak usvojenja u Makedoniji", str. 319. U: *Novo porodično zakonodavstvo*. Kragujevac.

⁴⁷ Čl. 104. st. 1. i 2. i čl. 104. PZ-a Makedonije. U PZ-u Makedonije, nije precizirano ko ima pravo na pokretanje postupka za zasnivanje usvojenja. Nije sporno da to mogu učiniti usvojitelji i organ starateljstva, ali je nejasno da li to mogu i roditelji djeteta.

za adopciju, vrši organ starateljstva. Prijedlog za upis podnosioca zahtjeva u registar potencijalnih usvojitelja daje centar za socijalni rad. O prijedlogu odlučuje nacionalno tijelo. Slična procedura je predviđena i za upis djeteta u registar mogućih usvojenika, s tim da postupak pokreće organ starateljstva po službenoj dužnosti.

Nadležni centar za socijalni rad⁴⁸, na osnovu podataka iz registra, predlaže porodicu za koju smatra da odgovara konkretnom djetetu.⁴⁹ Republički organ nije u obavezi da prihvati mišljenje organa starateljstva. Nacionalno tijelo može dijete smjestiti i u drugu porodicu na probni smještaj. U periodu adaptacije, centar za socijalni rad, ali i Komisija nadziru stepen podobnosti djeteta i licâ kod kojih se ono nalazi. Po isteku određenog roka, nadležni organ starateljstva sastavlja izvještaj i daje mišljenje o usvojenju djeteta, koje dostavlja nacionalnom tijelu na odlučivanje.⁵⁰ Na osnovu dostavljenog mišljenja i uvida u cjelokupan predmet, republički organ donosi odluku o zasnivanju usvojenja. Čin zasnivanja usvojenja odvija se na ročištu pred Komisijom. Ročištu prisustvuju budući usvojitelji, roditelji odnosno staratelj djeteta kao i sam usvojenik ako je stariji od 12 godina. O postupku zasnivanja usvojenja vodi se zapisnik i na kraju donosi rješenje. Rješenje o zasnivanju usvojenja dostavlja se nadležnom matičaru radi upisa u matičnu knjigu rođenih.⁵¹

Kao što smo vidjeli, postupak za zasnivanje usvojenja u makedonskom pravu umnogome je specifičan. Koliko je ovo zakonsko rješenje dobro ili nije, može se raspravljati.⁵² Nama se čini da se, od principijelno ne tako loše zamisli, došlo do izuzetno loše realizacije. Složen, spor i neefikasan proces nastajanja usvojenja osnovna je karakteristika pozitivnog makedonskog prava. Umjesto obezbjeđenja, harmoničnosti postupanja i standarda odlučivanja (što je bio cilj reforme), dobio je sistem dvostrukih nadležnosti. Reformom je uspostavljen koncept po kome

⁴⁸ Čl. 104. st. 1. PZ-a Makedonije. Zakonom se izričito ne reguliše koji je centar nadležan za ovo pitanje. Sistemskim tumačenjem, dolazimo do zaključka da se nadležnost određuje prema mjestu prebivališta djeteta.

⁴⁹ Bliži uslovi i kriterijumi za izbor usvojioca regulisani su pravilnikom koje je donijelo Ministarstvo. – V. Правилникот за поблиските услови и критериуми за избор на посвоители, Сл. весник РМ, бр. 66/04. О неpreciznostima Pravilnika i potrebi za njegovom doradom, nećemo govoriti i uputićemo na radove drugih autora. – Vidjeti o tome: Stefanoski, nav. djelo, str. 323.-325.

⁵⁰ Čl. 104. st. 1. PZ-a Makedonije.

⁵¹ Čl. 112. st. 1. PZ-a Makedonije.

⁵² O potrebi pojednostavljenja postupka, kao i o usaglašavanju zakonskih i podzakonskih akata, pisali su i drugi autori. Između ostalih, vidjeti u: Stefanoski, nav. djelo, str. 326.

republičko tijelo odlučuje na osnovu činjenica koje su utvrdili lokalni organi. Neposredan kontakt sa potencijalnim usvojiocima i usvojenikom i dalje imaju centri za socijalni rad, a odluku o usvojenju donosi nacionalni organ.

Iako makedonsko iskustvo ima i neke dobre strane, mislimo da u pravima sa prostora bivše SFRJ ne treba eksperimentisati sa formiranjem nacionalnog tijela koje bi odlučivalo o usvojenju. Svakako da je makedonski zakonopisac mogao preciznije urediti adoptivnu formu, ali čini nam se da je ovakav koncept u principu loš. Sistem adopcije možemo uporediti sa pravosudnim sistemom. U većini prava postoje prvostepeni, drugostepeni i vrhovni sud. Vrhovni sud služi za ujednačavanje sudske prakse i kontrolu zakonitosti donesenih odluka od strane nižestepenih sudova. Isto tako, postoje nižestepeni organi koji odlučuju o adopciji, ali postoji i viši organ koji kontroliše zakonitost i pravilnost rada nižih organa. U našim pravima, organi starateljstva prvostepeno odlučuju, a nadležna ministarstva vrše kontrolu njihovog rada. Samim tim, nema potrebe za uvođenjem nacionalnog koordinišućeg tijela. Međutim, postoji potreba za poboljšanjem kvaliteta rada i obučenosti u centrima za socijalni rad, a pogotovo potreba za poboljšanjem kvaliteta rada u ministarstvima.

Stvarna nadležnost organa uprave/organa starateljstva u postupku za zasnivanje usvojenja

Stvarnu nadležnost za zasnivanje usvojenja u pravnim sistemima nastalim na tlu nekadašnje Jugoslavije ima organ starateljstva, izuzev u Makedoniji.⁵³ Nadležnost organa starateljstva bila je predviđena i u ranijim propisima republičkih porodičnih zakona. Ovakvo rješenje nije nepoznato u savremenim pravima. Štaviše, postoji mnogo država u kojima je nadležnost za zasnivanje adopcije na upravnim organima. Takva normativna rješenja su prisutna u danskom⁵⁴, norveškom⁵⁵, švajcarskom⁵⁶ i mnogim drugim pravima.

⁵³ V. čl. 161. st. 2. PZ-a RS; čl. 105. st. 1. PZ-a FBiH; čl. 88. st. 1. PZ-a BD BiH; čl. 88. PZ-a Srbije; čl. 135. PZ-a Crne Gore; čl. 135. st. 1. PZ-a Hrvatske; čl. 10.b i čl. 146. PZ-a Slovenije.

⁵⁴ O adopciji u danskom pravu, vidjeti zvanični sajt Ministarstva pravde Danske, Odjeljenja za porodicu. Dostupno na: (<http://www.familiestyrelsen.dk/adoption/>).

⁵⁵ Zakon o usvojenju Norveške: *Lov om adopsjon (Adopsjonloven)*. Dostupno na: (<http://www.regjeringen.no/en/doc/Laws/Acts/ACT-OF-28-FEBRUARY-1986-NO-8-RELATING-TO.html?id=443477>).

⁵⁶ § 268 Švajcarskog građanskog zakonika: *Code civil suisse – CCS*. Dostupno na: (<http://www.admin.ch/ch/f/sr/c210.html>).

Postoje izvjesne razlike kada je riječ o određivanju organa ili organizacije koji obavljaju poslove organa starateljstva u pravima nekadašnjih jugoslovenskih republika. U nekim pravnim sistemima jasno je naglašeno da poslove organa starateljstva vrše centri za socijalni rad.⁵⁷ S druge strane, u nekima je prioritet dat centrima za socijalni rad, s napomenom da u opštinama u kojima nije formiran centar za socijalni rad, te poslove obavlja opštinska služba kojoj je povjereno vršenje tih poslova.⁵⁸ U pojedinim pravima, predviđeno je da poslove organa starateljstva obavlja Odjeljenje za zdravstvo i ostale usluge – pododjeljenje za socijalnu zaštitu.⁵⁹

U pravu Republike Srpske postoji najlošije zakonsko rješenje. Porodičnim zakonom je predviđeno da lokalne samouprave mogu da odrede organ ili organizaciju koja će vršiti poslove organa starateljstva, ukoliko ove poslove ne obavlja opštinski organ uprave nadležan za poslove socijalne zaštite.⁶⁰ Iako su u većini opština RS formirani centri za socijalni rad, kojima su povjereni poslovi organa starateljstva, ipak moramo da konstatujemo da je postojeća zakonska formulacija retrogradna i neprecizna. Mišljenja smo da bi *de lege ferenda* trebalo odrediti da poslove organa starateljstva obavljaju centri za socijalni rad. Takođe, trebalo bi predvidjeti i mogućnost da ove poslove za područje više opština može da obavlja jedan centar za socijalni rad.

Postupak za zasnivanje usvojenja, u cjelosti se odvija pred centrom za socijalni rad u pravima Republike Srpske, Federacije BiH, Brčko Distrikta BiH, Srbije, Hrvatske, Slovenije i Crne Gore. U toku postupka obavezno je i učešće drugih pomoćnih organa, organizacija i stručnjaka.⁶¹ Učešće ovih pomoćnih tijela sastoji se u davanju stručnog mišljenja prilikom utvrđivanja opšte adoptivne podobnosti usvojitelja i usvojenika. U najkraćim crtama, objasnimo sistem zasnivanja usvojenja koji postoji u ovim pravnim sistemima.

Organ starateljstva ima zadatak da pruža socijalnu zaštitu i pravnu pomoć porodici i njenim članovima. Jedna od funkcija ovog organa jeste i zasnivanje usvojenja. Centar postupa po opštim pravilima upravnog postupka, uz naglašenu multidisciplinarnost i timski rad. Stručnjaci različitog profila (socijalni radnik, pravnik, psiholog, pedagog, ljekar i dr.) utvrđuju postojanje zakonskih pretpostavki za punovažan nastanak adopcije. O utvrđenim činjenicama i okolnostima

⁵⁷ Čl. 12. st. 1. PZ-a Srbije; čl. 9. st. 2. PZ-a Crne Gore; čl. 135. st. 1. PZ-a Hrvatske; čl. 10.b PZ-a Slovenije.

⁵⁸ Čl. 5. st. 1. i 2. PZ-a FBiH.

⁵⁹ Čl. 2. st. 3. PZ-a BD BiH.

⁶⁰ Čl. 13. st. 1. PZ-a RS.

⁶¹ Čl. 162. st. 2. PZ-a RS; čl. 106. st. 2. PZ-a FBiH; čl. 89. st. 2. PZ-a BD BiH; čl. 314. st. 4. PZ-a Srbije.

sačinjavaju se pojedinačni i zajednički pismeni nalazi i mišljenja. Timski zaključak nema karakter formalnopravne odluke kojom nastaje usvojenje.⁶² Zaključak služi kao osnov za donošenje upravnog akta – rješenja organa starateljstva, kojim se zasniva adopcija.

Problem koji uočavamo kod ovakvog modela nastajanja adopcije, jeste pitanje pravnog statusa organa starateljstva. Centri za socijalni rad nisu sudski organi, a nisu ni klasični upravni organi države.⁶³ Samim tim, moglo bi se postaviti pitanje ispunjenosti međunarodnih standarda koji postoje u ovoj oblasti, a kojima se predviđa da odluku o usvojenju donosi sudska ili upravna vlast. Analiziranjem pravnog položaja centara za socijalni rad, dolazimo do zaključka da su to javne službe, odnosno ustanove sa javnim ovlašćenjima. Država je ovim ustanovama povjerila obavljanje nekih javnih funkcija, pa tako i funkciju zasnivanja usvojenja.⁶⁴ S obzirom na to, možemo reći da centri za socijalni rad imaju određenu javnu vlast, tj. predstavljaju organe javne/upravne vlasti.

Mišljenja smo da postojeći sistem zasnivanja usvojenja u pravima nekadašnjih jugoslovenskih republika u načelu nije loš. Centri za socijalni rad su trenutno jedine ustanove koje organizacijom i metodologijom rada, strukturom zaposlenih, profesionalnošću i iskustvom, mogu da ispune zahtjeve koji su propisani međunarodnim i nacionalnim pravnim propisima.⁶⁵ Svakako, to ne znači da ne postoje manjkavosti ovog sistema. Tu, prije svega, mislimo na neujednačenu upravnu praksu, kao i na neprecizna zakonska rješenja. S obzirom na obim i prirodu rada, ovdje nećemo detaljnije analizirati ove probleme i uputićemo na druge stručne⁶⁶ i naučne radove⁶⁷. Osnovnu primjedbu i prijedlog kako da se taj

⁶² Cf. Grupa autora (2002), *Izveštaji prava deteta u Srbiji 1996.–2002*. Beograd: Centar za prava deteta, str. 129.

⁶³ U teoriji i pozitivnom pravu, postoji razlika između pojmova javne i državne uprave. Više o ovome, vidjeti u: Lilić, S., Kunić, P., Dimitrijević, P., Marković, M. (2002), *Upravno pravo*. Beograd: Savremena administracija, str. 55.–66.

⁶⁴ Cf. *Izveštaji prava deteta u Srbiji 1996.–2002*, str. 127.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Vidjeti o tome: Izveštaj o radu Ministarstva za brigu o porodici Republike Srbije, za 2000. godinu; Obrazloženje modela zakonskih normi o zaštiti dece bez roditeljskog staranja, sačinjeno od strane ekspertskeg tima Ministarstva za rad i socijalna pitanja Republike Srbije i NVO Save the Children UK – Belgrade Office; *Izveštaji prava deteta u Srbiji 1996.–2000*.

⁶⁷ Vidjeti o tome: Ćeranić, D. (2008), *Nasljednopravna dejstva nepotpunog usvojenja u pravu Republike Srpske i BiH*, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale, str. 327.–353.; Ćeranić, D. (2009), *Pripremni (prethodni) postupak za zasnivanje usvojenja*, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale, str. 263.–278.

problem riješi, svešćemo na konstataciju da bi, i zakonopisci i radnici ministarstva, kao i radnici centara za socijalni rad, morali mnogo bolje da poznaju pravo i pravne postupke.

Međunarodni sporazumi kojima se reguliše nadležnost za usvojenje

Posljednjih decenija je potpisano više međunarodnih sporazuma kojima je regulisana oblast usvojenja. I stvarna nadležnost je jedno od pitanja koje je uređeno ovim konvencijama.

Konvencijom UN-a o pravima djeteta od 20. novembra 1989. godine,⁶⁸ garantuje se poštovanje najboljih interesa djeteta u postupku zasnivanja usvojenja. U Konvenciji se ni na jednom mjestu ne govori o vrsti organa koji je nadležan za ovo pitanje. Međutim, propisana je obaveza država da obezbijede uslove kojima bi se garantovao javnopravni karakter usvojenja – o adopciji mora da odlučuje nadležni organ u zakonom propisanom postupku, na osnovu relevantnih dokaza i informacija.⁶⁹

Revidirana Evropska Konvencija o usvojenju djece od 27. novembra 2008. godine⁷⁰, zamijenila je Evropsku Konvenciju o usvojenju djece iz 1967. godine.⁷¹ U pogledu nadležnosti, oba sporazuma sadrže identične tekstove. Predviđena je nadležnost sudskog ili upravnog organa, s tim da se bliže ne određuju karakteristike tih organa.

Haška konvencija o zaštiti djece i saradnji u oblasti međudržavnog usvojenja od 29. maja 1993. godine⁷² usvojena je na sedamnaestoj sesiji Haške konfe-

⁶⁸ *Konvencija UN o pravima djeteta*, Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/90.

U čl. 7. Ustava BiH, kaže se da BiH ostaje ili postaje strana ugovornica međunarodnih sporazuma koji su pobrojani u Aneksu 1 Ustava. Jedan od tih sporazuma je i Konvencija o pravima djeteta iz 1989. godine.

⁶⁹ Čl. 21. st. 1. t.(a) Konvencije UN-a o pravima djeteta.

⁷⁰ *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*. Dostupno na: (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>). Kao članica Savjeta Evrope, Bosna i Hercegovina je otpočela postupak pristupanja ovoj konvenciji. Savjet ministara je uputio tekst sporazuma na razmatranje u stručna tijela BiH i entiteta.

⁷¹ *European Convention on the Adoption of Children*, 1967, ETS No. 58. Dostupno na: (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm>).

⁷² *Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption*. Dostupno na: (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69).

rencije za međunarodno privatno pravo.⁷³ U Konvenciji se zahtijeva od država potpisnica da odrede Centralni organ (*Central Authority*) koji će biti nadležan za sprovođenje obaveza predviđenih sporazumom.⁷⁴ Osnovna funkcija Centralnog organa je u unapređenju saradnje između organâ nadležnih za usvojenje u državama ugovornicama (*Competent Authorities – Accredited Bodies*).⁷⁵ Pojedine proceduralne radnje, predviđene Konvencijom, umjesto Centralnog organa mogu obavljati organi javne vlasti (*Public Authorities*) ili nadležni organi za usvojenje (*Accredited Bodies*), odnosno ove funkcije se mogu povjeriti određenim organima i licima (*Bodies or Persons*) koji ispunjavaju stručne i moralne standarde.⁷⁶

Bosna i Hercegovina, kao i većina bivših jugoslovenskih republika nije potpisnica Haške konvencije, kao ni Konvencije o usvajanju djece. Mislimo da bi što prije trebalo pristupiti potpisivanju i ratifikaciji ovih konvencija. Time bi se poboljšali zakonski standardi u ovoj oblasti, a spriječili bi se nelegalni i sporni postupci usvajanja djece od stranih državljana.⁷⁷ O potrebi pristupanja ovom sporazumu od strane Bosne i Hercegovine, govori se i u Zaključnim razmatranjima Komiteta o pravima djeteta, koja su dostavljena kao odgovor na Inicijalni izvještaj BiH o pravima djeteta.⁷⁸ Potpisivanjem ovog međunarodnog ugovora olakšao bi se i postupak međudržavnog priznanja pravnih posljedica zasnovane adopcije, koji je sada veoma komplikovan i neprecizno regulisan.⁷⁹

⁷³ O primjeni Haške konvencije i međunarodnom usvojenju u praksi Evropske unije, vidjeti u: Grupa autora (2009), *International adoption in the European Union*. Brisel: Directorate General for Internal Policies; Pareboom, M. (2009), *The European Union and International Adoption*. Center for Adoption Policy. Dostupno na: (www.adoptionpolicy.org/.../4-28-05-MPereboomTheEUandInternationAdoption.pdf).

⁷⁴ Čl. 6. st. 1. Haške konvencije.

⁷⁵ Čl. 7. st. 1. Haške konvencije.

⁷⁶ Čl. 22. st 1. i 2. Haške konvencije.

⁷⁷ Očigledan primjer kršenja prava djeteta u postupku međudržavnog usvojenja predstavlja slučaj djece iz Doma "Ljubica Ivezić" iz Sarajeva, koja su 1992. godine odvedena u Italiju gdje su nezakonito usvajana.

⁷⁸ § 38. i 39. Zaključnih razmatranja Komiteta o pravima djeteta od 21. septembra 2005. god. Dostupno na: (www.ombudsmen.gov.ba/.../04%20CRC%20Zakljucna%20razmatranja.pdf).

⁷⁹ Vidjeti o tome: Krvavac, M., Jović, O. (2008), *Međudržavno usvojenje – priznanje i izvršenje stranih odluka*, Pravni život, Beograd, br. 3-4/2008, str. 95.–110.

Zaključna razmatranja

U savremenim pravima, donošenje odluke o usvojenju u nadležnosti je organa koji vrše upravnu ili sudsku vlast. U većini pravnih sistema nastalih na tlu nekadašnje Jugoslavije, o usvojenju odlučuju organi starateljstva, sa izuzetkom Makedonije, gdje je predviđena nadležnost nacionalne komisije. Čini nam se da je koncept nadležnosti organa starateljstva najbolje zakonsko rješenje za pravne sisteme sa prostora SFRJ.

Loše kadrovske i materijalne prilike u kojima rade naši sudovi, kao i preopterećenost neriješenim predmetima, razlozi su zbog kojih postupak usvojenja ne bi trebalo da bude u sudskoj nadležnosti. Uostalom, prihvatanjem ovakvog koncepta, ne bi se mnogo toga promijenilo. Centri za socijalni rad i dalje bi morali prikupljati podatke sa terena, dok bi sudovi formalnopravno odlučivali. Prelaskom nadležnosti sa upravne na sudsku vlast, zakomplikovala bi se ionako složena procedura odlučivanja. Razlog protiv je i poštovanje pravne tradicije. Promjene u pravnom sistemu ne mogu biti nagle i nepromišljene, nego postepene i sistematične.

Takođe, mislimo da koncept zasnivanja usvojenja, kakav postoji u makedonskom pravu, nije sasvim odgovarajući. Umjesto jednoobraznosti postupanja i standarda odlučivanja (što je bio cilj reforme), stvoren je sistem dvostrukih nadležnosti. Republički organ odlučuje na osnovu činjenica koje su utvrdili lokalni organi. Neposredan kontakt sa potencijalnim usvojiocima i usvojenikom i dalje imaju centri za socijalni rad, dok odluku o usvojenju donosi nacionalna komisija.

Zbog svega gore navedenog, smatramo da stvarnu nadležnost u postupku adopcije u nekadašnjim jugoslovenskim pravima, i dalje treba da imaju organi starateljstva. Centri za socijalni rad su trenutno jedine ustanove koje organizacijom i metodologijom rada, strukturom zaposlenih, profesionalnošću i iskustvom mogu da ispune zahtjeve koji su propisani međunarodnim i nacionalnim pravnim propisima. Svakako, to ne znači da ne postoje manjkavosti ovog sistema. Tu, prije svega, mislimo na neujednačenu upravnu praksu, kao i na neprecizna zakonska rješenja, o čemu bi trebalo povesti više računa.

Literatura:

1. Babić, I. (2002) *Komentar Zakona o braku i porodičnim odnosima*. Beograd: Službeni list;
2. Cretney, S. (2004 reprinted) *Law, Law Reform and the Family*. Oxford: Clarendon Press;
3. Correia, P.N. "The Essential about Adoption in Macao Special Administrative Region (MSAR) of People's Republic of China (PRC)", *Pravni život*, Beograd, br. 10/2009;
4. Ćeranić, D. (2008) "Nasljednopravna dejstva nepotpunog usvojenja u pravu Republike Srpske i BiH", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu*, Pale;
5. Ćeranić, D. (2009) "Pripremni (prethodni) postupak za zasnivanje usvojenja", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu*, Pale;
6. Grupa autora (2009) *International adoption in the European Union*. Brisel: Directorate General for Internal Policies;
7. Grupa autora (2008) *Položaj djece u Bosni i Hercegovini, Analiza položaja djece bez roditeljskog staranja i/ili djece kojoj prijete gubitak roditeljskog staranja*. Sarajevo: SOS Kinderdorf BiH;
8. Grupa autora (2002) *Izveštaji prava deteta u Srbiji 1996.–2002*. Beograd: Centar za prava deteta;
9. Hinteregger, M. (2000) *Familienrecht Verlag Österreich*. Wien;
10. *Izveštaj o radu Ministarstva za brigu o porodici Republike Srbije, za 2000. godinu*;
11. Janjić-Komar, M., Korać, R., Ponjavić, Z. (1999) *Porodično pravo*. Beograd: Nomos;
12. Kropholler, J. (2003) *BGB – Studienkommentar*. München. Navedeno prema: Đurđević, D. (2008) *Osnovi porodičnog prava Crne Gore*. Podgorica, CID;
13. Krvavac, M., Jović, O. (2008) "Međudržavno usvojenje – priznanje i izvršenje stranih odluka", *Pravni život*, Beograd, br. 3-4/2008.;
14. Lilić, S., Kunić, P., Dimitrijević, P., Marković, M. (2002) *Upravno pravo*. Beograd: Savremena administracija;
15. Mitić, M. (1969) "Neraskidivo usvojenje", *Naša zakonitost*, Zagreb, br. 4/1969;
16. *Obrazloženje modela zakonskih normi o zaštiti dece bez roditeljskog staranja*, sačinjeno od strane ekspertske grupe Ministarstva za rad i socijalna pitanja Republike Srbije i NVO Save the Children UK – Belgrade Office;

17. Pareboom, M. (2009) *The European Union and International Adoption*. Center for Adoption Policy. Dostupno na: (www.adoptionpolicy.org/.../4-28-05-MPereboomTheEUandInternationAdoption.pdf);
18. *Prvi izvještaj Bosne i Hercegovine Komitetu za prava djeteta*. Sarajevo: Savjet ministara BiH (2001);
19. Prokop, A. (1963) *Porodično pravo, Usvojenje*. Zagreb: Školska knjiga;
20. Stanković, G., Račić, R. (2008) *Parnično procesno pravo*. Trebinje, Grafokomerc;
21. Schwimann (1973) "Das Österreichische Adoptionsrecht nach seiner Reform", Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Wien;
22. Stefanoski, Lj. (2006) "Postupak usvojenja u Makedoniji", Novo porodično zakonodavstvo. Kragujevac;
23. Vlaardingerbroek, P. (2007) "The International Adoption Market and the Best Interests of the Child", Pravni život, Beograd, br. 10/2007.;
24. *Zaključna razmatranja Komiteta o pravima djeteta od 21. septembra 2005. god.* Dostupno na: (www.ombudsmen.gov.ba/.../04%20CRC%20Zakljucna%20razmatranja.pdf).

Zakonski i podzakonski akti, međunarodne konvencije
i korisne internetske stranice

1. *Osnovni zakon o usvojenju*, Sl. list FNRJ, br. 30/47 i 24/52, i Sl. list SFRJ, br. 10/65;
2. *Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih*, Uradni list RS, br. 69/04, prečišćeni tekst. Dostupno na: (http://www.uradni-list.si/_pdf/2004/Ur/u2004069.pdf);
3. *Porodični zakon Srbije*, Sl. gl. RS, br. 18/05. Dostupno na: (http://www.parlament.sr.gov.yu/content/cir/akta/akta_detalji.asp?Id=209&t=Z#);
4. *Porodični zakon Crne Gore*, Sl. list RCG, br. 1/07. Dostupno na: (<http://www.coscg.org/test/zakoni.php>);
5. *Obiteljski zakon Hrvatske*, Nar. nov. RH, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07. Dostupno na: (<http://narodne-novine.nn.hr/default.aspx>);
6. *Zakon za semeјството Македоније*, Сл. весник РМ, br. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08. Dostupno na: (<http://www.pravo.org.mk/results.asp?ID=2>);
7. *Porodični zakon Republike Srpske*, Sl. gl. RS, br. 54/02, 41/08. Dostupno na: (www.almaprnjavorac.com/zakoni/porodicni_zakon_RS.pdf);

8. *Porodični zakon SR BiH*, Sl. list SR BiH, br. 21/79, 44/89;
9. *Porodični zakon Federacije BiH*, Sl. nov. FBiH, br. 35/05, 41/05. Dostupno na: (http://www.narkomanija.ba/fileadmin/zakonodavstvo/BiH_Porodicni_zakon_fbih.pdf);
10. *Porodični zakon Brčko Distrikta BiH – PZ BD BiH*, Sl. gl. BD BiH, br. 66/07. Dostupno na: (<http://www.skupstinabd.ba/zakoni/138/s/66-07%20PORODICNI%20ZAKON%20bos%20C.pdf>);
11. Njemački građanski zakonik: *Bürgerliches Gesetzbuch*. Dostupno na: (<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/>);
12. Zakon o vanparničnom postupku Njemačke: *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*. Dostupno na: (<http://dejure.org/gesetze/FGG>);
13. Zakon o posredovanju kod usvojenja Njemačke: *Adoptionsvermittlungsgesetz*. Dostupno na: (<http://dejure.org/gesetze/AdVermiG>);
14. Austrijski građanski zakonik: *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Dostupno na: (<http://ibiblio.org/ais/abgb1.htm>);
15. Zakon o socijalnoj zaštiti maloljetnika Austrije: *Jugendwohlfahrtsgesetz*. Dostupno na: ([http://www.jusline.at/Jugendwohlfahrtsgesetz_\(JWG\)_Langversion.html](http://www.jusline.at/Jugendwohlfahrtsgesetz_(JWG)_Langversion.html));
16. *Zakon Kosova o porodici*, Sl. list tzv. R. Kosovo, br. 32/2004. Dostupno na: (http://www.gazetazyrtare.com/e-gov/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=28);
17. *Правилникот за формата, содржината и начинот на водење на регистарот на можни посвоители*, Сл. весник РМ, бр. 66/04;
18. *Правилникот за формата, содржината и начинот на водење на регистарот на можни посвоеници*, Сл. весник РМ, бр. 66/04;
19. *Правилникот за поблиските услови и критериуми за избор на посвоители*, Сл. весник РМ, бр. 66/04;
20. Sajt Ministarstva pravde Danske, *Odjeljenja za porodicu*. Dostupno na: (<http://www.familiestyrelsen.dk/adoption/>);
21. Zakon o usvojenju Norveške: *Lov om adopsjon (Adopsjonloven)*. Dostupno na: (<http://www.regjeringen.no/en/doc/Laws/Acts/ACT-OF-28-FEBRUARY-1986-NO-8-RELATING-TO.html?id=443477>);
22. Švajcarski građanski zakonik: *Code civil suisse*. Dostupno na: (<http://www.admin.ch/ch/f/sr/c210.html>);
23. *Konvencija UN o pravima djeteta*, Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 15/90;

24. *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*. Dostupno na: (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/202.htm>);
25. *European Convention on the Adoption of Children, 1967, ETS No. 58*. Dostupno na: (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/058.htm>);
26. *Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption*. Dostupno na: (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69).

REAL JURISDICTION FOR ADOPTION PROCEDURE

Summary

In this paper, the author analyses the competent authority in the adoption proceedings. This matter is regulated differently in the laws of many states. European Convention on the Adoption of Children provides that an adoption shall be valid only if it is granted by a court or an administrative authority. This paper gives an overview of the laws of the former Yugoslav Republics, as well as the laws of the several European countries. The International Convention on Adoption is also analyzed. The author uses historical, normative and comparative method. Finally, the author gives suggestions on how this matter could be regulated *de lege ferenda* in the laws of Yugoslav Republics. It is concluded in the end that the existing adoption proceedings model should be further developed, but that there is no need to transfer the competence onto the other authorities, such as the court or any other special commission at the national level.

Key words

adoption, competent authority, custodial authority, administrative authority, court.

UGOVOR O NASLJEĐIVANJU – NE/OPRAVDANOST NORMIRANJA U ZAKONU O NASLJEĐIVANJU U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

pregledni znanstveni rad

UDK: 347.626
347.65/.68

mr. sc. Boris Krešić*

Sažetak

Analizirajući bračne ugovore zaključene na području Bosne i Hercegovine, primjetno je postojanje volje bračnih partnera, naročito onih koji zaključuju drugi brak, da zaštite svoju posebnu imovinu, kako bi je sačuvali svome djetetu iz prvog braka ili kako bi pokušali imovinu koju su zajedno stjecali podijeliti između sebe, za slučaj smrti jednog od njih. Odredba u bračnom ugovoru u kojoj se bračni partner odriče od nasljedstva, ništavna je i ne proizvodi pravno dejstvo pa će, prema tome, bračni partner moći naslijediti drugog bračnog partnera, bez obzira na navedenu odredbu iz bračnog ugovora. Raspolaganje imovinom za slučaj smrti između bračnih partnera, po ugledu na uporedno pravo, moglo bi se urediti normiranjem ugovora o nasljeđivanju, koji je po važećim propisima nasljednog prava zabranjen u pravu Federacije Bosne i Hercegovine.

U ovom radu će se analizirati ugovor o nasljeđivanju sa osvrtom na uporedno pravo, te dati prijedlozi de lege ferenda za normiranje ugovora o nasljeđivanju u nasljednom pravu Federacije Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi

bračni ugovor, ugovor o nasljeđivanju, nasljedno pravo

* Viši asistent na Pravnom fakultetu u Tuzli;
b_kresic@yahoo.com

Uvod

Nasljedno pravo se ne razvija brzim i radikalnim promjenama, kao na primjer, ugovorno pravo. Nasljedno pravo obično se razvija u dugim blagim "valovima" ili, bolje rečeno, malim koracima. Tako je upravo zbog činjenice da nasljedno pravo ne mora odgovoriti na uobičajene i nagle promjene u gospodarskom društvu, ono svoje promjene temelji na pravdi, moralu, društvu i običajima. Ipak, to ne znači da uticaj gospodarskih promjena nikako ne utiče na nasljedno pravo.

Zakon o nasljeđivanju Bosne i Hercegovine donesen je 1973. godine,¹ a posljednje promjene su se desile 1975. godine.² Od toga vremena do danas, Bosna i Hercegovina je iz socijalističkog prešla u kapitalističko društvo. Zakon o nasljeđivanju koji se primjenjuje na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine zadržao je sve karakteristike socijalističkog društva i do dana današnjeg nije učinjen niti jedan pokušaj njegovog prilagođavanja novonastalim promjenama u društvu.

Donošenjem Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine³ (u daljem tekstu: PZ FBiH), bračna stečevina je po svojoj pravnoj prirodi suvlasništvo sa određenim dijelovima, uvedena je mogućnost zaključenja bračnog ugovora, kojim bračni partneri imaju mogućnost urediti svoje imovinske odnose onako kako njima najviše odgovara. Ipak, bračnim ugovorom bračni partneri ne mogu mijenjati, niti uticati na odredbe nasljednog prava. Bračni partneri su u jednakim dijelovima suvlasnici, te sa svojim suvlasničkim dijelom mogu slobodno raspolagati. Ipak, bračni partneri sa svojom posebnom imovinom i dijelom bračne stečevine ne bi mogli raspolagati i za slučaj smrti, onako kako njima najviše odgovara. Raspolaganje imovinom za slučaj smrti jednog od bračnih partnera, u ujednakom pravu, moguće je urediti putem ugovora o nasljeđivanju.

Ugovor o nasljeđivanju za vrijeme primjene AGZ-a

U Bosni i Hercegovini je ugovor o nasljeđivanju bio normiran u Austrijskom građanskom zakoniku. Od januara 1855. godine Austrijski građanski zakonik (dalje: AGZ) počeo se primjenjivati i na one austrijske državljane koji su živjeli u

¹ *Zakon o nasljeđivanju*, "Sl. list SRBIH", br. 22/73, 22/75, 36/75, 38/75, prečišćeni tekst "Sl. list BiH", br. 7/08.

² Republika Srpska je 2009. godine donijela *Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske*, "Sl. glasnik RS", br: 1/09.

³ *Porodični Zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, "Službene novine Federacije BiH" br. 35/05.

BiH, a od 29. decembra 1878. godine se počeo primjenjivati u BiH, ukoliko nije bilo domaćih zakona ili se oni nisu mogli primjenjivati na nove prilike.⁴

U paragrafu 602. AGZ stajalo je: "Ugovori o nasljeđivanju cele zaostavštine, ili nekog u pogledu na celinu određenog dela iste, mogu se punovažno samo između supruge zaključiti."⁵ Za punovažnost ovog ugovora bilo je potrebno da je pismeno sačinjen i da odgovara svim zahtjevima za pismeni testament.⁶ Suprug koji je pod tutorstvom ili starateljstvom mogao je primiti obećanu mu zaostavštinu, koja mu ne ide na štetu, dok mu je za raspolaganje svojom imovinom putem ugovora o nasljeđivanju bilo potrebno odobrenje suda.⁷ Ugovor o nasljeđivanju, kada je i u javne knjige bio upisan, nije sprečavao supruge da svojim imanjem za svog života po volji rasplažu. Pravo koje je nastajalo iz ugovora, pretpostavljalo je smrt ostavioca, te se nije moglo prenositi na treća lica, niti se moglo tražiti obezbjeđenje budućeg nasljedstva.⁸ Pored zaključenog ugovora o nasljeđivanju, supruzima je uvijek ostajala jedna četvrtina koja nije mogla biti opterećena ugovorom. Čak i kada je ugovorom bila ostavljena cijela zaostavština, jedna četvrtina je pripadala zakonskim nasljednicima, ukoliko nije ostavilac sa njom raspolagao putem testamenta. Nužni nasljednici su bili zaštićeni i zadržavali su svoje pravo na nužni dio i pored zaključenog ugovora o nasljeđivanju.⁹

Da li se bračnim ugovorom štiti imovina u slučaju smrti bračnog partnera?

Bračnim ugovorom bračni partneri svojom voljom mijenjaju zakonski bračno-imovinski režim onako kako njima najviše odgovara i prilagođavaju ga svojim potrebama. U porodičnom zakonodavstvu u BiH nije data klasična definicija bračnog ugovora, već se normira da budući bračni partneri, odnosno bračni partneri mogu bračnim ugovorom drugačije urediti svoje odnose vezane za bračnu stečevinu.¹⁰ Uređivanjem postojeće ili buduće imovine, bračni partneri mogu ugovoriti da određena imovina ima status posebne imovine ili bračne

⁴ Vuković, M. (1961), *Pravila građanskih zakonika*, Zagreb, str. 6.

⁵ Aranelović, D. (1906), *Austrijski građanski zakonik*, preveo, izdanje Arhiva za pravne i društvene nauke, Nova štampa, Beograd, str. 157.

⁶ Par. 1249. AGZ.

⁷ Par. 1250. AGZ.

⁸ Par. 1252. AGZ.

⁹ Par. 1254. AGZ.

¹⁰ Član 252. st. 2. PZFBiH, član 271. st. 3. PZRS, član 229. st. 2. PZBD.

stečevine. Isto tako mogu odrediti da sva buduća imovina ima status posebne imovine, odnosno, odrediti da se na njih primjenjuje režim odvojene imovine.¹¹

Ograničenje prilikom zaključivanja bračnog ugovora odnosi se na činjenicu da su porodični odnosi regulirani normama imperativnog karaktera, što u velikoj mjeri ima za posljedicu limitiranost ugovornih strana u autonomiji volje. Dakle, "pojmovi i principi koji se koriste, pre svega u obligacionom pravu, ne mogu se u potpunosti preneti u porodično pravo".¹² Kada se unutar porodično-pravnih odnosa javljaju imovinsko-pravni odnosi, oni se koncipiraju i rješavaju kao *sui generis* imovinski odnosi.¹³ Bračni partneri ne mogu zaključiti bračni ugovor koji je protivan prirodi samog braka ili mijenjati pravila nasljeđivanja, pošto se radi o ugovoru koji nije osnov nasljeđivanja.

Tako u praksi nailazimo na slijedeće odredbe:

"Ako naš brak prestane smrću jednog od supružnika, drugi supružnik neće nasljeđivati niti potraživati imovinu drugog umrlog bračnog druga. Samo će izdvojiti svoju polovinu zajednički stečene imovine u braku sa umrlim".¹⁴

"U slučaju eventualne smrti jednog od bračnih partnera, svaki bračni partner daje nasljedničku izjavu kojom se prihvata svoga zakonskog dijela koji mu po zakonu pripada i isti ustupa ostalim zakonskim nasljednicima. Ova izjava znači da se stranke međusobno odriču svoga zakonskog nasljedstva i nužnog nasljednog dijela, i ovo odricanje međusobno prihvataju.

Notar je upozorio stranke da u slučaju smrti jednog od njih nastupa zakonski nasljedni red, ukoliko ne postoji raspolaganje za slučaj smrti. Notar je poučio stranke o zakonskom nasljednom redu".¹⁵

PZ FBiH ne dopušta mogućnost uređivanja nasljedno-pravnih odnosa putem bračnog ugovora, već mogućnost uređivanja imovinsko-pravnih odnosa. Izmjena zakonskih nasljednih redova nije moguća prema Zakonu o nasljeđivanju FBiH, a takođe nije moguće ni odricanje od nasljeđa koje se očekuje. Prema članu 137. Zakona o nasljeđivanju, nije moguće odricanje od nasljeđa koje se očekuje. Odricanje od nasljeđa koje nije otvoreno, nema nikakvog pravnog dejstva.

¹¹ Režim odvojene imovine podrazumijeva da svaki bračni partner zarađuje za sebe. Pitanje bračne stečevine se uopšte i ne postavlja. Svaki bračni partner je vlasnik svoje imovine.

¹² Pajić, B. (2008), *Bračni imovinski ugovor, doktorska disertacija*, Univerzitet u Novom Sadu, str 54.

¹³ Morait, B. (2007), *Obligaciono pravo – knjiga prva*, Banja Luka, str. 17.

¹⁴ Bračni ugovor zaključen u Gradačcu.

¹⁵ Bračni ugovor zaključen u Bihaću.

Bračni ugovor nema direktno dejstvo na nasljedno pravo, ali njegovo indirektno dejstvo se može ogledati u podjeli bračne stečevine. Prilikom obračunske vrijednosti zaostavštine, preživjeli bračni partner izdvaja svoj dio u bračnoj stečevini i u zavisnosti u kojem se nasljednom redu nalazi sa ostalim nasljednicima nasljeđuje, na jednake dijelove (ukoliko se nalazi u prvom zakonskom nasljednom redu) ili jednu polovinu (ukoliko se nalazi u drugom zakonskom nasljednom redu), imovinu umrlog bračnog partnera.

Uređenjem imovinskih odnosa putem bračnog ugovora, bračni partner je zaštitio svoju imovinu za slučaj razvoda braka, dok se imovina u slučaju smrti dijeli po pravilima nasljednog prava.

Uzmimo za primjer da su bračni partneri, od kojih jedan ima djecu iz ranijeg braka, ugovorili režim odvojene imovine, a sve iz razloga zaštite imovine u korist svog djeteta. U slučaju smrti roditelja djeteta, preživjeli bračni partner sa djetetom, odnosno pastorkom, ravnopravno učestvuje u nasljeđivanju, zapravo, oboje dobijaju po jednu polovinu zaostavštine. Međutim, u slučaju razvoda braka i naknadne smrti roditelja djeteta, dijete bi naslijedilo cjelokupnu imovinu svog roditelja. Jasno je da položaj preživjelog bračnog partnera nije isti u slučaju razvoda braka i prestanka braka smrću.¹⁶ Iz navedenog primjera je jasno da ni bračni ugovor, u kojem je ugovoren sistem odvojenosti imovine, ne štiti dijete iz drugog braka.

Pokušaj zaštite djeteta iz ranijeg braka, prilikom uređenja različitih dijelova u bračnoj stečevini, nalazimo u Crnogorskom nasljednom pravu, član 23. normira¹⁷: "Kad ima djece iz ranijih brakova, djece rođene van braka, kao i djece koja se po zakonu smatraju da su rođena u braku ili usvojenika ostaviočevih, a imovina njegovog supružnika iznosi više od dijela koji bi mu pripao pri podjeli zaostavštine na jednake dijelove, svakom tom ostaviočevom djetetu, odnosno usvojeniku, pripada dva puta veći dio nego supružniku".¹⁸ Navedena odredba se može kritikovati jer jasno proizlazi da, ukoliko su ostali preživjeli bračni partner i dijete,

¹⁶ Postoje stajališta da se preživjeli bračni partner izjednači sa razvedenim bračnim partnerom. V. Šire: Sjef van Erp, *New Developments in Succession Law*, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), Dostupno na: <http://www.ejcl.org/113/article113-5.pdf>.

¹⁷ *Zakon o nasljeđivanju Crne Gore*, "Službeni list CG", br. 74/2008.

¹⁸ Iz navedene odredbe nije jasno da li je Crnogorski zakonodavac htio zaštititi djecu iz ranijeg braka, vanbračnu ili bračnu djecu u odnosu na bračnog partnera. Vanbračni srodnici su izjednačeni u pogledu nasljeđivanja sa bračnim. S druge strane, bračna djeca koja se po zakonu smatraju da su rođena u braku, jesu i djeca rođena 300 dana nakon prestanka braka. Mišljenja sam da je cilj zakonodavca bio zaštititi djece iz ranijeg braka te ostaviočevog usvojenika, u odnosu na bračnog partnera.

bračni partner ne dobija nasljedni dio. Kako dijete dobija dva puta veći dio od bračnog partnera, a po zakonu nasljeđuju po jednu polovinu, bračnom partneru ne ostaje ništa. Predloženo rješenje se može prihvatiti samo ukoliko su bračni partneri ugovorili sistem odvojenosti imovine, ali šta ako su bračni partneri ugovorili suvlasničke dijelove u omjeru 60 – 40% u korist preživjelog bračnog partnera. Bračni partner u navedenom primjeru ostaje u nezavidnoj poziciji i njegovo položaj je, u punom smislu riječi, neizvjesan u pogledu porodičnog doma. Ne bi bilo pravedno bračnog partnera, koji je 20 godina živio sa ostaviocem, jednostavno izbaciti iz porodičnog doma, istog doma koji je on čuvao i uvećavao njegovu vrijednost. Uvođenjem ugovora o nasljeđivanju, bračni partner bi u potpunosti mogao zaštititi svoju imovinu i ostaviti je svom djetetu, a sa druge strane, preživjeli bračni partner bi za sebe mogao osigurati korištenje porodičnog doma (npr. svu imovinu ostavioca će naslijediti njegovo dijete, ali preživjeli bračni partner ima pravo korištenja porodičnog doma do svoje smrti).

Ugovor o nasljeđivanju

Nasljedno pravni ugovor, u pravom smislu te riječi, je onaj ugovor koji je podoban da bude osnov pozivanja na nasljeđe jednog ugovornika, odnosno trećeg lica, ili eventualno mogu biti način odricanja ugovornika od njegovog budućeg nasljednog prava.¹⁹

Ugovor o nasljeđivanju je sporazum dva lica u kome se ona uzajamno postavljaju za nasljednike (dvostrani ugovor o nasljeđivanju), ili se postavlja samo jedna strana (jednostrani ugovor o nasljeđivanju), ili se za nasljednika postavlja neko treće lice (pozitivni ugovor o nasljeđivanju).²⁰ Prema njemačkom građanskom zakoniku (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje: BGB)²¹ ostavitelj može sklopiti ugovor o nasljeđivanju samo sa fizičkom osobom.²² Ugovor o nasljeđivanju može sklopiti samo osoba koja ima punu poslovnu sposobnost, odnosno sposobnost za sklapanje ugovora.²³ Bračni partneri mogu sklopiti ugovor o nasljeđivanju i u slučaju ako jedan od njih ima ograničenu poslovnu sposobnost. U tom slučaju se

¹⁹ Antić, O., Balinovac, Z. (1996), *Komentar zakona o nasljeđivanju*, Nomos, Beograd, str. 476.

²⁰ Marković, S. (1981), *Nasljedno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, str. 103.

²¹ *Građanski zakonik Njemačke* (engleska verzija), dotupan na: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf

²² Par. 2274. BGB.

²³ Par. 2275. BGB.

zahtijeva odobrenje zakonskog zastupnika, a ukoliko je zakonski zastupnik stariji, zahtijeva se odobrenje porodičnog suda.²⁴

Ugovor o nasljeđivanju može biti i negativan ili renuncijativan, a to je slučaj kada se presumptivni zakonski nasljednik odriče od nasljeđa koje bi mu pripalo po zakonskom redu nasljeđivanja.²⁵

Positivan ugovor o nasljeđivanju možemo podijeliti u tri vrste:²⁶

- Ugovor o nasljeđivanju bez ikakvih ograničenja, tj. koji je dopušten između bilo kojih lica, u pogledu cijele ili dijela zaostavštine, samostalno ili uz neke druge ugovore;
- Ugovor o nasljeđivanju dopušten samo između bračnih partnera;
- Specijalni oblik ugovora o nasljeđivanju koji je primjenjen u Mađarskoj.²⁷

Positivan ugovor o nasljeđivanju je zabranjen u nasljednom pravu koji se primjenjuje na teritoriji Federacije BiH, kao i u nasljednom pravu Republike Srbije.²⁸ Negativan ugovor o nasljeđivanju dozvoljen je u oba nasljedna prava, ali samo u pogledu potomaka ostaviočevih. Potomak koji može samostalno raspolagati svojim pravima, može se sporazumom s pretkom odreći od nasljeđa koje bi mu pripalo poslije smrti pretka. Za punovažnost ovog sporazuma potrebno je da bude sastavljen u pismenom obliku koji je ovjerio sudija. Prilikom ovjere, sudija će pročitati sporazum i upozoriti pretka i potomke na posljedice sporazuma. Odricanje važi i za potomke onoga koji se odrekao, ako sporazumom o odricanju ili naknadnim sporazumom nije što drugo određeno.²⁹

Ugovor o nasljeđivanju možemo podijeliti i na jednostrano i dvostrano imenujuće. Pravni značaj razlikovanja na jednostrano i dvostrano imenujuće ugovore o nasljeđivanju ogleda se u tome što kod dvostrano imenujućih ugovora o nasljeđivanju postoji pretpostavka korespektivnosti – uzajamna uslovljenost nasljedno pravnih raspolaganja, dok kod jednostrano imenujućih ugovora o nasljeđivanju, samo jedna ugovorna strana imenuje nasljednika (ostavilac), a drugi

²⁴ Par. 2275. BGB.

²⁵ Marković, S., op. cit., str. 103.

²⁶ Ibid.

²⁷ Zakonska rješenja navedenih ugovora o nasljeđivanju, detaljnije su obrađena u dijelu koji se odnosi na uporedno pravna rješenja ugovora o nasljeđivanju.

²⁸ Čl. 137. Zakona o nasljeđivanju u Federaciji BiH (dalje: ZN FBiH), čl. 125. Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske (dalje: ZN RS).

²⁹ Čl. 138. ZN FBiH, čl. 158. ZN RS.

ugovornik se sa time saglašava.³⁰ Neki autori dvostrano i jednostrano imenujuće ugovore o nasljeđivanju nazivaju dvostrano i jednostrano-obveznim ugovorima, što može izazvati zabunu.³¹ Jednostrano imenujući ugovor o nasljeđivanju može biti jednostranoobavezan, u slučaju kada ugovorna strana nema nikakvu obavezu, i dvostrano-obavezan kod kojeg se druga ugovorna strana obavezuje da nešto čini, ne čini ili trpi.

Kod ugovora o nasljeđivanju bitno je razlikovati ugovorna i jednostrana raspolaganja. Ugovornim raspolaganjima ostavilac je vezan i ne može ih jednostrano opozvati, dok jednostrana raspolaganja može opozvati putem testamenta (jednostrano raspolaganje je npr. isključenje iz nužnog nasljednog dijela). Zaključivanje ugovora o nasljeđivanju ima za posljedicu stavljanje van snage svih ranijih ostaviočevih raspolaganja za slučaj smrti, čija je sadržina suprotna sadržini ugovora.³² Nakon zaključenog ugovora o nasljeđivanju, ostavilac ima pravo raspolagati pravnim poslovima *inter vivos*.³³ Mogućnost ostavioca da raspoláže imovinom koja je predmet ugovora o nasljeđivanju, ističe se kao najveći nedostatak ovog ugovora jer postoji mogućnost izigravanja ugovornog nasljednika tako što će poklonima umanjiti svoju zaostavštinu. Ovaj nedostatak ne dolazi do izražaja kada se ugovor o nasljeđivanju sklapa između supružnika, odnosno članova porodične zajednice.³⁴

Ugovorni nasljednik ima pravo tražiti vraćanje poklona u roku od tri godine od prelaska zaostavštine nasljedniku.³⁵ Kada ostavilac uništi, sakrije ili ošteti predmet ugovora, ugovorni nasljednik ima pravo od nasljednika tražiti isplatu vrijednosti stvari.³⁶ U Mađarskom pravu, primalac izdržavanja ne može raspolagati imovinom koju je obavezao ugovorom o nasljeđivanju, ni pravnim poslom *inter vivos*, ni za slučaj smrti, a davalac izdržavanja može tražiti upis zabrane otuđenja i opterećenja te imovine.³⁷

³⁰ Đurđević, D. (2008), *Uvođenje ugovora o nasljeđivanju u srpsko pravo*, godina LVII, br. 2/2009., str. 186. – 211. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu

³¹ Ugovorom o nasljeđivanju dve strane uzajamno postavljaju za nasljednike (dvostranoobvezni ugovor) ili jedna ugovorna strana označava sebi nasljednika, a druga strana ne preuzima nikakvu obavezu (jednostranoobvezni ugovor). Babić, I. (2005), *Komentar zakona o nasljeđivanju*, Službeni list Srbije i Crne Gore, Beograd, str. 275.

³² V. šire: Đurđević, D. (2009), *Uvođenje ugovora o nasljeđivanju u srpsko pravo*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LVII, br. 2/2009, str. 186. – 211.

³³ Par. 2286. BGB.

³⁴ Đurđević, D., op.cit.

³⁵ Par. 2287. BGB.

³⁶ Par. 2288. BGB.

³⁷ Član 657. Mađarskog code civile. *Grđanski zakonik Mađarske (engleska verzija)*, dostupan na: <http://www.angelfire.com/mn2/reformclub/hunc1.html>.

U pogledu forme ugovora o nasljeđivanju, zahtijeva se notarska obrada isprave. Ugovor o nasljeđivanju se zaključuje u vidu notarske isprave, uz obavezno prisustvo stranaka.³⁸ Odredbe ugovora o nasljeđivanju, zaključenog između bračnih partnera ili budućih bračnih partnera, sadržane u bračnom ugovoru, proizvode pravno dejstvo ako je ispoštovana forma koja se traži za punovažnost bračnog ugovora.³⁹ Pravilo je da nedjelotvornost jednog ugovora obuhvata i drugi ugovor.⁴⁰ Međutim, nedjelotvornost bračnog ugovora, koja nastupa nezaključenjem braka, ugovor o nasljeđivanju ne proizvodi pravna dejstva, osim ako bračni partneri nisu ugovorili drugačije.⁴¹ S druge strane, raskid ugovora o nasljeđivanju nema za posljedicu prestanak bračnog ugovora.

Ugovor o nasljeđivanju može prestati zaključenjem novog ugovora između ugovarača. Ostavilac može odustati od ugovora o nasljeđivanju ukoliko je to pravo zadržao za sebe u ugovoru.⁴² Za prestanak, odnosno preinačenje ugovora o nasljeđivanju, mjerodavne su odredbe koje se odnose na ugovor o izdržavanju.⁴³

Prednosti ugovora o nasljeđivanju u odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju i testament

Ugovor o doživotnom izdržavanju naziva se ugovor kojim se jedan ugovornik (davalac izdržavanja) obavezuje da doživotno izdržava drugog ugovornika, ili neko treće lice (primalac izdržavanja), uz naknadu svih nepokretnih stvari koje pripadaju primaocu izdržavanja (ne i trećem licu) u vrijeme zaključenja ugovora, ili određenog dijela tih stvari.⁴⁴ Osnovno dejstvo ugovora o doživotnom izdržavanju jeste da imovina, koja je predmet ugovora o doživotnom izdržavanju, ne spada u zaostavštinu ostavioca.⁴⁵ Prema tome, ugovor o doživotnom izdržavanju ne podliježe pravilima o zaštiti nužnog nasljednog

³⁸ Par. 2276. BGB.

³⁹ Par. 2276. st. 2. BGB.

⁴⁰ Đurđević, D., op. cit.

⁴¹ Ovdje treba imati na umu da se u njemačkoj ugovor o nasljeđivanju može zaključiti sa bilo kojim fizičkim licem. Upravo radi toga, nezaključenjem braka, ugovor o nasljeđivanju može ostati na snazi te se budući bračni partner smatra trećom osobom.

⁴² Par. 2293. BGB.

⁴³ Član 685. Mađarskog građanskog zakonika.

⁴⁴ Marković, S., op. cit. str. 359.

⁴⁵ Momčilović, R., Živanović, M. (2003), *Nasledno pravo* (treće dopunjeno i izmenjeno izdanje), Beograd-Banja Luka, str. 210.

dijela. Nasuprot ugovoru o doživotnom izdržavanju, kod ugovora o nasljeđivanju, nužni nasljednici mogu svoje pravo na nužni dio suprotstaviti ugovornom nasljedniku. Drugi nedostatak ugovora o doživotnom izdržavanju jeste što predmet ugovora može biti samo ona stvar koja se nalazi u vlasništvu primaoca izdržavanja.⁴⁶ O nedostacima ugovora o doživotnom izdržavanju navodi se i to da uslove, pod kojima će neko biti izdržavan, ne određuju stari i iznemogli, već davaoci izdržavanja, a njima ovaj ugovor mnogo godi. Njegove štetne posljedice su postale vidljive i laicima, a na račun ovog ugovora i zloupotreba počele su da niču televizijske komedije.⁴⁷ Specijalni oblik ugovora o nasljeđivanju prema odredbi 655. Građanskog zakonika Mađarske, daje primjer kako normiranje ugovora o nasljeđivanju može otkloniti štetne posljedice ugovora o doživotnom izdržavanju: "Na osnovu ugovora o nasljedstvu ostavilac se obavezuje da učini svojim naslednikom stranu koja s njim zaključi ugovor o izdržavanju ili doživotnoj renti". Ugovarač – primalac izdržavanja može činiti u ugovoru testamentalna raspolaganja u pogledu imanja koje nije predmet ugovora o nasljeđivanju, a takva raspolaganja davaoca izdržavanja su ništava. Dakle, omogućava se starim licima da jednim ugovorom regulišu svoje doživotno izdržavanje uz naknadu i da, pored toga, rasporede ostatak svoje imovine putem testamenta.⁴⁸

Testament je posljednja izjava volje ostavioca. Kao prednost testamenta ističe se njegova elastičnost. Elastičnost testamenta omogućuje zavještaocu da raspoláže svojom imovinom za slučaj smrti, na način koji će biti najprimjereniji životnim prilikama i odnosima u kojima se nalazi, čime se najefikasnije ostvaruje osnovni pravno-politički cilj nasljednog prava.⁴⁹ Elastičnost se ogleda i u mogućnosti zavještaoca da uvijek može opozvati testament sastavljanjem novog testamenta. S druge strane, ugovor o nasljeđivanju veže zavještaoca na ugovornu obavezu, te ga on ne može jednostrano raskinuti, i na taj način mu ograničava slobodu testiranja.⁵⁰ Pozitivna strana ugovora o nasljeđivanju jeste što zavještalcu više ne

⁴⁶ Prema Zakonu o nasljeđivanju, primalac izdržavanja je morao da bude vlasnik stvari koja predstavlja predmet ugovora u vreme zaključenja. Ako bi stvar stekao u svojinu posle zaključenja ugovora, u pogledu te stvari ugovor ne bi proizvodio pravno dejstvo. (Vrhovni sud Srbije, Rev. 149/99 od 4.11.1999.). Sudska praksa iz oblasti imovinskih odnosa (2004), drugo dopunjeno izdanje, Beograd.

⁴⁷ Marković, S., op. cit. str. 359.

⁴⁸ Ibid. str. 104.

⁴⁹ Đurđević, D., op. cit.

⁵⁰ "Nema pravne važnosti sporazum po kome je jedan brat, u prisustvu svog oca, isplatio drugom bratu određeni iznos novca, uz obavezu ovoga, da poslije smrti oca ne traži dio nasljeđa jer je to ustvari otuđenje nasljedstva kome se ovaj nada, odnosno ugovor o nasljeđivanju trećeg lica koje je još u životu, a ovakvi su pravni poslovi ništavi." Stojanović, N. (2004), *Praktikum za nasledno pravo*, Niš, str. 161.

može uslovljavati testamentalne nasljednike opozivom testamenta, ukoliko se ne budu ponašali onako kako on želi.⁵¹

Nova rješenja u uporednom pravu

Promjene nasljednog prava idu prema stajalištu Gustava R. koji je za intestatsko nasljedno pravo naveo: "Otkako je 'porodična zajednica', koja je okupljala sve one koje vezuje ista krv i isto ime, ne računajući rijetke godišnje porodične skupove plemićkih i još rjeđe građanskih porodica, prestala da bude sociološka stvarnost, neograničeno intestatsko nasljedno pravo gubi tlo pod nogama."⁵² Nužne nasljednike, misleći na dalju rodbinu ostavioca, nazivao je "nasljedničkim srećnicima" koje ništa ne veže za ostavioca.⁵³

Teorija koja ima najviše osnova u objašnjenju nužnog nasljednog dijela je teorija alimentacije, koja objašnjava da je nužni dio posljedica dužnosti izdržavanja koja leži na ostaviocu prema određenim najbližim zakonskim srođnicima.⁵⁴ Međutim, nužni nasljednici su danas i lica koja nemaju potrebe za neposrednim izdržavanjem iz zaostavštine ostavioca, pa je ova teorija za njih neprihvatljiva.⁵⁵

Tedencije nasljednog prava u uporednom pravu idu u pravcu zaštite bračnog partnera i zaštite članova "uže" porodične zajednice. Navedeni problemi se rješavaju davanjem "ekskluzivnih" prava preživjelom bračnom partneru ili normiranjem mogućnošću zaključenja ugovora o nasljeđivanju.

Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske⁵⁶ suzio je krug nužnih nasljednika na ostaviočeve potomke, usvojenike i njihove potomke, bračnog partnera i roditelje ostaviočeve.⁵⁷ Braća i sestre ostavioca više nisu nužni nasljednici. Zakoni o nasljeđivanju u Bosni i Hercegovini, i pored donošenja novog Zakona o nasljeđivanju u Republici Srpskoj, normiraju najširi krug nužnih nasljednika. Razlozi zadržavanja širokog kruga nužnih nasljednika nisu jasni, pogotovo danas kada društveno-ekonomski razvoj vodi smanjenju kruga takvih lica, odnosno poro-

⁵¹ "Testament se opoziva ako zavještalac docnijim ugovorom raspolaže istom imovinom". Krsmanović, T. (2003), *Aktuelna sudska praksa iz naslednog prava*, Beograd, str. 200.

⁵² Radbruch, G., *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, str. 201.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Marković, S., op.cit., str. 184.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske "Narodne Novine RH, br. 48/03".

⁵⁷ Član 69. Zakona o nasljeđivanju RH.

dice. Sužavanje kruga nužnih nasljednika, na lica koja uistinu i predstavljaju krug najbližih srodnika, zapravo lica sa kojima je ostavilac i sticao imovinu, ide u prilog ugovoru o nasljeđivanju. Uzmimo za primjer da bračni partneri nisu imali potomaka. U slučaju smrti jednog od njih, preživjeli bračni partner koji je čitav život sticao i uvećavao imovinu, istu imovinu mora dijeliti sa roditeljima ostavioca (umrlog bračnog partnera) ili braćom i sestrama ostavioca. Izvjesnost u pogledu imovinsko pravnog položaja preživjelog bračnog partnera može pružiti ugovor o nasljeđivanju.

Upravo radi nezavidnog položaja preživjelog bračnog partnera, mnoge evropske zemlje idu ka poboljšanju njegovog položaja uopšte, a naročita pažnja se posvećuje zaštiti porodičnog doma. Tako u Grčkoj, preživjeli bračni partner može zahtijevati od suda da zadrži porodični dom, odnosno da nastavi živjeti u njemu.⁵⁸ Nizozemski zakonodavac daje mogućnost preživjelom bračnom partneru da naslijedi cjelokupnu imovinu, s tim da ostalim nasljednicima mora isplatiti njihov dio u novcu.⁵⁹

U Francuskom pravu 2007. godine, pored bračnih partnera, dopuštena je mogućnost zaključenja ugovora o nasljeđivanju između roditelja i djece. Uslovi za zaključenje ugovora su da dijete mora imati 18 godina te da obje stranke prisustvuju zaključenju ugovora pred notarom.⁶⁰

Prijedlozi *de lege ferenda*

Ugovor o doživotnom izdržavanju i njegovim dopuštanjem zaključenja između bračnih partnera, već je na jedan način uveo, na mala vrata, ugovor o nasljeđivanju. Nedostatak ugovora o doživotnom izdržavanju ogleda se u činjenici da on u potpunosti isključuje nuže nasljednike te dovodi do isključenja iz nužnog nasljednog dijela članova uže porodične zajednice. Uvođenjem ugovora o nasljeđivanju, ugovor o doživotnom izdržavanju dobio bi svoj pravi smisao te bi njegovo simuliranje, obično između bračnih partnera, u budućnosti bilo nedopušteno.

Ugovor o nasljeđivanju je sporazum bračnih partnera ili bračnih partnera i njihovih prvostepenih potomaka u kome se oni uzajamno postavljaju za nasljednike (dvostrani ugovor o nasljeđivanju), ili se postavlja samo jedna strana (jednostrani ugovor o nasljeđivanju), ili se za nasljednika postavlja neko od njih (pozi-

⁵⁸ Sjef van Erp, *New Developments in Succession Law*, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-5.pdf>>.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ *French succession law: Innovation for 2007.*, dostupno na: www.russell-cooke.co.uk.

ativni ugovor o nasljeđivanju). Ugovorom o nasljeđivanju, sva navedena lica (ili lica iz stava jedan ovog člana) mogu se odreći od zakonskog i testamentalnog nasljeđivanja (negativni ugovor o nasljeđivanju). U teoriji je poznat i stav po kojem postoji opravdanje da se sklapanje ugovora o nasljeđivanju dozvoli bračnim partnerima, ali samo u pogledu dobara koja se nalaze u režimu zajedničke imovine.⁶¹ Ovakav stav ide u prilog članovima porodice koji zajedno žive sa ostaviocem i doprinose uvećanju njegove imovine.⁶² Međutim, u PZ FBiH, bračni partneri su suvlasnici u jednakim dijelovima i sa njime mogu slobodno raspolagati pa nema potrebe za ograničavanjem ugovora o nasljeđivanju na dobra koja čine bračnu stečevinu. S druge strane, zaštita članova porodične zajednice koji su doprinosili uvećanju imovine ostavioca zaštićena je zakonom o nasljeđivanju.⁶³ Istina je, da bi u slučaju normiranja ugovora o nasljeđivanju, bolje rješenje bilo da ostaviočevi potomci i usvojenici, koji su živjeli u zajednici sa ostaviocem i svojim radom, zaradom, ili mu na drugi način pomagali u privređivanju, imaju pravo zahtijevati od ugovornog nasljednika, ukoliko je istim ostavilac raspolagao putem ugovora o nasljeđivanju, isplatu uvećanog dijela.

Po ugledu na Francusko rješenje, ugovor o nasljeđivanju bi mogli zaključiti bračni partneri, kao i bračni partneri sa prvostepenim potomcima (alternativa: prvostepenim potomkom jednog od njih, ovdje spadaju: zajednička djeca, usvojenici iz potpunog usvojenja te pastorak/a). Potrebno je obratiti pažnju na preciziranje norme u pogledu prvostepenih potomaka bračnih partnera jer, ukoliko bi se uredilo da ugovor o nasljeđivanju mogu zaključiti roditelji i djeca, a ne potomci, iz ovakvog određenja bi izostali pastorak/a. Ovakav stav bi proizašao iz jezičkog tumačenja norme, prema kojem bi samo "zajednička djeca" bračnih partnera mogla učestvovati u zaključenju ugovora o nasljeđivanju. Pastorak/a nije, pravno tumačeći, dijete očuhu ili maćehi.

Ugovor o nasljeđivanju mogu zaključiti lica koja imaju poslovnu sposobnost. U slučaju da jedno od lica nema poslovnu sposobnost, umjesto njega bi

⁶¹ Ibid.

⁶² Prema članu 195. Porodičnog zakona Srbije: "Imovina koju su zajedno sa supružnicima odnosno vanbračnim partnerima stekli radom članovi njihove porodice u toku trajanja zajednice života u porodičnoj zajednici, predstavlja njihovu zajedničku imovinu".

⁶³ Član 41. ZN FBiH: "Ostaviočevi potomci i usvojenici (član 19. st. 1.), koji su živjeli u zajednici sa ostaviocem i svojim radom, zaradom, ili mu na drugi način pomagali u privređivanju, imaju pravo zahtijevati da im se iz zaostavštine izdvoji dio koji odgovara njihovom doprinosu u povećanju vrijednosti ostaviočeve imovine. Tako izdvojeni dio ne spada u zaostavštinu i ne uzima se u obzir pri izračunavanju nužnog dijela, niti se uračunava nasljedniku u njegov nasljedni dio".

ugovor mogao zaključiti njegov zakonski zastupnik uz odobrenje organa starateljstva. Lice sa ograničenom poslovnom sposobnošću, prema PZFBiH, može samostalno zaključiti bračni ugovor, pa bi analogno mogao i samostalno zaključiti nasljedni ugovor.

U pogledu mogućnosti raspolaganja imovinom nakon zaključenja ugovora o nasljeđivanju, misli se na imovinu koja je predmet ugovora, mišljenja sam da bi trebalo prihvatiti njemačko rješenje po kojem ostavilac može raspolagati imovinom *inter vivos*. Ugovorni nasljednik imao bi pravo tražiti vraćanje svih besplatnih davanja, koja je učinio ostavilac, u roku od tri godine od prelaska zaostavštine nasljedniku, a u pogledu raspolaganja imovinom mogao bi tražiti isplatu vrijednosti stvari od nasljednika. Na ovaj način, ugovorni nasljednik imao bi isti rok za zaštitu svojih prava kao i nužni nasljednik koji ima pravo tražiti smanjenje testamentarnog raspolaganja i vraćanje poklona.⁶⁴

Ugovor o nasljeđivanju se zaključuje u vidu obrađene notarske isprave, uz obavezno prisustvo stranaka. Ukoliko su odredbe ugovora o nasljeđivanju sadržane u bračnom ugovoru, iste su punovažne pod uslovom prisustva stranaka.

Zaključak

Argumenti koji su se isticali u literaturi protiv ovog ugovora, promjenom društvenih odnosa više ne stoje. Tako se isticalo da je ugovor o nasljeđivanju feudalna ustanova i da je služio ostvarenju ciljeva tog društva (Blagojević, J. Radmilović).⁶⁵ Ugovor o nasljeđivanju, po svojoj suštini, ima za predmet špekulisanje smrću jednog lica, što je suprotno socijalističkom moralu (Finžgar, F. Stanković).⁶⁶ Ovakvi stavovi jasno ukazuju na činjenicu da se nije vodilo računa o posljedicama koje će nastati ne uvođenjem ovog instituta.

Normiranjem ugovora o nasljeđivanju, pored uređenje imovinskih odnosa između bračnih partnera putem bračnog ugovora, bračni partneri bi imali mogućnost urediti podjelu imovine za slučaj smrti. S druge strane, ovim ugovorom mogli bi se urediti i odnosi između pastorka/e i očuha ili maćehe, koje Zakon o nasljeđivanju nije uredio.

⁶⁴ Član 44. ZN FBiH. Smanjenje raspolaganja testamentom može se tražiti u roku od tri godine od proglašenja testamenta, a vraćanje poklona u roku od tri godine od smrti ostaviočeve, odnosno od dana kada je rješenje o njegovom proglašenju za umrlog, odnosno rješenje kojim se utvrđuje njegova smrta postala pravosnažna“.

⁶⁵ Marković, S., op.cit., str. 104.

⁶⁶ Ibid.

Preživjeli bračni partner, u slučaju zaključenja ugovora o nasljeđivanju, ne bi više bio u nezavidnom položaju i dijelio porodični dom sa nasljednicima umrlog bračnog partnera. Bračni partner bi mogao, po ugledu na uporedna rješenja, ugovoriti za sebe pravo uživanja porodičnog doma do svoje smrti, ili pravo isplate nasljednicima njihovog dijela u novcu, ili ugovoriti sa bračnim partnerom da nasljeđuje porodični dom.

Zaključenjem ugovora o nasljeđivanju, bračni partner bi u potpunosti mogao zaštititi svoju imovinu i za slučaj smrti. Naime, ovim ugovorom svu svoju posebnu imovinu i dio bračne stečevine bračni partner može ostaviti svojoj djeci, dok bračni ugovor ne dopušta raspolaganje mortis causa.

Na osnovu svega izloženog, može se reći da je normiranje ugovora o nasljeđivanju u nasljednom pravu Federacije BiH potrebno urediti, te na taj način nasljedno pravo približiti promjenama u gospodarskom društvu.

Izvori i literatura

Knjige:

1. Vuković, M. (1961), *Pravila građanskih zakonika*, Zagreb.
2. Aranelović, D. (1906), *Austrijski građanski zakonik*, preveo, izdanje Arhiva za pravne i društvene nauke, Nova štampa, Beograd.
3. Morait, B. (2007), *Obligaciono pravo – knjiga prva*, Banja Luka.
4. Antić, O., Balinovac, Z. (1996), *Komentar zakona o nasljeđivanju*, Nomos, Beograd.
5. Marković, S. (1981), *Nasledno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd.
6. Babić, I. (2005), *Komentar zakona o nasljeđivanju*, Službeni list Srbije i Crne Gore, Beograd.
7. Momčilović, R., Živanović, M. (2003), *Nasledno pravo* (treće dopunjeno i izmenjeno izdanje), Beograd-Banja Luka.
8. Sudska praksa iz oblasti imovinskih odnosa (2004), drugo dopunjeno izdanje, Beograd.
9. Stojanović, N. (2004), *Praktikum za nasledno pravo*, Niš.
10. Radbruh, G., *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, str. 201.

Članci:

1. Pajtić, B. (2008), *Bračni imovinski ugovor, doktorska disertacija*, Univerzitet u Novom Sadu, str 54.
2. Sjev van Erp, *New Developments in Succession Law*, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), Dostupno na: <http://www.ejcl.org/113/article113-5.pdf>.
3. Đurđević, D. (2008), *Uvođenje ugovora o nasljeđivanju u srpsko pravo*, godina LVII, br. 2/2009, str. 186. – 211. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu
4. *French succession law: Innovation for 2007*, dostupno na: www.russell-cooke.co.uk.

Legislativni akti:

1. *Zakon o nasljeđivanju*, "Sl. List SRBIH", br. 22/73, 22/75, 36/75, 38/75, prečišćeni tekst "Sl. list BIH", br. 7/08.
2. *Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske*, "Sl. Glasnik RS", br: 1/09.
3. *Porodični Zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, "Službene novine Federacije BiH" br. 35/05.
4. *Zakon o nasljeđivanju Crne Gore*, "Službeni list CG", br. 74/2008.
5. *Građanski zakonik Njemačke* (engleska verzija), dotupan na: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf
6. *Građanski zakonik Mađarske* (engleska verzija), dostupan na: <http://www.angelfire.com/mn2/reformclub/hunc1.html>.
7. *Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske*, "Narodne novine RH, br. 48/03".

INHERITANCE AGREEMENT NON/JUSTIFICATION OF STANDARDISATION IN THE SUCCESSION LAW OF THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Analyzing nuptial agreements entered into in Bosnia and Herzegovina the existence of the will of married couples is noticeable, especially of those who conclude the second marriage to protect their own assets in order to keep them to his/her child from the first marriage, or to try to divide the property which they acquire together among themselves in the case of death of one of them. The provision in the nuptial contract in which the marriage partner renounces his/her inheritance is void and does not produce any legal action. According to this, one marriage spouse can inherit the other regardless of the above provision in the nuptial contract. Disposal of assets between the married couples in the case of death, by the model of comparative law, could be arranged by standardization of the inheritance agreements, which are, according to current regulations on the inheritance rights, prohibited in the Federation of Bosnia and Herzegovina.

This paper will analyze the inheritance agreement with reference to comparative law, and give suggestions *de lege ferenda* for standardised inheritance agreement in the inheritance law of the Federation of Bosnia and Herzegovina.

Key words

nuptial contract, inheritance agreement, inheritance law.

JAVNI SKUPOVI U REPUBLICI SRPSKOJ

stručni članak

UDK: 342.729

doc. dr Ljubinko Mitrović*

Sažetak

Prvi Zakon o okupljanju građana u Republici Srpskoj¹ donešen je već davne 1996. godine. Tokom njegove, duže od 12 godina neposredne primjene u praksi, prema stavu zakonodavca uočene su značajne određene nedorečenosti, ali i značajna prevaziđenost u sadržaju nekih zakonskih rješenja, te posebno neusklađenost kaznenih odredbi ovog zakona sa Zakonom o prekršajima Republike Srpske (koji je donesen polovinom 2006. godine i objavljen u "Službenom glasniku Republike Srpske", broj 34/06, sa primjenom od 1. septembra 2006. godine). Sve ovo naprijed nabrojano predstavljalo je dovoljan razlog zakonodavcu na donošenje novog Zakona o javnom okupljanju. Naravno, novi Zakon o okupljanju građana sadrži i niz interesantnih, često puta i diskutabilnih rješenja koja se tiču javnih okupljanja građana u Republici Srpskoj, a koja će se tokom ove godine zasigurno dešavati (mitinzi i druga okupljanja građana tokom izborne kampanje za oktobarske izbore, zatim s obzirom na tešku ekonomsku situaciju, eventualni protesti i okupljanja građana socijalne prirode, prije svega okupljanja i protesti radnika, sportske priredbe pojačanog rizika i dr.). U ovom radu biće riječi o zakonskim rješenjima iz navedenog zakona, s posebnim akcentom na moguća problematična rješenja.

Ključne riječi

javno okupljanje, javne priredbe, drugi javni skupovi, prekršaji.

* profesor Prekršajnog prava na Visokoj školi unutrašnjih poslova i Fakultetu pravnih nauka Univerziteta APEIRON u Banjoj Luci; mitrovic.ljubinko@yahoo.com

¹ "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 21/96.

1. Uvodne napomene

Pravo na javno okupljanje, odnosno pravo na slobodu mirnog okupljanja jeste jedno od osnovnih ljudskih prava, odnosno ključnih načela garantovanih Ustavom Republike Srpske,² zakonom i mnogobrojnim međunarodnim propisima.³ Naime, u članu 30. Ustava Republike Srpske propisano je da "Građani imaju pravo na mirno okupljanje i javni protest. Sloboda okupljanja može se zakonom ograničiti samo radi zaštite bezbjednosti ljudi i imovine". S druge strane, prema članu 11. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama: "Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo da osniva sindikat i učlanjuje se u njega radi zaštite svojih interesa. Za vršenje ovih prava neće se postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti ili javne bezbjednosti, radi sprečavanja nereda i kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovim se članom ne sprečava zakonito ograničavanje vršenja ovih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave".

Realizacija ovog prava, njegova moguća, eventualna ograničenja, zatim eventualne zabrane sazivanja i istupanja na javnom skupu,⁴ kao i postupak ostvarenja prava na okupljanje, u Republici Srpskoj propisani su Zakonom o javnom okupljanju.⁵ Treba istaći i činjenicu da su Zakonom o javnom okupljanju propisana ograničenja prava na javno okupljanje, a radi zaštite ustavom utvrđenog poretka, javnog morala i zdravlja ljudi, kao i zaštite sloboda i prava drugih ljudi. Zakonom je isto tako sloboda govora i istupanja na javnom skupu ograničena zabranom svakog pozivanja i podsticanja na upotrebu nasilja, na nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju ili netrpeljivost.

² Ustav Republike Srpske sa Amandmanima od I do CXXI "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 3/92 do 117/05.

³ Pravo na slobodu javnog okupljanja kao jedno od ključnih načela svakog demokratskog društva garantuje niz međunarodnih dokumenata, a najznačajniji od njih su svakako Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima; Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; Međunarodni sporazum o građanskim i političkim pravima; Američka konvencija o ljudskim pravima i dr.

⁴ Javni skup ne može sazvati niti na javnom skupu može istupati lice kome je sudskom odlukom izrečena mjera bezbjednosti zabrane javnog istupanja.

⁵ Zakonom o javnom okupljanju "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 118/08 uređuju se javna okupljanja građana radi javnog izražavanja političkih, socijalnih i drugih uvjerenja i interesa, način organizovanja mirnih okupljanja i javnih protesta, pojam javnih priredbi i drugih javnih skupova koji su slobodni i ostvaruju se na način propisan Zakonom.

2. Pojam javnog skupa ili javnog okupljanja građana

Prema Zakonu o javnom okupljanju, javni skupovi se mogu održavati na jednom, tačno, odnosno stacionarno određenom mjestu, odnosno prostoru, odnosno to mogu biti javni skupovi u pokretu.⁶ Pod pojmom javnog okupljanja građana ili javnog skupa, prema zakonu, podrazumijeva se svako organizovano okupljanje građana koje se održava na za to primjerenom prostoru.

S obzirom na prednju definiciju, dva su uslova koja opredjeljuju pojam javnog skupa, i to su njegova organizovanost (odnosno nužno je da se radi o organizovanom okupljanju građana; logično je odmah i pitanje: da li se javnim okupljanjem, odnosno kakvim okupljanjem se smatra neorganizovano, dakle spontano okupljanje građana) i održavanje javnog skupa na za to primjerenom prostoru. Prostor "primjeren" za okupljanje, odnosno održavanje javnog skupa definisan je samim zakonom, s tim da definicija prostora primjerenog za okupljanje građana podrazumijeva postojanje dva elementa koji se odnose na uslovnost, odnosno primjerenost prostora. S jedne strane, pod prostorom primjerenim za održavanje javnog skupa podrazumijeva se javno mjesto koje je pristupačno i pogodno za okupljanje lica čiji broj i identitet nisu unaprijed određeni, dok s druge strane, to je onaj prostor na kome okupljanje građana ne dovodi do ugrožavanja prava drugih lica, javnog morala, bezbjednosti ljudi i imovine, zdravlja ljudi i ometanja javnog saobraćaja. Nadalje, prostorom primjerenim za održavanje javnog skupa može se smatrati i prostor na kojem se odvija javni saobraćaj, ukoliko je moguće dodatnim mjerama policije i drugih nadležnih organa (prije svih, komunalnih i zdravstvenih službi) obezbijediti privremenu izmjenju režima saobraćaja, kao i zaštitu zdravlja i bezbjednost ljudi i imovine. Takvi prostori, primjereni za održavanje javnog skupa, određuju se odgovarajućim aktom nadležne opštine, odnosno grada. Zakonsko rješenje po kojem opštine odnosno gradovi svojom odlukom unaprijed određuju tzv. listu "primjerenih mjesta za okupljanje", previše je restriktivno i svakako ostavlja prostor za zloupotrebe jer faktički daje mogućnost zabranjivanja okupljanja na svim mjestima koja nisu obuhvaćena takvom listom, odnosno koja po mišljenju nadležnog organa nisu primjerena za okupljanje, iako okupljanje na takvim mjestima ne mora dovesti do ugrožavanja ijednog ustavom predviđenog interesa.

⁶ Prednje rješenje je u skladu s praksom Evropskog suda za ljudska prava (vidi: *Christians against Racism and Fascism protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).

Zakonom je određen i pojam javnog skupa u pokretu, a on bi, prema zakonskim odredbama, mogao da se definiše kao prijavljeno i na određenom prostoru realizovano neprekinuto kretanje učesnika javnog skupa utvrđenom trasom sa zadržavanjem samo na mjestu polaska i mjestu završetka javnog skupa.

3. Mirna okupljanja i javni protesti

Prema zakonskom tekstu, treba svakako istaći činjenicu da zakonodavac pravi razliku između različitih oblika javnih okupljanja, i to:

- a) mirnog okupljanja, odnosno javnog protesta,
- b) javne priredbe i
- c) drugih javnih skupova.⁷

Mirnim okupljanjem građana, odnosno javnim protestom smatra se svako organizovano okupljanje građana koje se održava radi javnog izražavanja političkih, socijalnih i drugih uvjerenja i interesa.⁸ U ovu grupaciju javnih skupova treba prije svega svrstati političke skupove, odnosno tzv. predizborne i druge mitinge, zatim okupljanja radnika radi izražavanja njihovih socijalnih stavova, te okupljanja organizovana od strane udruženja građana, a radi javnog izražavanja vlastitih interesa. S druge strane, javnom priredbom smatra se svako okupljanje građana organizovano radi ostvarivanja prihoda u okviru registrovane djelatnosti koje, s obzirom na očekivani broj učesnika ili karakter javnog okupljanja, zahtijeva preduzimanje posebnih mjera obezbjeđenja (u ovu kategoriju javnih okupljanja svakako se ubrajaju koncerti tzv. estradnih zvijezda koji ponekad okupljaju i po više desetina hiljada posjetilaca, te značajniji sportski susreti, odnosno tzv. sportski spektakli, noći šampiona i sl.). Na kraju, drugim javnim skupovima smatraju se ona okupljanja građana, odnosno oni javni skupovi koji se ne prijavljuju, čija je svrha ostvarivanje državnih, vjerskih, humanitarnih,

⁷ Skoro identična jesu rješenja i u nizu zakonskih tekstova uporedno, npr. u Republici Hrvatskoj, Crnoj Gori, Srbiji i dr.

⁸ Interesantna su i, čini se, mnogo prihvatljivija zakonska rješenja u Republici Hrvatskoj i Republici Crnoj Gori, u kojima je institut okupljanja građana uslovljen brojem učesnika. Naime, prema članu 4. Zakona o javnom okupljanju "Narodne novine Republike Hrvatske", broj 128/99 i 150/05, u Republici Hrvatskoj, pod mirnim okupljanjem i javnim prosvjedom podrazumijeva se svako organizirano okupljanje više od 20 ljudi, koje se održava radi javnog izražavanja i promicanja političkih, socijalnih i nacionalnih uvjerenja i ciljeva; I u Republici Crnoj Gori, prema članu 3. stav 1. Zakona o javnim okupljanjima "Službeni list Republike Crne Gore", broj 31/05, za održavanje mirnog okupljanja potrebno je organizovano okupljanje više od 20 građana...

kulturno-umjetničkih, sportskih i drugih interesa, a koji nemaju za cilj ostvarivanje prihoda (npr. koncerti kulturno-umjetničkih društava i sportske priredbe za koje se ne naplaćuju ulaznice, vjerski susreti, odnosno manifestacije, humanitarni koncerti i sl.).

Organizator mirnog okupljanja građana (u ranijem zakonu korišćen je termin sazivač) odnosno javnog protesta, jeste ono fizičko ili pravno lice koje je dužno, u zakonom određenim slučajevima, podnijeti prijavu za održavanje mirnog okupljanja Ministarstvu unutrašnjih poslova Republike Srpske, odnosno organizacionoj jedinici Ministarstva na čijem području se namjerava održati mirno okupljanje, odnosno javni protest. To je svakako ono fizičko ili pravno lice koje saziva, održava i vrši nadzor nad održavanjem mirnog okupljanja, odnosno javnog protesta, odnosno, to je ono lice koje, naravno, odgovara za održavanje javnog reda i mira. Ovdje svakako treba istaći novinu u odnosu na dosadašnje zakonsko rješenje, prema kojoj, u slučaju kada mirno okupljanje organizuje grupa građana ili više pravnih lica, onda su svi oni kao zajednički organizatori okupljanja dužni odrediti svog zastupnika.

Za održavanje mirnog okupljanja nije potrebno pribavljati posebno odobrenje, ali je neophodno blagovremeno prijaviti održavanje mirnog okupljanja nadležnom organu, odnosno organizacionoj jedinici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se namjerava održati mirno okupljanje (okupljanje građana bez prethodne prijave predstavlja prekršaj čiji je učinilac organizator okupljanja).

Prijava za održavanje mirnog okupljanja, odnosno javnog protesta podnosi se lično ili preporučenom poštom najkasnije pet dana prije početka održavanja mirnog okupljanja, s tim da se ova prijava, iz naročito opravdanih razloga, može podnijeti najkasnije 48 časova prije početka održavanja mirnog okupljanja, uz obrazloženje neprijavljivanja u redovnom zakonskom roku.

Određena okupljanja građana nije potrebno prijavljivati, a tu svakako ubrajamo sastanke, tribine, okrugle stolove ili druga okupljanja registrovanih političkih partija, zatim sindikalnih i drugih organizacija ili udruženja koja se održavaju u zatvorenim prostorijama.

Prijava treba da sadrži program i cilj mirnog okupljanja, mjesto i vrijeme održavanja i vrijeme trajanja mirnog okupljanja, te podatke o mjerama preduzetim za održavanje reda i mira, podatke o redarskoj službi sa spiskom redara i njihovim ličnim podacima, koju organizuje organizator, podatke o organizatoru ili njegovom zastupniku, kao i lične podatke rukovodioca mirnog okupljanja, te procjenu broja učesnika mirnog okupljanja. Ako se radi o prijavi mirnog okupljanja u pokretu, onda ona treba da sadrži trasu kretanja, odnosno mjesto polaska

i mjesto završetka mirnog okupljanja, kao i način kretanja učesnika (vozilima, pješice ili kombinovano). U svim onim situacijama kada mirno okupljanje zahvata i površinu puta, a zbog čega bi saobraćaj bio obustavljen ili ometan, organizator okupljanja je dužan priložiti odobrenje nadležnog organa u skladu sa Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosne i Hercegovine.

Razlozi zaštite ustavom utvrđenog poretka, javnog morala i zdravlja ljudi, kao i zaštite sloboda i prava drugih ljudi opredijelili su zakonodavca da u pogledu mjesta održavanja mirnog okupljanja propiše zabranu mirnih okupljanja (opšta, odnosno potpuna zabrana javnog okupljanja), i to:

- u blizini bolnica, pod uslovom da se okupljanjem građana ometa pristup vozilima hitne pomoći;
- u blizini dječijih vrtića i osnovnih škola, naravno samo i dok u njima borave djeca;
- u nacionalnim parkovima i zaštićenim parkovima prirode, izuzev mirnih okupljanja koja imaju za cilj popularizaciju zaštite prirode i čovjekove okoline, kao i obilježavanje značajnih istorijskih datuma;
- u blizini spomenika kulture, ukoliko bi okupljanje građana moglo prouzrokovati uništenje ili oštećenje zaštićene vrijednosti, odnosno spomenika kulture;
- na magistralnim, regionalnim i lokalnim putevima na način kojim se ugrožava bezbjednost saobraćaja;
- u blizini objekata koji se posebno obezbjeđuju i to na udaljenosti najmanje 50 metara od njih i
- na drugim mjestima, ako bi okupljanje s obzirom na vrijeme, broj učesnika ili karakter mirnog okupljanja, moglo ozbiljno ugroziti kretanje i rad većeg broja građana.⁹

Ukoliko je okupljanje građana predviđeno na nekom od ovih mjesta i uz ispunjenje predviđenih uslova, nadležna organizaciona jedinica Ministarstva

⁹ U pogledu mjesta održavanja javnog okupljanja interesantno je rješenje iz člana 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnom okupljanju u Republici Hrvatskoj, prema kome se javno okupljanje ne smije održavati najmanje 100 metara od objekata u kojima su smješteni ili zasjedaju Hrvatski sabor, predsjednik Republike Hrvatske, Vlada Republike Hrvatske i Ustavni sud Republike Hrvatske. Isto tako, veoma interesantno je i zakonsko rješenje iz člana 13., prema kome "U glavnom gradu Republike Hrvatske Zagrebu, svatko, bez prijave, može održavati mirno okupljanje i javni prosvjed na Trgu Francuske Republike." Kada je Republika Srbija u pitanju, treba istaći da se javni skup ne može održavati u blizini Narodne skupštine Srbije, neposredno prije i u vrijeme njenog zasjedanja.

unutrašnjih poslova Republike Srpske svojim rješenjem zabranjuje održavanje okupljanja građana. Indikativno je što, s druge strane, Zakon ostavlja organizacionoj jedinici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se namjerava održati mirno okupljanje da diskreciono, odnosno po samo njoj poznatim mjerilima i kriterijima ocjenjuje šta se smatra mjestom "u blizini" bolnica, dječijih vrtića i osnovnih škola, spomenika kulture i posebno objekata koji se "posebno obezbjeđuju". Veoma diskutabilno je i zakonsko rješenje koje se odnosi na zabranu okupljanja u blizini objekata koji se posebno obezbjeđuju (u kaznenim odredbama zakona, pojavljuje se udaljenost od najmanje 50 metara kao udaljenost koja opredjeljuje termin u blizini objekata koji se posebno obezbjeđuju), a pogotovo što zakon ne definiše koji su to objekti koji se posebno obezbjeđuju (danas se značajan broj javnih objekata obezbjeđuje, privatnim obezbjeđenjem ili obezbjeđenjem koje vrše pripadnici policijsko-bezbjednosnih agencija, tako da se postavlja pitanje odnosi li se ova zabrana i na banke, pošte, javne ustanove ili preduzeća ili samo na tzv. vladine institucije). Takođe, problem je i što lista mjesta na kojima se okupljanje građana ne može održavati prednjim taksativnim nabrojanjem nije iscrpljena, već se organizacionoj jedinici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske ostavlja mogućnost da zabrani skup i ako se on održava na "drugim mjestima", ako bi okupljanje s obzirom na vrijeme, broj učesnika ili karakter mirnog okupljanja moglo ozbiljno ugroziti kretanje i rad većeg broja građana. Ovako široko postavljena zabrana onemogućava uobičajene proteste u pokretu, tzv. protestne šetnje, te okupljanja na značajnijim, ali i najfrekventnijim trgovima i ulicama. Ako se zna da je jedan od ciljeva okupljanja upravo privlačenje javnosti, uz sve ove zabrane gubi se i smisao javnog okupljanja ili protesta.

S druge strane, prema Zakonu, organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, na čijem području se namjerava održati mirno okupljanje građana, svojim će rješenjem diskreciono zabraniti održavanje mirnog okupljanja i prije njegovog otpočinjanja (dakle, ovdje se radi o obaveznoj zabrani mirnog okupljanja građana) iz sljedećih razloga:

- kada je mirno okupljanje usmjereno na ugrožavanje ustavom utvrđenog poretka;
- kada okupljanje nije blagovremeno i uredno prijavljeno nadležnom organu;
- kada je javno okupljanje prijavljeno na prostorima na kojima se po zakonu ne može održavati;
- ako su ciljevi mirnog okupljanja nesporno usmjereni na kršenje zagarantovanih sloboda i prava čovjeka, ili zbog različitih nacionalnih,

rasnih, vjerskih ili kulturnih osjećanja i pripadnosti mogu podstaći na nasilje;

- kada postoji stvarna opasnost da bi održavanjem mirnog okupljanja bila ugrožena bezbjednost ljudi i imovine ili bi došlo do ozbiljne opasnosti od nasilja ili do narušavanja javnog reda i mira u većem obimu (nejasno je na osnovu kojih kriterija će se procjenjivati ovakva opasnost, dakle i ovdje se radi o diskrecionoj normi, odnosno diskrecionom pravu nadležnog državnog organa) i
- kada je to potrebno radi sprečavanja ugrožavanja zdravlja ljudi, na zahtjev organa državne uprave nadležnog za poslove zdravstva.

Organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se namjerava održati mirno okupljanje, pismeno rješenje o zabrani održavanja mirnog okupljanja mora donijeti najkasnije 24 časa prije prijavljenog početka održavanja tog okupljanja. Protiv rješenja o zabrani okupljanja organizator može izjaviti žalbu, s tim da žalba ne odlaže izvršenje rješenja. Po prijemu žalbe, organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, na čijem području se namjerava održati mirno okupljanje, dužna je žalbu sa spisima odmah dostaviti ministru unutrašnjih poslova Republike Srpske koji je dužan donijeti i dostaviti organizatoru rješenje po žalbi najkasnije u roku od 24 časa od prijema žalbe. Protiv ovog rješenja može se pokrenuti upravni spor pred nadležnim okružnim sudom. Za slučaj nedonošenja rješenja po žalbi u utvrđenom roku, može se održati mirno okupljanje. Ukoliko zabrana održavanja mirnog okupljanja i pored uložene žalbe organizatora ostane, organizator je dužan odmah po prijemu rješenja kojim se zabranjuje mirno okupljanje obavijestiti javnost i po mogućnosti ukloniti javno istaknuta obavještenja o sazivanju mirnog okupljanja.

Organizator mirnog okupljanja dužan je preduzeti sve "potrebne mjere" za održavanje javnog reda i mira na mirnom okupljanju, odnosno prije svega organizovati redarsku službu (nepreduzimanje "potrebnih mjera" za održavanje javnog reda i mira na mirnom okupljanju predstavlja prekršaj čiji je učinilac organizator mirnog okupljanja). Prema Zakonu, odgovornost za organizaciju mirnog okupljanja i održavanje reda na njemu snosi organizator koji ima obavezu organizovanja redarske službe koja će se starati da mirno okupljanje protekne mirno i bez narušavanja javnog reda i mira. On tu obavezu može povjeriti agenciji za obezbjeđenje lica i imovine. Organizator mirnog okupljanja, pored organizovanja, odnosno obezbjeđenja odgovarajuće redarske službe, svakako je dužan preduzeti i odgovarajuće mjere medicinske zaštite i zaštite od požara (pretpostavlja se da je riječ o obavještanju zdravstvenih ustanova hitne pomoći i vatrogasnih

jedinica o održavanju javnog skupa). Takođe, on je dužan omogućiti nesmetan prolazak vozilima policije, hitne pomoći i vatrogasnim vozilima.

Značaj redarske službe, rukovodioca mirnog okupljanja građana i posebno redara kao neposrednih izvršilaca, zakonom je posebno istaknut. Prije svega, treba istaći obavezu organizatora koji je dužan odrediti rukovodioca mirnog okupljanja, odnosno lice koje vrši nadzor nad održavanjem mirnog okupljanja i usmjerava rad redara. Zakonom je, po prvi put, uveden institut rukovodioca mirnog okupljanja koji je dužan preduzimati potrebne mjere radi obezbjeđenja reda i mira na mirnom okupljanju. Njegova je dužnost da prekine mirno okupljanje ukoliko nastupi stvarna opasnost po bezbjednost učesnika mirnog okupljanja i imovinu, s tim da može nastaviti prekinuto mirno okupljanje ukoliko su u međuvremenu otklonjene okolnosti (opasnosti) koje su dovele do prekida mirnog okupljanja. Organizovanje redarske službe koja će se starati da mirno okupljanje protekne mirno i bez narušavanja javnog reda i mira predstavlja izuzetno važnu zadaću organizatora. S tim ciljem organizator određuje redare koji će vršiti poslove održavanja reda i mira na mirnom okupljanju. Dužnosti redara su taksativno određene zakonom, tako da je redar dužan:

1. da za vrijeme vršenja redarskih poslova štiti učesnike mirnog okupljanja i imovinu koja se nalazi na prostoru na kojem se održava mirno okupljanje;
2. da odmah obavijesti ovlašćeno službeno lice nadležnog organa o učesniku mirnog okupljanja koji nosi oružje ili predmete pogodne za nanošenje povreda;
3. da ovlašćenom licu pruži podatke o licu koje je narušilo red i mir;
4. da za vrijeme obavljanja poslova redara: a) izvrši pregled lica koje ulazi u prostor na kojem se održava mirno okupljanje, b) usmjerava kretanje učesnika na mirnom okupljanju i c) obavijesti ovlašćeno službeno lice nadležnog organa o učesniku mirnog okupljanja koji je po njegovoj procjeni u alkoholisanom stanju, nosi predmete pogodne za nanošenje povreda ili može narušiti red i mir na mirnom okupljanju;
5. da za vrijeme obavljanja redarskih poslova nosi prsluk fluorescentne boje sa vidljivim natpisom "REDAR".

Za vrijeme obavljanja redarskih poslova redar ne smije nositi oružje ili predmete pogodne za nanošenje povreda, uniformu, dijelove uniforme, odjeću ili obilježja uniforme kojima se poziva ili podstiče na oružane sukobe ili upotrebu nasilja, nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju ili netrpeljivost.

Ovlašćena službena lica organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se održava mirno okupljanje građana vrše poslove održavanja javnog reda i mira na prostoru koji se neposredno nalazi uz mjesto održavanja mirnog okupljanja. Ona imaju obavezu da spriječe ometanje ili onemogućavanje održavanja mirnog okupljanja koje se održava u skladu sa zakonom (od strane trećih lica). Pored toga, ova licu su ovlašćena da spriječe ili prekinu mirno okupljanje, ukoliko je:

- mirno okupljanje usmjereno na ugrožavanje ustavom utvrđenog poretka;
- ukoliko se učesnici okupljanja pozivaju ili podstiču na oružani sukob ili nasilje, nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju ili netrpeljivost (diskreciono pravo i uloga policije u procjeni ispunjenosti ovog uslova za prekidanje okupljanja veoma je diskutabilno);
- ukoliko nastupi stvarna i direktna opasnost od nasilja ili drugih oblika narušavanja javnog reda i mira u većem obimu (i kod ovog uslova, procjenu opasnosti, posebno "narušavanja javnog reda i mira u većem obimu" vrši policija);
- ukoliko nastupi stvarna ili direktna opasnost po zdravlje učesnika ili drugih ljudi na javnom okupljanju;
- kada održavanje javnog okupljanja nije prijavljeno ili je okupljanje zabranjeno;
- ukoliko se javno okupljanje održava na mjestu koje nije navedeno u prijavi i
- ukoliko angažovani redari ne mogu održati red i mir.

Postupak prekidanja mirnog okupljanja propisan je Zakonom, te je tako ovlašćeno službeno lice dužno naredbu o prekidu mirnog okupljanja saopštiti rukovodiocu mirnog okupljanja. Rukovodilac mirnog okupljanja dužan je učesnicima mirnog okupljanja saopštiti da je mirno okupljanje prekinuto i pozvati okupljene građane da se mirno razidu. Ukoliko rukovodilac ili učesnici mirnog okupljanja ne postupe u skladu sa naredbom ovlašćenog službenog lica, ovlašćena službena lica nadležnog policijskog organa dužna su preduzeti potrebne i nužne mjere usmjerene na razilaženje učesnika mirnog okupljanja.

I na kraju, treba svakako istaći i obaveze učesnika mirnog okupljanja. Tako je učesnicima mirnog okupljanja zabranjeno unošenje alkoholnih pića i nošenje predmeta pogodnih za nanošenje povreda. S druge strane, učesnici mirnog okupljanja ne smiju nositi uniforme, dijelove uniforme, odjeće ili drugih obilježja

kojima se poziva ili podstiče na oružane sukobe ili upotrebu nasilja, nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju ili netrpeljivost.

4. Javne priredbe

Javnom priredbom smatra se svako okupljanje građana komercijalnog karaktera, dakle organizovano, radi ostvarivanja prihoda u okviru registrovane djelatnosti koje, s obzirom na očekivani broj učesnika ili karakter javne priredbe, zahtijeva preduzimanje posebnih mjera obezbjeđenja. Javne priredbe mogu se organizovati na otvorenom ili zatvorenom prostoru, namijenjenom ili pogodnom za njihovo održavanje.

Organizator javne priredbe jeste pravno ili fizičko lice koje priređuje priredbu. To je lice koje je dužno podnijeti prijavu za održavanje javne priredbe, i to najkasnije sedam dana prije početka održavanja javne priredbe. Organizator javne priredbe jeste lice koje odgovara za štetu koju su pričinili učesnici javne priredbe na objektima ili prostorima na kojima je javna priredba održana, prema načelu objektivne odgovornosti.

Prijava javne priredbe podnosi se organizacionoj jedinici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se održava javna priredba i ona sadrži:

- cilj, mjesto i vrijeme održavanja javne priredbe;
- naziv i sjedište organizatora i lične podatke odgovornog lica, odnosno zastupnika, ako je organizator javne priredbe više pravnih lica ili grupa građana; ime i prezime i jedinstveni matični broj lica, ako je organizator fizičko lice;
- podatke o rukovodiocu javne priredbe i spisak redara sa njihovim ličnim podacima;
- mjere obezbjeđenja reda i mira na javnoj priredbi i
- procjenu organizatora o broju učesnika javne priredbe.

Identično mirnom okupljanju, ako se javna priredba održava na površini puta, zbog čega bi saobraćaj bio obustavljen ili ometan, organizator je dužan da priloži i odobrenje nadležnog organa u skladu sa Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini.

Organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se održava javna priredba na osnovu podataka iz prijave i drugih okolnosti procjenjuje da li su ispunjeni uslovi za bezbjedno održavanje

javne priredbe, te ona na osnovu procjene može naložiti organizatoru preduzimanje dodatnih mjera obezbjeđenja u roku koji ne može biti kraći od 24 časa. Ona će, svojim rješenjem koje mora donijeti najkasnije 24 časa prije početka održavanja javne priredbe, zabraniti održavanje javne priredbe ukoliko:

- javna priredba nije blagovremeno i uredno prijavljena;
- organizator ne sprovede, odnosno ne preduzme dodatne mjere obezbjeđenja u roku koji ne može biti kraći od 24 časa;
- je javna priredba prijavljena na prostoru koji nije namijenjen ili nije pogodan za održavanje javne priredbe i
- postoji stvarna opasnost da bi održavanjem javne priredbe bila ugrožena bezbjednost lica i imovine, narušen javni red i mir u većem obimu, nastupilo teže kršenje javnog morala ili ozbiljnije ugrožavanje zdravlja ljudi i životne sredine.

Održavanje javne priredbe rješenjem će zabraniti nadležna organizaciona jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske iz istih razloga i u istom postupku kao kod zabrane održavanja mirnog okupljanja. Isto tako, sve ono što je naprijed rečeno, a odnosi se na obezbjeđenje reda i mira na mirnom okupljanju, dužnosti organizatora mirnog okupljanja, obaveze ovlašćenih službenih lica, rukovodioca mirnog okupljanja, redare, kao i učesnike mirnog okupljanja, odnosi se i na organizaciju, odnosno održavanje javne priredbe.

5. Drugi javni skupovi

Drugi javni skupovi jesu posebna vrsta okupljanja građana, čija je svrha ostvarivanje državnih, vjerskih, humanitarnih, kulturno-umjetničkih, sportskih i drugih interesa, pod uslovom da nemaju za cilj ostvarivanje prihoda. Za razliku od mirnih okupljanja i javnih priredbi, ovi javni skupovi se ne prijavljuju. Ipak, postoji i jedan izuzetak kada je organizator dužan prijaviti ovakav javni skup, i to onda kada karakter ili očekivani broj učesnika javnog skupa nalaže preduzimanje vanrednih mjera obezbjeđenja van redovnog vršenja policijskih poslova. Prijava se podnosi organizacionoj jedinici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske na čijem području se održava javni skup najkasnije pet dana prije početka održavanja javnog skupa i ona sadrži sve one podatke propisane za prijavu mirnog okupljanja ili javne priredbe.

Odredbe Zakona o javnom okupljanju koje se odnose na razloge zabrane i postupak zabrane održavanja mirnog okupljanja, odnosno javne priredbe, zatim obezbjeđenje reda i mira na mirnom okupljanju, odnosno javnoj priredbi,

dužnosti organizatora mirnog okupljanja, odnosno javne priredbe, obaveze ovlašćenih službenih lica, rukovodioca mirnog okupljanja, odnosno javne priredbe, angažovane redare, kao i učesnike mirnog okupljanja, odnosno javne priredbe, primjenjuje se i na druge javne skupove ako im je cilj ostvarivanje finansijske koristi.

6. Kaznene odredbe

Učiniocima prekršaja iz Zakona o javnom okupljanju mogu se izricati novčane kazne, a prekršaji iz ove oblasti spadaju u teže prekršaje. Treba istaći da organizator javnog okupljanja može biti fizičko i pravno lice, te se tako kao učinilac prekršaja mogu pojaviti fizičko lice, pravno lice i odgovorno lice u pravnom licu. Posljedica kod ove vrste prekršaja sastoji se u narušavanju javnog reda i mira i ugrožavanju sigurnosti i bezbjednosti građana i njihove imovine. Zakonom o javnom okupljanju propisane su veoma visoke novčane kazne za prekršaje pravnih lica, odgovornih lica u pravnom licu i fizičkih lica (posebno rukovodilaca javnog okupljanja i redara) iz ove oblasti.¹⁰ Prije svega, novčanom kaznom u iznosu od 3.000,00 KM do 9.000,00 KM kazniće se za prekršaj pravno lice ako:

- održi javni skup bez prijave nadležnom Ministarstvu, a prijavljivanje javnog okupljanja je obavezno (dakle, ovdje se radi o obaveznosti prijave održavanja mirnog okupljanja, javne priredbe i javnog skupa čiji karakter ili očekivani broj učesnika nalaže preduzimanje vanrednih mjera obezbjeđenja van redovnog vršenja policijskih poslova);
- održava mirno okupljanje: u blizini bolnice, na način da se okupljanjem ometa pristup vozilima hitne pomoći; u blizini dječijeg vrtića ili osnovne škole, dok u njima borave djeca; u nacionalnim parkovima i zaštićenim parkovima prirode, osim mirnih okupljanja koja imaju za cilj popularizaciju zaštite prirode i čovjekove okoline, kao i obilježavanje značajnih historijskih datuma; u blizini spomenika kulture, ako okupljanje prouzrokuje uništenje ili oštećenje zaštićene vrijednosti; na magistralnim, regionalnim i lokalnim putevima na način kojim se ugrožava bezbjednost saobraćaja; u blizini objekata koji se posebno obezbjeđuju na udaljenosti

¹⁰ U Zakonu o javnim okupljanjima, u Republici Crnoj Gori, kaznenim odredbama propisane su novčane kazne za prekršaje organizatora, rukovodioca javnog okupljanja, redara i učesnika javnog okupljanja koje se kreću od petostrukog do tristastrukog iznosa minimalne zarade u Republici. Novčane kazne za prekršaje iz ove oblasti, za određene kategorije učinilaca u Republici Hrvatskoj kreću se čak do 50.000 kuna.

najmanje 50 metara od njih i na drugim mjestima, ako bi to s obzirom na vrijeme, broj učesnika ili karakter mirnog okupljanja moglo ozbiljno ugroziti kretanje i rad većeg broja građana;

- održi mirno okupljanje suprotno rješenju nadležnog organa o zabrani održavanja (nadležni organ će svojim rješenjem zabraniti održavanje mirnog okupljanja kada je mirno okupljanje usmjereno na ugrožavanje Ustavom utvrđenog poretka; kada okupljanje nije blagovremeno i uredno prijavljeno; kada je okupljanje prijavljeno na prostorima na kojima se u skladu sa zakonom ne može održavati; ako su ciljevi mirnog okupljanja nesporno usmjereni na kršenje zagwarantovanih sloboda i prava čovjeka ili zbog različitih nacionalnih, rasnih, vjerskih ili kulturnih osjećanja i pripadnosti mogu podstaći na nasilje; kada postoji stvarna opasnost da bi održavanjem mirnog okupljanja bila ugrožena bezbjednost ljudi i imovine ili bi došlo do ozbiljne opasnosti od nasilja ili do narušavanja javnog reda i mira u većem obimu i kada je to potrebno radi sprečavanja ugrožavanja zdravlja ljudi, na zahtjev organa državne uprave nadležnog za poslove zdravstva);
- ne obavijesti javnost o zabrani održavanja javnog skupa građana;
- ne obezbijedi javni red i mir na javnom skupu, odnosno mirnom okupljanju građana;
- ne obezbijedi dovoljan broj redara i ne preduzme odgovarajuće mjere medicinske zaštite i zaštite od požara;
- ne omogući nesmetan prolazak vozilima policije, hitne pomoći i vatrogasnim vozilima;
- kao organizator javne priredbe ne preduzme dodatne mjere obezbjeđenja naložene od strane nadležnog organa i
- održi javnu priredbu suprotno rješenju nadležnog organa o zabrani održavanja (održavanje javne priredbe biće zabranjeno ako priredba nije blagovremeno i uredno prijavljena; ako organizator javne priredbe ne preduzme dodatne mjere obezbjeđenja naložene od strane nadležnog organa; ako je prijavljena na prostoru koji nije namijenjen ili nije pogodan za održavanje javne priredbe i kada postoji stvarna opasnost da bi održavanjem javne priredbe bila ugrožena bezbjednost lica i imovine, narušen javni red i mir u većem obimu, nastupilo teže kršenje javnog morala ili ozbiljnije ugrožavanje zdravlja ljudi i životne sredine).

Za naprijed navedene prekršaje, novčanom kaznom od 500,00 KM do 1.500,00 KM kazniće se i odgovorno lice u pravnom licu, te fizičko lice, ukoliko se ono pojavljuje kao organizator javnog skupa, odnosno javnog okupljanja građana.

Za rukovodioca javnog skupa zakonodavac je propisao takođe visoke novčane kazne, te će se tako novčanom kaznom u iznosu od 1.000,00 KM do 3.000,00 KM kazniti za prekršaj rukovodilac javnog skupa ako:

- ne preduzme potrebne mjere za obezbjeđenje reda i mira na javnom skupu;
- ne prekine javni skup kada nastupi stvarna opasnost za bezbjednost učesnika javnog skupa i imovinu i
- učesnicima javnog skupa ne saopšti da je javni skup prekinut i o njihovoj obavezi da se mirno razidu.

Zakonom je propisana i odgovornost redara na javnom skupu i to na način da će se novčanom kaznom u iznosu od 150,00 KM do 450,00 KM kazniti redar na javnom skupu, ako:

- za vrijeme vršenja redarskih poslova ne zaštiti učesnike mirnog okupljanja i imovinu koja se nalazi na prostoru na kojem se održava mirno okupljanje; odmah ne obavijesti ovlašćeno službeno lice nadležnog organa o učesniku mirnog okupljanja koji nosi oružje ili predmete pogodne za nanošenje povreda ili ovlašćenom licu ne pruži podatke o licu koje je narušilo red i mir;
- za vrijeme obavljanja poslova redara: ne izvrši pregled lica koje ulazi u prostor na kojem se održava mirno okupljanje građana, ne usmjerava kretanje učesnika na mirnom okupljanju i ne obavijesti ovlašćeno službeno lice nadležnog organa o učesniku mirnog okupljanja koji je po njegovoj procjeni u alkoholisanom stanju, nosi predmete pogodne za nanošenje povreda ili može narušiti red i mir na mirnom okupljanju građana;
- ne nosi vidljivu oznaku sa natpisom "REDAR" i
- nosi oružje ili predmete pogodne za nanošenje povreda, uniformu, dijelove uniforme, odjeću ili druga obilježja kojima se poziva ili podstiče na oružane sukobe ili upotrebu nasilja, nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju ili netrpeljivost.

I na kraju, novčanom kaznom u iznosu od 100,00 KM do 300,00 KM kazniće se za prekršaj fizičko lice, ako:

- učestvuje na javnom skupu i nosi predmete pogodne za nanošenje povreda ili unosi alkoholna pića i
- kao učesnik javnog skupa nosi uniformu, dijelove uniforme, odjeću ili druga obilježja kojima se poziva ili podstiče na oružane sukobe ili upotrebu nasilja, nacionalnu, rasnu, vjersku ili drugu mržnju i netrpeljivost.

PUBLIC ASSEMBLIES IN REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The first Republic of Srpska Law on Assembly of Citizens was adopted in 1996. During its 12 years-long immediate practical application, legislators have noted some uncertainties, significant obsolescence of the content of its legal solutions, as well as inconsistency of its penal provisions with those of the Republic of Srpska Law on Minor Offences (adopted in the middle of 2006, published in the Republic of Srpska "Official Gazette" under the number 34/06, and put into implementation on 1st September 2006). All the mentioned was a reason enough for the lawmakers to draft a new Law on Assembly of Citizens. This new Law contains a series of interesting, sometimes even disputable solutions concerning public gatherings of citizens in the Republic of Srpska, which we will have plenty of this year (rallies and other gatherings related to campaigns of the forthcoming October elections, then, given difficult economic situation, possible protests and gatherings of citizens, especially workers, sports venues of greater risk, etc.). This study will put an emphasis on the mentioned legal solutions in the Law, especially on problematic ones.

Key words

public gathering, public events, other public gatherings, minor criminal offences.

FORENZIČKO BIOANTROPOLOŠKI SEGMENT IDENTIFIKACIJE LICA NA OSNOVU (TRAGOVA) NOKTIJU

stručni članak

UDK: 343.982.323:[577.212: 611.78

dr.sc. Mladen Milosavljević*
dipl.iur. Dušica Milosavljević**
Sunčica Milosavljević***

Sažetak

Suprotstavlanje (organiziranom) kriminalu svakim danom policiji širom svijeta postavlja sve veće i veće izazove. Sve bolja organiziranost, pripremljenost, brutalnost izvršilaca krivičnih djela, zahtijevaju od policijskih eksperata primjenu različitih i novih tehnologija. Korištenjem prirodnih nauka i tehničkih saznanja kroz primjenu savremenih tehnologija, jedini je ispravan put u razjašnjanju različitih krivičnih djela. Identifikacija počinitelaca najtežih krivičnih djela ponekad je povezana sa nedostatkom dovoljnih količina odgovarajućih tragova. Ipak, da li je moguće i kako, primjenom standardnih konvencionalnih metoda, ali i primjenom savremenih tehnologija, prvenstveno primjenom DNK analiza, sasvim pouzdano i sigurno, na osnovu tragova noktiju, utvrditi identitet lica od koga ispitivani trag potiče? Kolika je sigurnost takvih nalaza sa kriminalističkog i forenzičkog aspekta? Koliko ove analize mogu pomoći pravosuđu? Upravo te segmente autori razrađuju u ovom radu.

Ključne riječi

nokat, analiza, morfologija, DNK analiza, identifikacija.

* doktor bioloških nauka, Federalna uprava policije;
mmladen@hs-hkb.ba

** Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH;
dusicam@hotmail.com

*** studentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu;
milosavljevic.suncica@gmail.com

UVOD

Determinacija osnovnih pojmova u vezi sa noktom

Šta su zapravo nokti? Nokat je tvrdi rožnati zaštitni sloj posljednjeg članka na prstima ruke i noge,¹ koji štiti vrhove prstiju na rukama i nogama. Nalazi se u srednjem sloju kože (derma), kao i dlake. Dio nokta koji je usađen u kožu zove se korijen, a uz njega je matica ili matriks. Preostali dio nokta je orožala ploča, a ispod nje se nalazi posteljica ili ležište nokta. Na prelazu ploče i korijena nokta nalazi se polumjesečasta zona lunula (lat. luna – mjesec), koja je vidljiva kod gotovo svih ljudi na svim prstima.

Ploča nokta je bez boje, a boju joj određuje splet žilica ispod nje. Sastoji se od epidermalnih stanica, orožanih ćelija, koje su spojene u nokatnu tvar koja sadrži tvrdi keratin i zbog toga se nokti mogu ljuštiti. Ćelije su poredane u slojeve pa ploča na vertikalnom presjeku izgleda isprugano. Među grupama oroženih ćelija često su uloženi mjehurići zraka koji se na noktima vide kao bijele mrlje. Ploča nokta je u području nokta tanka i nije potpuno orožena, a na prijelazu u slobodni dio dostigne maksimalnu debljinu na prstima ruke 0,5 mm, a na nogama i mnogo više.²

Kod životinja iz roda mačaka (lavova, tigrova, puma), nokti izrastaju u pandže koje se mogu uvlačiti i zajedno sa zubima služe za borbu.

Kada se govori o identifikaciji osoba na osnovu (tragova) noktiju, onda se uopšteno (grupno) gledano mogu izdiferencirati tri pristupa:

- 1) identifikacija na osnovu morfoloških karakteristika noktiju;
- 2) identifikacija primjenom seroloških metoda i
- 3) identifikacija putem DNK analiza.

Svakako da ćemo se u narednom dijelu teksta detaljnije baviti svakom od tri navedene podjele. Međutim, prije analize navedenog, neophodno je dati osnovna tumačenja temeljnih pojmova – identifikacija, identifikaciona obilježja, kako bi cjelokupna analiza bila potpuno jasna i onim kojim data materija nije primarno zanimanje.³

¹ *Enciklopedija leksikografskog zavoda*, broj 4, Zagreb, MCMLXVIII, Jugoslovenski leksikografski zavod.

² Isto.

³ Naime, jedan od problema u ovom radu jeste i kako primarno biološku/forenzičku materiju prilagoditi namjeni časopisa i dominantnoj konzumentskoj grupi. Zbog toga su i odabrani navedeni uvodni parametri, jer bez ličnog razjašnjenja šta znači identifikacija, identifikacionih ili individualnih obilježja, razumijevanje centralnog dijela rada ne bi bilo potpuno.

Determinacija osnovnih pojmova u vezi sa identifikacijom

Kriminalistička identifikacija predstavlja realnu djelatnost koja se vrši u procesnoj formi u cilju utvrđivanja obilježja jednog identiteta i, kao takva, predstavlja poseban aspekt utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Ona se ostvaruje specifičnom kombinacijom opštih i posebnih metoda prikupljanja, razjašnjavanja i ocjene dokaza. Karakter tih metoda zavisi od osobenosti konkretnog zadatka, koje identifikacija treba da izvrši. Osnovne postavke kriminalističke identifikacije su: identifikacija ima individualni karakter; identifikaciona obilježja se moraju podudarati u kvantitativnom i kvalitativnom pogledu; kriminalistička identifikacija podrazumijeva primjenu posebne metodike, čiji su bitni stadijumi izdvojeno i uporedno ispitivanje oba objekta identifikacije – onog čija se identifikacija vrši i onog pomoću koga se to obavlja. Za razliku od prirodnih i tehničkih nauka, gdje se putem identifikacije određuje pripadnost grupi, odnosno utvrđuje prisustvo nekih grupnih obilježja, kriminalistička identifikacija ima za cilj otkrivanje konkretnih činjenica.

Svaka činjenica, pomoću koje se utvrđuje identitet objekta, može, u zavisnosti od vremena, mjesta i načina svog nastanka, biti neposredan ili posredan dokaz. I dok prvi omogućuje da se iz njega direktno saznaju pravno relevantne činjenice, dotle drugi tu mogućnost uslovljava korištenjem mehanizama logičkog zaključivanja. Njegovo postojanje, samo za sebe, ne potvrđuje jasno i nedvosmisleno vezu jednog objekta sa krivičnim djelom, već se ona izvodi na posredan način. U skladu s tim, identifikacioni dokaz može predstavljati direktnu potvrdu vinosti ili imati indicijalni karakter.⁴

Za identifikaciju, u kriminalistici, skraćeno se kaže i – da je to postupak utvrđivanja istovjetnosti konkretnog objekta, osobe, mjesta i slično, putem sveukupnih opštih i posebnih obilježja pomoću upoređivanja, a u cilju osiguranja dokaza.⁵ Mitrović⁶ navodi da su svi saglasni da je identifikacija utvrđivanje identiteta, tj. istovjetnosti.

Identifikaciona⁷ ili individualna obilježja – u kriminalistici – predstavljaju kompleks, cjelinu obilježja koja su nastala slučajno i koja individualiziraju objekt

⁴ Aleksić, Ž. & Milovanović, Z. (1995), *Leksikon kriminalistike*, Glosarijum, Beograd, str. 130. – 131.

⁵ Modly, D. (1998), *Priručni kriminalistički leksikon*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo. str. 176.

⁶ Mitrović, V. (1998), *Kriminalistička identifikacija – teorija i praksa*, Beograd, str. 11.

⁷ Karakteristike identifikacionih obilježja različiti autori shvataju i metodološki obrađuju na različite načine.

identifikacije, upravo zato jer nisu nastala zakonomjerno, jer ne predstavljaju normu grupnih obilježja.

Svi predmeti izloženi su stalnim mehaničkim (fizikalnim) i hemijskim utjecajima koji stalno mijenjaju, modificiraju njihova individualna obilježja. Navedene promjene "pišu" individualnu biografiju predmeta. Kriminalistički vještaci utvrđuju identitet nekog objekta upoređivanjem njegovih identifikacijskih obilježja. Analiza i sinteza identifikacijskih obilježja čine osnovu identifikacijskog postupka. Ako vještak može izdvojiti određeni broj individualnih obilježja, on će time utvrditi identitet tog objekta i izdvojiti ga, razlikovati od svih objekata iste vrste. Identitet se utvrđuje po konačnom broju tih obilježja.

Izbor osobina objekta koje će se koristiti kao identifikaciona obilježja vrši se po određenim kriterijumima, a to su: postojanost, sposobnost preslikavanja, informativnost i složenost.

U kriminalistici se identifikaciona obilježja dijele na opšta i posebna. Opšta obilježja karakteriziraju grupu predmeta ili neki objekt uzet u cjelini. Posebna obilježja odnose se na detalje. Kada se utvrđuje tzv. grupna pripadnost predmeta, traži se podudarnost svih opštih obilježja. Nepodudarnost opštih obilježja isključuje mogućnost identiteta, dok njihova podudarnost znači samo mogućnost identiteta. Identitet se utvrđuje samo na osnovu podudarnosti svih ili dovoljnog broja relevantnih posebnih obilježja (detalja).

U objektivnoj stvarnosti svaki objekt traseološke identifikacije strogo je individualiziran, a teorija vrijednosti ne isključuje ponavljanje koje je negacija identiteta i ne može poslužiti kao temelj za traseološku identifikaciju.⁸

Mitrović⁹ smatra da je identifikaciono obilježje svaka osobina objekta koja se koristi za identifikaciju.¹⁰

Cijeneći da su u središtu ovog rada nokti i tragovi noktiju, neophodno je istaći da tragovi noktiju mogu da se pojave u dva oblika¹¹: kao mehanički trag i kao biološki trag. S obzirom na oblik, čvrstinu i oštrinu vrhova, nokti mogu imati karakter oruđa i, kao takvi, mogu proizvesti određene promjene na različitim

⁸ Modly, D., & Korajlić, N. (2002), *Kriminalistički rječnik*, Centar za kulturu i obrazovanje Tešanj, str. 164.

⁹ Mitrović, V. (1998), *Kriminalistička identifikacija – teorija i praksa*, Beograd, str. 28.

¹⁰ Vinberg, A. I. (1961), *Nekatorie voprosi kriminalističeskoj identifikacii* S. B. "Voprosi kriminalistiki", No. 1 – 2, Moskva; takođe ima slično mišljenje: "Obeležje takođe označava svojstvo pod uglom gledanja prepoznavanja predmeta".

¹¹ Neki autori, npr. Simonović, B. razlikuju tri vrste tragova koji su u tjesnoj vezi sa noktima: 1) tragovi grebanja nastali od noktiju na tijelu žrtve ili učinioca, 2) sadržaj prljavštine ispod noktiju i 3) tragovi odlomljenih noktiju.

objektima sa kojima dolaze u kontakt. Međutim, budući da se kontaktna površina noktiju ne odlikuje postojanošću, jer se može veoma brzo namjerno ili nenamjerno, izmijeniti, tragovi noktiju u ovom pogledu imaju gotovo zanemariv kriminalistički (i forenzički) značaj. Daleko veću vrijednost (svakako dokaznu) imaju tragovi noktiju pronađenih u formi odsječenih, slomljenih ili otkinutih dijelova. Ako imaju određene dimenzije, oni mogu veoma korisno poslužiti za identifikaciju osoba (mi ćemo se bazirati na biološkom segment nokta kao traga).

Uvažavajući da je trag nokta po kategorizaciji trag biološkog porijekla, neophodno je istaći činjenicu da se tragovi biološkog porijekla dijele na tragove: humanog (ljudskog), animalnog (životinjskog) i biljnog porijekla.¹² Kad se govori o metodama identifikacije bioloških tragova potrebno je napomenuti da se one generalno (u zavisnosti od vrste traga¹³) dijele na preliminarne (vjerovatne) i potvrdne (nedvojbene). Posmatrano kroz stepene vještačenja, kod bioloških tragova (skoro u svim slučajevima) važi trostepena skala: identifikacija traga, određivanje porijekla traga (humani ili animalni), odnosno određivanje krvnogrupne pripadnosti (npr. u ABO sistemu).¹⁴ Pojavom DNK analiza stvorila se mogućnost potpuno pouzdane identifikacije lica kroz analizu bioloških tragova.

IDENTIFIKACIJA OSOBA NA OSNOVU MORFOLOŠKIH KARAKTERISTIKA NOKTIJU

Identifikacija osoba na osnovu morfoloških karakteristika noktiju predstavlja postupak kojim se utvrđuju i upoređuju individualna obilježja na ispitivanim uzorcima noktiju. Na ljudskim noktima i to, kako onim na rukama, tako i onim na nogama, nalaze se uzdužne brazde, koje su nešto manje uočljive na spoljašnjoj, konveksnoj strani nokta, a znatno uočljivije i sa više detalja na unutrašnjoj, konkavnoj strani. Navedene brazde se formiraju u procesu rasta noktiju i odgovaraju svojim oblikom, veličinom i položajem reljefu koji se nalazi na površini ležišta nokta preko koga raste keratinsko tkivo. Uzeto u cjelini, morfološka struktura

¹² Svakako da postoji i niz odgovarajućih unutrašnjih podpodjela.

¹³ Na primjer, za identifikaciju tragova krvi iz kategorije preliminarnih testova mogu se koristiti testovi za identifikaciju tragova krvi u urinu (različiti proizvođači), zatim – benzidinski, fenoltaleinski test, te leukomalahit zeleni test. Dok se iz kategorije nedvojbenih mogu koristiti: precipitaciona metoda sa anti humanim serumom, ili tzv. Aba kartice (koje objedinjuju identifikaciju i porijeklo traga krvi).

¹⁴ Jedino se kod ispitivanja izlučevina, kao međufaza između određivanja porijekla i krvnogrupne pripadnosti, pojavljivala potreba za određivanjem sekretornog statusa (vidjeti kasnije objašnjenje).

ovih brazda je individualna i omogućava utvrđivanje, ne samo identiteta osobe, već i tačno određivanje prsta sa koga nokat potiče. Pored toga, nju odlikuje i stabilnost¹⁵ obilježja, što stvara uslove za uspješnu identifikaciju i nakon proteka dužeg perioda vremena.

Zasluge za otkriće identifikacione vrijednosti noktiju pripadaju P. Ročeu (Patrick Roche),¹⁶ ljekaru sudske medicine iz Ošode u Nigeriji. On je i izvršio prvo uspješno vještačenje ove vrste tragova još 1955. godine. Za vještačenje je neophodno raspolagati odgovarajućim uzorcima noktiju. Pod tim se, prvenstveno, podrazumijeva njihova veličina. Neophodno je da uzorci koji se upoređuju ne budu kraći od 2 mm (s obzirom da se rijetko može utvrditi sa koje je ruke, odnosno prsta, otkinut određeni komadić nokta; nesporni uzorci noktiju se uzimaju sa svih prstiju odsijecanjem noktiju po cijeloj dužini i u dubini od 2 do 3 milimetra¹⁷). Prije nego što se pristupi upoređivanju spornog i nespornog uzorka, vrši se njihovo pripremanje. Ono mora da zadovolji zahtjeve koji se postavljaju u vezi obezbjeđivanja dobrog kontrasta (nokat se dobro očisti u toploj vodi sa deterdžentom, potom se ispere destiliranom vodom, a zatim suši, stavljen između metalnih ploča kako bi se ispravio – nokat je inače olučastog oblika¹⁸). Najbolji rezultati se dobivaju tako što se nokti šmirglaju i glačaju kako bi se smanjila njihova debljina. Ispitivanje se vrši uz pomoć komparativnog mikroskopa, opremljenog polarizacionim filterima (uz pomoć polarizacionih filtera, između kojih se stave uzorci noktiju, prelamanjem svjetlosti nastaje spektar boja u vidu pruga, paralelnih sa brazdama na noktu¹⁹) i dodatkom za ortoskopska posmatranja polarizovane svjetlosti. Na komparativnom mikroskopu uzorci noktiju se

¹⁵ Druga osobina koja govori u prilog podobnosti noktiju za identifikaciju lica jeste njihova nepromjenjivost. Ukoliko ne nastane veća povreda ili oštećenje nokta, odnosno njegovog ležišta, raspored brazdi ostaje isti u toku cijelog života (vidjeti u Aleksić, Ž., & Škulić, M. (2004), *Kriminalistika*, str. 111. i Milovanović, Z. (1982), *Vrednost uzdužnih brazdi na noktima za utvrđivanje identiteta lica*, 13. Maj, broj 4/1982. Str. 49. – 52.

¹⁶ Kao naučnika zaslužnog za ovu vrstu ekspertiza, svakako treba spomenuti i Herberta Mek Donela, istaknutog američkog kriminalistu.

¹⁷ Maksimović, R., & Todorić, U. (1995), *Kriminalistika tehnika*, Policijska akademija, Beograd, str. 325.

¹⁸ Ramljak, A. (1999): *Medicinska kriminalistika*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, str. 324.

¹⁹ U kriminalističkoj laboratoriji u Vašingtonu usavršena je metoda kojom se dobijaju oštri kontrasti boja, što omogućava vrlo suptilnu identifikaciju, kompariranjem ispitivanih uzoraka noktiju. Tehnika je dovedena do savršenstva i još veće uspješnosti u primjeni, kada se brušenjem i glačanjem istanjuje nokat radi uspješnije primjene polarizacione svjetlosti. Ovim postupkom postignut je visok stepen individualnosti brazdi nokta, čija se primjena u identifikaciji približava vrijednosti otiska prsta. U

postavljaju tako da se podešavaju uzdužne brazde u jednom kontinuitetu, jedan u odnosu na drugi. Na okularu se dobija jedinstvena slika koja je sastavljena od jedne polovine jednog, te druge polovine drugog nokta. Ukoliko postoji podudarnost individualnih obilježja na oba ispitivana uzorka, smatra se da je utvrđen identitet.²⁰

Prema svemu navedenom, stabilnost (nepromjenjivost) morfoloških obilježja noktiju je karakteristična osobina koja ide u prilog pogodnosti noktiju za identifikaciju. Naime, ukoliko ne dođe do povrede ili oštećenja nokta, odnosno ležišta, oblika, veličine i položaja brazde, nokat ostaje isti tokom cijeloga života, pri čemu ipak treba imati izvjesnu rezervu jer se vršena istraživanja odnose na određene vremenske periode, a ne na čitav ljudski vijek.²¹ Sumirajući navedeno, može se istaći da je kroz morfološku analizu (tragova) moguće utvrditi, ne samo identiteta osobe, već i tačno određivanje prsta sa koga nokat potiče. Navedena činjenica ima izuzetan značaj sa aspekta kriminalističke i forenzičke identifikacije.

IDENTIFIKACIJA OSOBA NA OSNOVU TRAGOVA ODLOMLJENIH NOKTIJU

Ukoliko se na licu mjesta nekog krivičnog djela pronađe dio odlomljenog (ljudskog) nokta, postoji mogućnost identifikacije lica. U ovom dijelu navešćemo, u najkraćem, metodu morfološkog uklapanja pronađenog parčeta nokta sa mjestom sa koga se pretpostavlja da pronađeni uzorak potiče. Ovo je moguće, ukoliko se osumnjičeni odmah pronađe, i pod uslovom da u međuvremenu nije sjekao nokte.^{22,23} Primjenom ove metode može se dovesti u vezu pronađeno parče/dio nokta i prisustvo žrtve ili počinioca (krivičnog djela) na licu mjesta. Na

dosadašnjem istraživanju "...nije pronađen uzorak nokta koji je bio identičan sa uzorkom nokta nekog lica kome on ne pripada" (vidjeti u Milovanović, Z.). Dakle, zabilježena je ista pojava kao i sa papilarnim linijama, a odnosi se na postojanje suštinske razlike između noktiju sa pojedinih prstiju, po rasporedu brazdi. To je pomak dalje u identifikaciji, ne samo neke osobe, već i prsta kojem pripada ispitivani nokat. (vidjeti u Aplinar, E., & Rowe, W. (1980), *Examination of Human Fingernail Ridges by Means of Polarized Light*, Journal of Forensic Science, 25.)

²⁰ Aleksić, Ž. & Milovanović, Z. (1995), *Leksikon kriminalistike*, Glosarijum, Beograd, str. 88.

²¹ Bošković, M., & Matijević, M. (2007), *Kriminalistika operativna*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, str. 373.

²² Maksimović, R., & Todorić, U. (1995), *Kriminalistička tehnika*, Beograd, str. 325.

²³ Simonović, B. (2004), *Kriminalistika*, Pravni fakultet, Kragujevac, str. 359.

primjer, odlomljeni nokat sa ruke žrtve pronađen je u automobilu ili stanu osumnjičenog koji negira prisustvo oštećenog/oštećene u tom prostoru. Vještačenje je relativno jednostavno i vrši se metodom uklapanja uz primjenu mikroskopa ili lupe. Svakako je tokom rada potrebno vršiti fotografisanja u različitim fazama postupka (kako prije samog početka procesa uklapanja i to otkinutog dijelica nokta, tako i ruke - prsta/dijela gdje se vrši uklapanje; obavezujuće je korištenje odgovarajućih mjernih skala pri fotografisanju; završna fotografija predstavlja situaciju potpunog uklapanja spornog komadića nokta sa nespornim noktom).

Prema tome, primjenom metode uklapanja dijela cjeline, moguće je, i u slučajevima otpalih, otkinutih fragmenata noktiju, potpuno pouzdano odrediti lice od kojeg ispitivani (sporni) trag nokta potiče. Jasno je da će se, ne samo moći odrediti lice od koga trag nokta potiče, već i tačno određeni prst kome fragment nokta i pripada.

IDENTIFIKACIJA OSOBA NA OSNOVU SEROLOŠKIH ANALIZA (TRAGOVA) NOKTIJU

Kad se govori o serološkim analizama tu se podrazumijevaju konvencionalne metode, i to prvenstveno određivanje krvnih grupa ABO sistema. Upravo zbog toga u narednom dijelu dajemo detaljnu elaboraciju navedene tematike.²⁴

Određivanje krvnih grupa iz ljudskih noktiju²⁵

Povijest određivanja ABO (krvnih) grupa

Za identifikaciju raspadnutih leševa, raspadnutih žrtava ubistava i žrtava kod nezgoda (svakako i u nekim drugim slučajevima), određivanje krvnih grupa ABO sistema može se izvršiti i iz noktiju sa prsta ruku i nogu, pomoću apsorpcijsko - elucione i apsorpcijsko - inhibicijske tehnike.

Nakon nekoliko dodatnih studija (Mc Wright, Aoyama i Ihara) postalo je jasno da nokti sadrže supstance krvnih grupa u koncentracijama dovoljnim da se odrede ABO krvne grupe pomoću apsorpcijsko - inhibicijske metode.

²⁴ Oni čitaoci koje ne zanima niz različitih, čisto forenzičkih, objašnjenja iz ove tematike, već samo ono najosnovnije, mogu svoju pažnju usmjeriti samo na dio poglavlja od tabele broj 2 pa do kraja poglavlja.

²⁵ Metode koje se obrađuju u narednom dijelu teksta detaljnije su obrađene u knjizi Milosavljević, M. (2000), *Osnovi forenzičke biologije*, UG Obrazovanje gradi Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo.

Međutim, elucija supstancije krvnih grupa iz noktiju i ispitivanje pomoću apsorpcijsko-inhibicijske tehnike je nepodobna za rutinska ispitivanja, zbog potrebe za relativno velikom količinom materijala uzorka i zbog činjenice što postupak dosta dugo traje. Da bi se razriješili ovi problemi razvijene su nove metode ispitivanja sa malim količinama uzoraka noktiju.

U isto vrijeme izvršena su i dodatna ispitivanja u pogledu količine, starosti i dekompozicije uzorka. Guth, Haba i Ito, te Mikami i dr., poredili su određivanje krvnih grupa iz noktiju, kože i dlaka kod istih osoba i utvrdili da između ova tri uzorka uzorci noktiju daju najtačnije rezultate.

Tehnički problemi određivanja krvnih grupa ABO sistema iz noktiju

Količina uzorka koja je potrebna za određivanje krvnih ABO grupa

Za određivanje krvnih ABO grupa iz noktiju apsorpcijsko-elucionom tehnikom, dovoljan je komadić nokta sa ruke ili noge.

Garg i Outeridge su postigli zadovoljavajuće rezultate koristeći ukupnu količinu uzorka od 25 do 30 mg. Kasnija ispitivanja nekih drugih autora upućuju da je dovoljno približno 3-6 mg fragmenta nokta za dobijanje prilično tačnih rezultata.

Distribucija i karakterizacija supstanci krvnih grupa u noktima

Malo je informacija o količini supstance krvnih grupa u tkivu nokta. Aoyama, Thoma i Ihara su uspjeli odrediti ABO grupe iz noktiju koristeći semi-kvantitativnu apsorpcijsko-inhibicionu tehniku i oni sugeriraju da "relativno veliku količinu supstance krvnih grupa" sadrži tkivo noktiju.

Sa uzorcima noktiju prikupljenim od sekretora i neseekretora, Shimoda i Sigimura izvještavaju da je moguće određivanje krvnih ABO grupa samo iz uzoraka sekretora dok Shimizu i Yamanouchi, Aoyama, Yada, te Sehajpel i Sharma pokazuju da je moguće određivanje krvnih grupa ABO sistema iz uzoraka i sekretora i neseekretora.²⁶

²⁶ Pod pojmom sekretora podrazumijeva se dio ljudske populacije (oko 80%) kod koga je moguće iz tragova izlučevina, na osnovu prisustva grupnospecifičnih supstanci, odrediti krvno - grupnu pripadnost. Analogno tome, kod grupacije neseekretora (oko 20%) to nije moguće.

Veliki broj autora utvrdio je da nema razlike u pogledu antigenog aktiviteta prilikom određivanja krvnih ABO grupa iz uzoraka sekretora i nesekretora.

Uticaj fizikalnih faktora na aktivitet antigena krvnih grupa iz noktiju

Mikami i dr. su ispitivali promjene aktiviteta krvnih grupa iz noktiju koji su ostavljeni u vodi i zemlji i utvrdili da je moguće određivanje ABO krvnih grupa čak 6 mjeseci nakon njihovog izlaganja, ali sa manjom (smanjenom) reaktivnošću, nego sa svježim uzorcima. Kada su uzorci ostavljeni godinu dana, bilo je dosta slučajeva dobijanja lažnih (pogrešnih) rezultata, što je vjerovatno posljedica bakteriološke razgradnje tkiva nokta.

Omoto je uspješno određivao krvne ABO grupe i iz noktiju mumija.

Navedeni nalazi indiciraju da je moguće odrediti ABO krvne grupe iz noktiju raspadnutih, iznakaženih i ugljenisanih leševa sa velikom tačnošću.

Posljednji pristupi određivanju krvnih grupa iz noktiju

Tkivo ljudskih noktiju uglavnom sadrži antigene ABO(H) krvnih grupa. Pokušaj da se odrede antigeni ostalih krvnih grupa iz noktiju je učinio Guth. On je uspio detektirati MN krvne grupe iz veoma malih količina noktiju (2x2 mm) koristeći apsorpcijsko-elucionu tehniku. Međutim, ostali autori nisu potvrdili prisustvo MN antigena u noktima čovjeka.

S druge strane, Marshall je obavijestio da proteini iz ljudskih noktiju pokazuju genetičke varijacije, kako u pogledu frakcija sa visokim sadržajem sumpora, tako da mogu poslužiti kao biokemijski markeri individualnosti. On je ispitivao nokte od 106 osoba poliakrilamid gel elektroforezom i našao da 73 uzorka pokazuju karakteristične hromatograme sa tri banda glavne frakcije proteina sa malim sadržajem sumpora, te 5 bandova proteinske frakcije sa velikim sadržajem sumpora. Ovi proteinski bandovi se označavaju kao normalni uzorci. Preostali uzorci pokazuju dodatni band proteina sa visokim sadržajem sumpora i oko polovica tih uzoraka također manifestira i dodatni band sa malim sadržajem sumpora. Ovi proteinski bandovi se označavaju kao promjenljivi uzorci.

Iako se u ovom dijelu navode podaci nekih autora koji govore o mogućem određivanju krvnih grupa i kod nesekretora, njih je do daljnjeg potrebno posmatrati sa rezervom.

Tabela 1:
Potrebna količina uzorka noktiju za određivanje AB0 krvnih grupa
upotrebom apsorpcijsko-elucione tehnike

Količina uzorka noktiju		Apsorpciono-eluciona tehnika											
Broj fragmenata nokta	Težina uzoraka nokta (mg)	A sekretor			A nesekretor			B sekretor			B nesekretor		
		Anti-A	Anti-B	Anti-H	Anti-A	Anti-B	Anti-H	Anti-A	Anti-B	Anti-H	Anti-A	Anti-B	Anti-H
3 ^a	1,5 ^a	+	-	-	-	-	-	-	+	-	-	-	-
6	3,0	+	-	+	+	-	+	-	+	+	-	+	+
9	4,5	+	-	+	+	-	+	-	+	+	-	+	+
12	6,0	+	-	+	+	-	+	-	+	+	-	+	+
15	7,5	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
18	9,0	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+

a - ukupna količina u tri test tube

Tabela 2.
Zastupljenost krvnih grupa u bivšoj SFR Jugoslaviji²⁷

	A	O	B	AB
Kuličar, 1952.	41%	38%	16%	5%
Lukić i Pejaković, 1975. Marinković i sar.1991.	43%	34%	16%	7%
Bošković, 1968. Autorski kolegij, 1977.	42,20%	36,18%	14,34%	7,28%
Stefanović, 1989.	42,12%	34,72%	16,27%	6,88%
Prosječna distribucija krvnih grupa	42,08%	35,73%	15,65%	6,54%

²⁷ Na prostoru bivše SFR Jugoslavije rađeno je nekoliko istraživanja od 1952. do 1991. godine, čiju smo prosječnu distribuciju krvnih grupa prikazali u posljednjoj koloni ove tabele. Autori navedenih istraživanja su bili: Kuličar, u (Kuličar, Ž. /1952/Krvne grupe ABO sistema, Transfuzija krvi, Medicinska knjiga; Bošković, 1968. u (Bošković, S. /1968/: Teoretske osnove genetike krvnih grupa, Svjetlost, Izdavačko preduzeće, Sarajevo, str.11; Stefanović, 1989. u (Stefanović, S. /1989/: Hematologija, Medicinska

Prema svemu navedenom, a iz podataka o procentualnoj zastupljenosti, četiri krvne grupe ABO sistema (A, B, AB i O), može se izvući zaključak o njihovoj specifičnoj kriminalističkoj (i forenzičkoj) vrijednosti/značaju. Primjerice, pronađe li se na licu mjesta nekog krivičnog djela (trag) nokat i ako se primjenom odgovarajućih seroloških analiza iz njega uspije odrediti npr. krvna grupa A – to bi značilo da od 100 osumnjičenih, statistički posmatrano, 43 dolaze u obzir kao potencijalni izvršioци (odnosno ostavioci ispitivanog traga). Teoretski, dakle, ispitivani (trag) nokat može poticati od bilo koje osobe koja pripada osobama krvne grupe A. Svakako, dalje analize i isključenja osumnjičenih vrše se kroz druge eliminacije, provjeru alibija i slično.

Neophodno je istaći (bez obzira na navedene ograničenosti) da je kroz određivanje krvno-grupne pripadnosti bilo moguće izvršiti izuzetno velike i kvalitetne pomake u razjašnjavanju različitih krivičnih djela. Drugačije rečeno, bez obzira na sva moguća ograničenja, doprinos seroloških analiza (određivanje krvno-grupne pripadnosti) imalo je ogroman značaj u kriminalistici i forenzici. To se prvenstveno odnosi na potpuno sigurnu mogućnost isključenja osoba određenih krvnih grupa kao potencijalno mogućih osumnjičenih (odnosno ostavilaca traga). Svakako je važno voditi računa da se uvijek analiza odnosi na konkretni predmetni trag, pa i kada se vrši isključenje neke osobe za određeni trag, to se isključivo odnosi samo na taj trag, a nikako se ne može odnositi na kompletno krivično djelo (npr. moguće je da neka osoba u odnosu na određeni ispitivani trag, npr. Nokat, ne odgovara kao mogući nosilac /razlika u krvnim grupama/, ali to ne mora značiti da ta ista osoba nije učesnik u tom krivičnom djelu u nekoj drugoj ulozi, saučesnik, vozač itd.).

Nije nevažno spomenuti i psihološki moment kod značaja određivanja krvno-grupne pripadnosti. Zabilježene su situacije, kod kriminogenih osoba koje nisu dovoljno educirane (niti imaju dovoljno kriminogenog staža), da, kada im se saopšte rezultati krvno-grupnih ispitivanja (gdje se poklapaju rezultata analize nekog traga sa njihovom krvnom grupom), isti priznaju svoju krivicu misleći da je time krivično djelo dokazano (kao i njihovo učešće u tome).²⁸

knjiga, Beograd – Zagreb, str. 528.; Marinković i sar, 1991. u (Marinković, D., Tucić, N. & Kekić, V. /1991/: Genotip i fenotip, Genetika, Naučna knjiga; Lukić i Pejaković u (Lukić, M, & Pejaković, S. /1975/: Sudska medicina, Privredno finansijski vodič, Beograd; ostali podaci iz Milosavljević, 1997. u (Milosavljević, M./1997/: Individualna pripadnost fenotipovima ABO(H) sistema antigena i kriminogeno ponašanje u stanovništvu Bosne i Hercegovine, Doktorska disertacija, Sarajevo.

²⁸ Ovdje se ne misli na bilo kakvu zloupotrebu dobijenih podataka, već samo na činjenicu da slabije educirani kriminalci samostalno “prevode” rezultate seroloških analiza kao nedvojbeno tačne i misleći da je na taj način njihova krivica nedvosmisleno dokazana, priznaju izvršenje krivičnog djela.

IDENTIFIKACIJA OSOBA NA OSNOVU DNK ANALIZA (TRAGOVA) NOKTIJU²⁹

Identifikacija lica na osnovu DNK profila

Uvođenje u praksu metoda identifikacije lica na osnovu DNK, najveći je doprinos forenzičkih nauka 20. stoljeća razvoju savremenih načina otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela, te u prvi plan ističe domen bioloških tragova koji su u prethodnom periodu, donekle, bili zapostavljeni. Nema sumnje da su konvencionalne metode odigrale veliku ulogu u otkrivanju i razjašnjavanju različitih krivičnih djela, ali tek pojavom DNK analiza stekli su se uslovi za apsolutno pouzdane rezultate.

Saznanje da svaka ćelija ljudskog organizma, bez obzira na porijeklo i prirodu, sadrži u sebi potpuno istovjetne molekule DNK i na drugoj strani, da se genetička šifra ne mijenja u toku života i da ostaje zapisana u molekulu DNK i nakon smrti, kao i mogućnost da se taj individualni raspored veza analizira i komparira u toku vještačenja, čini osnovu identifikacije, na sličan način kao i kod klasičnog otiska prsta. Zato se sa pravom smatra da je DNK biohemijski ključ za identifikaciju osoba.³⁰ *Alec Jeffreys* je čak, kada je utvrdio postojanje individualnih karakteristika unutar humanog genoma, analogno otiscima prstiju, metodu DNK analize nazvao *DNK fingerprint*. Iako je ovaj naziv opšteprihvaćen, mnogi ga analitičari ne smatraju najpogodnijim.

Identifikacija lica, na osnovu analize DNK, predstavlja metodu vještačenja kojom se istražuje sporni biološki materijal tako što se iz ćelije ekstahuje DNK kako bi se posebnim metodama ispitali određeni dijelovi njenog lanca sa ciljem da se identifikuje genetski materijal pojedinca koji je individualan i neponovljiv. Smatra se najefikasnijom tehnikom identifikacije lica tj. osumnjičenih na osnovu bioloških tragova koje ta lica ostave na licu mjesta, prilikom izvršenja krivičnog djela.

DNK vještačenje u forenzičke svrhe, bazira se na osnovnim fundamentalnim principima molekularne genetike i koristi skoro iste metode koje se koriste u medicinskoj dijagnostici. Osnovna karakteristika ovih metoda je da se na osnovu malih količina DNK prisutnih u posmatranom biološkom tragu može, sa visokim

²⁹ Ovaj segment se daje u nešto širem obimu nego što bi se očekivalo, iz prostog razloga što je ovo oblast još uvijek nepoznata radnicima pravosuđa jer se bavi potpuno pouzdanom identifikacijom lica na osnovu bioloških tragova i zbog neophodnosti pravilne spoznaje relevantnosti ispitivanog traga.

³⁰ Simonović, B. (2004), *Kriminalistika*, Pravni fakultet, Kragujevac, str. 467.

stepenom sigurnosti, utvrditi genetički identitet osobe koja je taj trag ostavila za sobom. Do sada nije zabilježen slučaj u svijetu da dva lica (koja nisu jednojajčani blizanci) imaju isti DNK profil.

DNK vještačenja biološkog materijala nisu samo od značaja za otkrivanje i dokazivanje učešća određenog lica pri izvršenju krivičnog djela, već i za eliminaciju nevino osumnjičenih, kao i za identifikaciju nepoznatih lica i leševa, te utvrđivanje očinstva. Dakle, razvoj novih tehnologija analize genomske³¹ (kako autosomalne tako i polne) i mitohondrijske DNK, omogućio je savremenoj forenzici novo oruđe za identifikaciju.³² Dapače, DNK analiza je postala metoda koja se koristi kao potvrda ili negacija dobivenih rezultata prethodnih analiza, čak i u slučajevima kada je stepen prepoznatljivosti i mogućnosti identificiranja tijela relativno dobar. Baš zbog brzog raspadanja tijela pronađenih u masovnim katastrofama (ili ratovima), forenzičari se za identifikaciju žrtava najčešće služe isključivo analizom DNK iz koštanih ili zubnih ostataka.³³ Zbog svoje trajnosti, uzorci kostiju duže će se održati. Neki autori naglašavaju kako je analiza mtDNK³⁴ najbolji izbor ako se radi o visoko degradiranim materijalom. Međutim, korištenjem izmijenjenih standardnih postupaka izolacije DNK, te višekratnim pročišćavanjem izolirane DNK (repurifikacija) s NaOH ili nekim drugim hemikalijama, utvrđeno je da uspješnost identifikacije putem genomske DNK može doseći vrijednosti više i od 96%.³⁵ Također je primijećeno da analize zubnih ostataka, u poređenju s rezultatima analiza dugačkih kostiju, daju bolje rezultate u 20% do 30% svih analiziranih slučajeva.³⁶

U forenzične laboratorije dostavljaju se mnoge vrste tragova radi ispitivanja. Tragovi koji se mogu ispitati korištenjem neke od metoda DNK analize (s

³¹ Kompletna genetska informacija sadržana u DNK (smještena je u svih 46 hromozoma) naziva se genomom ili genomskom DNK. Vidjeti u: Romac, S., Vukosavić, S., Stojković, O., Čuljković, B. (1999), *PCR u kliničkoj dijagnostici*, Biološki fakultet, Beograd, str. 6 – 7.

³² Marijanović, D. & Primorac, D. (2009), *Molekularna forenzična genetika*, INGEB, Sarajevo, str. 41.

³³ Gaensslen, R. E. & Lee, C. H. (1990), *Genetic Markers in Human Bone Tissue*. *Forensic Sci Rev* 1990 – 2:126. – 46.

³⁴ Mitohondrijalna DNK – vidjeti kasnije.

³⁵ Anđelinović, Š. et al. (2005), *Twelve – year Experience in Identification of Skeletal Remains from Mass Graves*. *Croat Med J*, 46: 530-9.

³⁶ Primorac, D. (1999), *Identification of Human remains from Mass Graves Found in Croatia and Bosnia and Herzegovina. Proceedings of the 10th International Symposium on Human Identification*, sept 29-oct 2; Orlando, Florida. Madison, USA, Promega Corporation.

izuzetkom analize mitohondrijske DNK), ograničeni su na one koji sadrže ćelijsku jezgru. Iz sljedećih vrsta bioloških uzoraka uspješno je izolirana i analizirana DNK:

1. krv i krvne ćelije,
2. sperma i sjemene ćelije,
3. tkiva i organi,
4. kosti i zubi,
5. kosa, dlake i nokti (ono što je središte ovog članka) i
6. slina, mokraća i druge tjelesne izlučevine.

Ostale vrste bioloških tragova, kao što je znoj, suze, serum – koji nemaju ćelijske jezgre – ne mogu se ispitati standardnom analizom DNK. DNK je izolirana i iz materijala kao što su želučani sok i ćelije fecesa (izmeta). Međutim, iz ovih izvora je teško dobiti dovoljnu količinu DNK u uzorcima za ispitivanja. Treba također napomenuti da, premda se dobri rezultati analize DNK mogu dobiti iz nabrojanih tragova, u mnogim slučajevima kakvoća i/ili količina uzorka pokaže se nepogodnom za analizu DNK.

Istovremeno, važno je istaći činjenicu da je najuopštenije posmatrano sve ono što se u ovom radu navodi, a vezano je za DNK analizu, univerzalno tumačenje i odnosi se na sve vrste tragova. Dakle, radi dodatnog pojašnjenja postupak DNK analiza skoro u potpunosti je isti za sve vrste tragova (i krv, spermu, dlake, nokte, zube itd.) samo se razlika pojavljuje u fazi izolacije.³⁷ Svakako da primjena određene metodologije zavisi i od vrsta i stanja traga, odnosno količine.

Metode vještačenja DNK iz bioloških tragova

Postoji više metoda vještačenja bioloških tragova radi utvrđivanja DNK profila ostavioca traga i njegovog upoređivanja sa DNK profilom poznatog porijekla. Osnovne metode koje se primjenjuju u forenzičkoj praksi su:

- analiza RFLP (*Restriction Fragment Length Polymorphism*),
- analiza markera primjenom PCR (Polymerase Chain Reaction) bazed metoda (posebno STR molekularnih markera),
- analiza polnih markera (Y ali u zadnje vrijeme i X i to STR i SNP),
- analiza mt DNK (sekvenciranje HV1 i HV2 regiona mitohondrijalne DNK, i analiza SNP markera na mt DNK).

³⁷ Generalno posmatrano, proces DNK analiza sastoji se iz sljedećih faza: pripremna faza u kojoj se vrši identifikacija traga i njegovo izdvajanje, a zatim dolaze - izolacija, kvantifikacija, amplifikacija, kapilarna elektroforeza i softverska analiza.

Analiza mitohondrijalne DNK

Uvažavajući činjenicu da se mitohondrijalna DNK uspješno vještači u situacijama kada nije moguće vještačenje DNK iz jedra zbog degradacije, i cijeneći da se ista uglavnom koristi za identifikaciju nepoznatih leševa kod kojih su istrulila meka tkiva, nešto šire se daju obrazloženja analize mtDNK.

Vještačenje mtDNK se također zasniva na umnožavanju (amplifikaciji) određenih regiona (*HV1* i *HV2*) uz pomoć *PCR* tehnike i nakon toga upoređivanju sa biološkim materijalom od osumnjičenog, odnosno kod identifikacije leševa ili nestalih osoba sa biološkim uzorcima poznatog porijekla.

Postoji nekoliko prednosti zbog čega se preporučuje vještačenje mtDNK:

- mtDNK se uspješno vještači u onim situacijama kada nije moguće vještačenje DNK iz jedra zbog degradacije. Mitohondrijalna DNK je mnogo trajnija od DNK iz jedra i može se iskoristiti za identifikaciona vještačenja ljudskih ostataka starih i do nekoliko stotina, pa i hiljada godina. Uglavnom se koristi za identifikaciju nepoznatih leševa kod kojih su istrulila meka tkiva;
- budući da se mDNK nasljeđuje po majčinskoj liniji, pojedine sekvence mtDNK ostaju iste iz generacije u generaciju i prenose se preko majki, tako da su podobne za identifikaciju leševa u slučajevima masovnih grobnica iz perioda rata, u slučajevima velikih katastrofa i slično;
- s obzirom na to da su određeni motivi sekvenci kod pojedinih etničkih grupa često različiti, moguće je na osnovu traga ostavljenog na licu mješta pretpostaviti nacionalnu pripadnost ostavioca, što može da ima operativni značaj u potrazi za nepoznatim licem.³⁸

Svakako treba istaći i da mtDNK nije savršena i da ima svoje mane (tj. da to nije potpuna identifikacija i da dva brata ili sestre ili rođaci po majci imaju istu mtDNK).

DNK dokaz i relevantnost biološkog traga sa krivičnim djelom

Potrebno je posebno napomenuti da se u dobrom dijelu literature (inostrane i posebno domaće), pojednostavljuje problematika DNK dokazivanja. Često se izjednačava nalaženje biološkog traga čiji je DNK profil ustanovljen sa učešćem u izvršenju krivičnog djela. Time se pojednostavljuje proces dokazi-

³⁸ Simonović, B. (2004), *Kriminalistika*, Pravni fakultet, Kragujevac, str. 473.

vanja, što može da uslovi sudske zablude. Međutim, i DNK dokaz treba podvrći detaljnom analiziranju i imati u vidu da se ovdje sreću neki specifični problemi koji nisu toliko izraženi kod nekih drugih vrsta dokaza. Oni prije svega proizilaze iz izuzetno velike osjetljivosti metoda vještačenja, tako da je moguće fiksirati tragove koji nisu proizvod krivičnog djela ili kontaminirati relevantne tragove. Prevelika impresioniranost DNK dokazom može da uslovi nekritičnost i zapostavljanje traganja za nekim drugim dokazima.

Još ozbiljniji problem se pojavljuje povodom dokazivanja relevantnosti traga sa krivičnim djelom. Ako bismo se nadovezali na slučaj naveden u prethodnom pasusu, moguće bi bilo na tijelu ili odjeći silovane (i nakon toga ubijene) žene fiksirati tragove sperme koji su nastali prije izvršenja krivičnog djela i nezavisno sa njim, i to kao proizvod dobrovoljnog seksualnog kontakta. Moguće je u neposrednoj blizini lica mjesta krivičnog djela silovanja naći upotrijebljen prezervativ iz sasvim drugog, i to dobrovoljnog, seksualnog kontakta. Kako bi se što više pojednostavilo prikazivanje ovih hipotetičkih, ali realnih mogućnosti, treba navesti sljedeće: mogao je na primjer građanin XY šetajući ulicom da pljune na trotoar, izbaci žvaku iz usta ili da se igrom slučaja posiječe, ili na primjer da usljed neizostavne nužde urinira iza nekog čoška (moguće je i situacija da je neko ranije sjedio na nekoj klupi i sjekao nokte). Nakon izvjesnog vremena i po, prethodno pomenutog XY-a nesrećnog spleta okolnosti, moglo je na tom istom mjestu da se desi ubistvo i da ostane leš žrtve. Revnosna uviđajna ekipa je mogla da fiksira biološke tragove iz prethodno pomenute rečenice i da ih stavi u neku kompjutersku bazu podataka DNK profila u grupi tragova nepoznatog porijekla, koji potiču sa lica mjesta krivičnog djela. Nije teško pretpostaviti koliko bi problema imalo određeno lice prilikom dokazivanja da nema nikakve veze sa krivičnim djelom.

Uvažavajući navedeno, opasno je skraćivati postupak dokazivanja u slučajevima kada se raspolaže sa DNK dokazom. Isticanje da u tim slučajevima treba jedino provjeriti ispravnost vještačenja, i da li okrivljeni ima jednojajčanog brata blizanca, predstavlja ozbiljno vulgarizovanje problematike DNK dokazivanja. Sud ne smije da izgubi iz vida i dokazivanje *kriminalističke relevantnosti* pronađenog traga sa krivičnim djelom. DNK dokaz je vrsta klasičnih kontaktnih tragova. Ne treba izgubiti iz vida da taj kontakt može biti neposredan i posredan, uzročno povezan sa krivičnim djelom ili bez ikakve veze sa njim. Potpuno su u pravu autori koji ističu da je glavni problem prilikom određivanja vjerovatnoće pouzdanosti DNK dokaza u odnosu na provjeru realnosti drugih, tj. alternativnih verzija (tj. sa aspekta terminologije ortodoksne statističke vjerovatnoće-poklapanje dokaza u slučaju koincidencije). Prema tome, problem nije nauka već i interpretacija

rezultata.³⁹ Obratimo pažnju na upozorenje jednog cinika sa zapada: "Na žalost nećemo nikada saznati koliko ima nevinih ljudi u zatvorima širom svijeta zahvaljujući savremenoj DNK tehnologiji" ili bolje rečeno, usljed grešaka u procesu dokazivanja.⁴⁰

Važno je prilikom uviđaja tačno zapisnički i fotoelaboratom fiksirati mjesta na kojima su pronađeni biološki tragovi. Pažnju prije svega treba fokusirati na one tragove koji su u uzročno-posljedičnoj vezi sa neposrednim izvršenjem krivičnog djela i, što je najvažnije, uvijek treba tragati i za drugim dokazima. Stepen vjerovatnoće u pogledu osnovanosti optužbe se rapidno povećava ako se raspoláže pored DNK vještačenja i sa još nekim dokazom krivice.

U prethodnom dijelu posvećenom relevantnosti, date su vrlo jasne i ozbiljne sugestije u tom pravcu. Međutim, to ne treba da ode u potpuno pogrešnom pravcu, pa da se sada u svakom slučaju, i po svaku cijenu, pokušava relativizirati svaki trag, čak i u potpuno jasnim situacijama. Ostaje nepodijeljeno mišljenje da pojedine naše sudije i tužioci, o svim segmentima DNK analiza ne znaju dovoljno, što će samo po sebi izazivati (već je izazivalo) niz loših rješenja. U tom smislu, već su zabilježene presude u kojima je bilo dovoljno jasnih pokazatelja (uključujući i rezultate DNK analiza), a koji su i suviše relativizirani, nekritički ocjenjivani itd., a što je u konačnici donosilo oslobađajuće presude po okorjele kriminalce. U nekim slučajevima, odmah nakon tih oslobađajućih presuda, dešavala su se nova ubistva u kojima se nije mogao izbjeći rukopis prethodno oslobođenih kriminalaca.

Opet, s druge strane, do daljnjeg će ostati dilema tumačenja određenih DNK analiza s obzirom na (sadašnju) nemogućnost određivanja starosti traga iz kojeg je dobijen neki DNK profil, odnosno, kako riješiti mogući problem u smislu činjenice da DNK analizom nije moguće odrediti kada i koliko dugo je osumnjičeni bio na licu mjesta?

ZAKLJUČAK

Trag nokta u forenzičkoj i kriminalističkoj praksi Bosne i Hercegovine je izuzetno rijetka pojava. Međutim, ta njegova rijetkost ne znači da se pronalaženju takve vrste tragova nije potrebno posvetiti sa maksimalnom pažnjom. Znanje naših eksperata i kriminalista po pitanju značaja tragova noktiju, svakako, nije na zavidnoj visini. Prije bi se moglo reći da je nezadovoljavajuće. Smatramo da će

³⁹ Robertson – Vignauh (1995), *Interpreting Evidence*, Evaluating Forensic Science in the Courtroom, Chichester.

⁴⁰ Simonović, B. (2004), *Kriminalistika*, Pravni fakultet, Kragujevac.

upoznavanje naših kriminalističkih tehničara i drugih službenih lica, sa mogućnošću identifikacije lica na osnovu tragova noktiju, otvoriti neke nove pravce njihovog rada i razmišljanja.

Mogućnost identifikacije lica od kojih potiče trag nokta moguće je posmatrati kroz nekoliko analiza. Prva među njima je serološka metoda analize tragova noktiju koja u konačnici ima određivanje krvno grupne pripadnosti (u okviru ABO sistema krvnih grupa). Navedena metoda je najslabija po forenzičko kriminalističkom značaju jer daje samo vjerovatnoću moguće pripadnosti nekoj od osoba iste krvne grupe. Međutim, potpuno sigurno može poslužiti za isključive određene osobe/a u odnosu na dobijenu krvno-grupnu pripadnost iz traga nokta. Druga metoda u sistemu moguće identifikacije lica iz tragova noktiju jeste metoda na osnovu uklapanja odlomljenih tragova noktiju (radi se o uklapanju dijela nokta u cjelinu nokta), što u konačnici ima potpuno pouzdanu identifikaciju lica, pa čak i prsta sa koga trag (nokta) potiče (ograničenje leži u tome da je potrebno da postoji neizmijenjen ostatak nokta i lice kome on pripada). Slijedeća metoda u procesu identifikacije lica na osnovu tragova noktiju je – morfološko anatomska metoda (gdje se ispituju uzdužne brazde na noktima) i kojom je moguće potpuno pouzdano odrediti identitet lica (kome pripada) već i tačno određen prst sa koga potiče. Kao posljednja metoda iz ovog segmenta jeste identifikacija lica primjenom analize DNK kojom je apsolutno sigurno moguće utvrditi identitet lica od koga ispitivani trag nokta potiče (jedini izuzetak može biti postojanje brata jednojajčanog blizanca, ali to je moguće eliminirati određenim operativnim provjerama).

Procjena izbora odgovarajuće metode zavisiće od tipa uzorka traga, cilja ispitivanja, raspoloživih materijalno tehničkih resursa itd.

Dakle, kao generalni zaključak potrebno je istaći da je primjenom raspoloživih metodologija iz tragova noktiju moguće potpuno pouzdano odrediti identitet lica kome ispitivani trag nokta pripada.

LITERATURA

1. Aleksić, Ž. & Milovanović, Z. (1995), *Leksikon kriminalistike*, Glosarijum, Beograd, str. 80. – 131.
2. Aleksić, Ž., & Škulić, M. (2004), *Kriminalistika*, Dosije, Beograd, str. 111.
3. Anderson i ostali (1999), *A Validation Study for the Extraction and Analysis of DNA from Human Nail material and Its Application to Forensic Casework*, Journal of Forensic Sciences, broj 5/1999. str. 1053. – 1056.
4. Anđelinović, Š. et al. (2005), *Twelve – year Experience in Identification of Skeletal Remains from Mass Graves*. Croat Med J, 46: 530-9.
5. Aplinar, E., & Rowe, W. (1980), *Examination of Human Fingernail Ridges by Means of Polarized Light*, Journal of Forensic Science, 25.
6. Bošković, M., & Matijević, M. (2007), *Kriminalistika operativna*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, str. 373.
7. Bošković, S. (1965), *Rasprostranjenost krvnih grupa ABO sistema kod stanovništva Bosne i Hercegovine*, Naučno društvo BiH, Radovi 27, Odj. Med. Nauka. 11, 195 : 201.
8. Bošković, S. (1968), *Teoretske osnove genetike krvnih grupa*, Izdavačko preduzeće Svjetlost, Sarajevo, str. 11.
9. *Enciklopedija leksikografskog zavoda*, broj 4, Zagreb, MCMLXVIII, Jugoslovenski leksikografski zavod.
10. Gaensslen, R. E, & Lee, C. H. (1990), *Genetic Markers in Human Bone Tissue*. Forensic Sci Rev 1990 – 2:126 – 46.
11. Ladd i ostali (1999), *A Systematic Analysis of secondary DNA transfer*, Journal of Forensic Science, 6, 1270 – 1272.
12. Kulićar, Ž. (1952), *Krvne grupe ABO sistema*, Transfuzija krvi, Medicinska knjiga.
13. Lukić, M, & Pejaković, S. (1975), *Sudska medicina*, Privredno finansijski vodić, Beograd.
14. Maksimović, R., & Todorić, U. (1995), *Kriminalistička tehnika*, Beograd, str. 325.
15. Marijanović, D. & Primorac, D. (2009), *Molekularna forenzična genetika*, INGEB, Sarajevo.
16. Marinković, D., Tucić, N. & Kekić, V. (1991), *Genotip i fenotip*, Genetika, Naučna knjiga.

17. Milosavljević, M. (1997), *Individualna pripadnost fenotipovima ABO(H) sistema antigena i kriminogeno ponašanje u stanovništvu Bosne i Hercegovine*, Doktorska disertacija, Sarajevo.
18. Milosavljević, M. (2000), *Osnovi forenzičke biologije*, UG Obrazovanje gradi Bosnu i Hercegovinu, Sarajevo, str. 167.
19. Milovanović, Z. (1982), *Vrednost uzdužnih brazdi na noktima za utvrđivanje identiteta lica*, 13. Maj, broj 4/1982.
20. Mitrović, V. (1998), *Kriminalistička identifikacija – teorija i praksa*, Beograd, str. 11.- 28.
21. Modly, D. (1998), *Priručni kriminalistički leksikon*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, str. 176.
22. Modly, D., & Korajlić, N. (2002), *Kriminalistički rječnik*, Centar za kulturu i obrazovanje Tešanj, str. 164.
23. Primorac, D. (1999), *Identification of Human remains from Mass Graves Found in Croatia and Bosnia and Herzegovina*. Proceedings of the 10th International Symposium on Human Identification, sept 29-oct 2; Orlando, Florida. Madison, USA, Promega Corporation.
24. Primorac D. i saradnici (2001), *Primjena analize DNA u sudskoj medicini i pravosuđu*, NZMH, Zagreb, str. 58.
25. Ramljak, A. (1999), *Medicinska kriminalistika*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, str. 324.
26. Robertson – Vignauh (1995), *Interpreting Evidence, Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester.
27. Romac, S., Vukosavić, S., Stojković, O., Čuljković, B. (1999), *PCR u kliničkoj dijagnostici*, Biološki fakultet, Beograd, str. 6. – 7.
28. Simonović, B. (2004), *Kriminalistika*, Pravni fakultet, Kragujevac, 359. – 467.
29. Stefanović, S. (1989), *Hematologija*, Medicinska knjiga, Beograd – Zagreb, str. 528.
30. Vinberg, A. I. (1961), *Nekatorie voprosi kriminalističeskoj identifikaciji* S. B. „Voprosi kriminalistiki“, No. 1 – 2, Moskva.
31. Zonderman, J. (1999), *Beyond the Crime Lab*. New York.

FORENSIC AND BIOANTHROPOLOGICAL SEGMENT OF THE IDENTIFICATION BY NAIL (TRACES) ANALYSIS

Summary

Struggle with organized crime raises ever growing challenges every day. Better organisation and preparation of such crimes, as well as greater brutality of the perpetrators requires the application of different expertise and latest technologies. Using the natural sciences and technical knowledge through the use of modern technology is the only correct way to solve various crimes. Identification of perpetrators of the most serious crimes sometimes is associated with the lack of sufficient quantities of corresponding traces. However, is it possible to determine the identity of person with certainty through the standard methods and modern technologies, primarily by the DNA analysis, from nail traces coming from the particular person? What is the safety of such analysis from the criminal and forensic point of view? To what extent these analyses can help judiciary? It is precisely these issues the authors elaborate in this paper.

Key words

nail, analysis, morphology, DNK analysis, identification.

SUDSKA PRAKSA USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremio: **prof. dr. Miodrag N. Simović***

Pravo na pravično suđenje

Nije došlo do povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije s obzirom na to da su redovni sudovi utvrdili sve relevantne činjenice u postupku i nije bilo proizvoljne primjene materijalnog zakona.

Iz obrazloženja:

Apelanti su, u suštini, osporili način na koji su utvrđene činjenice u postupku pred redovnim sudovima, odnosno način na koji je sproveden dokazni postupak. Shodno mišljenju apelanata, činjenice su utvrđene proizvoljno i zanemareni su dokazi koji su priloženi u toku postupka. Takođe, shodno mišljenju apelanata, presude su donesene na osnovu pretpostavki a ne dokaza, a činjenica da su zemljišne knjige za područje Foče uništene je išla u prilog tužiocu jer je služila kao osnov za pretpostavku da je sporna parcela bila društvena svojina, u čemu se, takođe, ogleda proizvoljnost redovnih sudova. Navedeno je da obrazloženja presuda ne sadrže navode i dokaze apelanata, da je vještačenje zasnovano na neistinim prikazanim podacima, te da je sve to isticano u žalbi na prvostepenu presudu i zanemareno u postupku pred drugostepenim sudom.

U vezi sa navodima apelanata o proizvoljno utvrđenim činjenicama, Ustavni sud je utvrdio da je prvostepeni sud sproveo dokazni postupak u okviru kog je izvršen i uviđaj na licu mjesta uz prisustvo vještaka geodetske struke. Presude koje su osporene zasnivaju se na nalazu i mišljenju vještaka u kom je elaboriran istorijat spornog zemljišta prema starim austrougarskim planovima, popisnom katastru i novom aviopremjeru i zaključeno da sporno zemljište predstavlja veći

**predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci*

kompleks državnog zemljišta. Redovni sudovi su obrazložili da iz cjelokupnog dokaznog postupka proizilazi da apelanti nisu ni na jednom valjanom pravnom poslu stekli pravo svojine, niti kupoprodajom, niti održajem, u smislu člana 21. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima. Takođe su obrazloženi razlozi zbog kojih apelanti nisu mogli da steknu sporne nepokretnosti održajem. Ustavni sud smatra da nema proizvoljnosti u odlukama redovnih sudova u odnosu na dio navoda iz apelacije koji se odnosi na primjenu materijalnog prava.

U vezi sa navodima apelanata da im je kao neukim strankama uskraćeno čitanje zapisnika sa posljednjeg ročišta, Okružni sud je naveo da je uvidom u raspravne zapisnike sa suđenja utvrđeno da su apelanti potpisali sve zapisnike sem zapisnika sa ročišta na kom je zaključena javna rasprava. Međutim, utvrđeno je da apelanti nisu zahtijevali da im se sporni zapisnik pročita, iako su imali tu mogućnost shodno članu 375. stav 2. Zakona o parničnom postupku i, shodno tome, zaključeno je da ne mogu da tvrde da je došlo do povrede zakona na njihovu štetu. S obzirom na navedeno, Ustavni sud je zaključio da nije došlo do povrede člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
broj AP 2005/06 od 30. maja 2008. godine)*

Pravo na pravično suđenje i pravo na dom

Ne postoji povreda prava na pravičan postupak iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije, te prava na poštivanje doma iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije u odnosu na apelantove navode o nedonošenju konačnih odluka o njegovim zahtjevima za vraćanje stana u posjed, kada je postojalo zakonsko ovlaštenje nadležnih organa da prekinu postupak izvršenja odluke CRPC-a. Pozivajući se na stanovište Komisije za ljudska prava pri Ustavnom sudu, Ustavni sud je zaključio da nadležni upravni organi nisu mogli da vode paralelan postupak povodom apelantovog zahtjeva za vraćanje stana s obzirom na postupak izvršenja odluke CRPC-a.

Iz obrazloženja:

U odnosu na apelantove navode u dijelu koji se odnosi na postupak izvršenja odluke CRPC-a, Ustavni sud zapaža da se apelant, u suštini, žali na proizvoljnu primjenu materijalnog prava u postupku odlučivanja o njegovom zahtjevu. U tom kontekstu apelant je naveo da zbog ovakve primjene zakona još nije došao do konačne odluke u ovom postupku.

Shodno suštini navoda iz apelacije, sporno pitanje jeste da li je Ministarstvo za izbjeglice pravilno primijenilo odredbe Zakona o izvršenju odluka CRPC-a kada je, postupajući povodom apelantovog zahtjeva za izvršenje odluke CRPC-a, zaključkom od 28. oktobra 2003. godine prekinulo postupak izvršenja radi rješavanja prethodnog pitanja. Takođe je sporno to da je privremenom korisniku naložilo da u roku od 30 dana, računajući od dana konačnosti ovog zaključka, tužbom nadležnom sudu zatraži utvrđivanje da je ugovor o otkupu stana, koji je zaključio sa MUP-om RS, Banja Luka, 5. novembra 2002. godine pravno valjan. Nakon izvršenog uvida u spise predmeta, Ustavni sud je utvrdio da je Odsjek Banja Luka postupio shodno odredbi člana 7. stav 7. Zakona o izvršenju odluka CRPC-a i donio zaključak kojim je prekinuo postupak izvršenja radi rješavanja prethodnog pitanja. Ovakvo stanovište je potvrdio i Vrhovni sud Republike Srpske u svojoj presudi povodom zahtjeva korisnika spornog stana za vanredno preispitivanje presude Okružnog suda, time što je u svom obrazloženju istakao da je isti organ pravilno postupio kada je, na osnovu stanja spisa i utvrđenog činjeničnog stanja, predmetni postupak prekinuo radi rješavanja prethodnog pitanja.

Ustavni sud podsjeća da je članom 7. stav 7. Zakona o izvršenju odluka CRPC-a utvrđeno da će nadležni organ, u slučaju kada lice ima pravni interes na predmetnoj imovini koja je stečena nakon datuma navedenog u dispozitivu odluke Komisije i kada može da prezentuje važeći ugovor o zamjeni ili prenosu

prava, prekinuti postupak u skladu sa odredbama Zakona o upravnom postupku i uputiti stranke da pokrenu postupak pred nadležnim sudom radi odlučivanja o navodima. Pošto je evidentno da je osporeni akt donesen nakon stupanja na snagu izmjena i dopuna odredbe navedenog zakona, Ustavni sud smatra da bi drugačije tumačenje i primjena člana 7. stav 7. Zakona o izvršenju bili nepravilni, ne bi vodili zakonitom cilju i njihova posljedica bi bila stavljanje privremenog korisnika u neravnopravan položaj u pogledu ostvarivanja prava na stan. Osim toga, Ustavni sud smatra da je Odsjek Banja Luka, a što je potvrdio i Vrhovni sud, pažljivo analizirao relevantnu zakonsku odredbu na osnovu čega je utvrdio da su ispunjeni uslovi da se privremeni korisnik uputi da u parničnom postupku dokazuje pravnu valjanost prezentovanog ugovora o kupoprodaji stana. Korisnik spornog stana je parnični postupak i pokrenuo i isposlovaio presudu kojom je potvrđena pravna valjanost njegovog ugovora o otkupu spornog stana. Apelant nije dostavio Ustavnom sudu nikakve dokaze, niti argumente da nije bio obaviješten o ovom sudskom postupku, ili da je tražio da u postupku učestvuje. Stoga, apelant neosnovano ukazuje na to da je bio onemogućen da dođe do konačne odluke u ovom postupku.

U odnosu na apelantove navode da mu je u postupku vraćanja u posjed stana koji je pokrenuo pred nadležnim organom uprave povrijeđeno pravo na pravičan postupak zbog nedonošenja konačne odluke, Ustavni sud utvrđuje da je apelant paralelno vodio dva postupka povodom iste pravne stvari, vraćanja stana. U vezi sa navedenim, Ustavni sud se poziva na stanovište Komisije za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine (vidi, Komisija za ljudska prava pri Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, Odluka o prihvatljivosti i meritumu broj CH/00/4259 i dr., Ljiljana Vujić i dr.). Prema tom stanovištu Komisije, nije opravdano voditi paralelne postupke za vraćanje u posjed stana ako postoji odluka CRPC-a a svojim odlukama ona je nalagala da se okonča postupak izvršenja odluke CRPC-a. Slijedeći ovu praksu, Ustavni sud smatra da su organi uprave i sudovi, nakon pokretanja izvršenja odluke CRPC-a, trebali da prekinu upravni postupak povodom zahtjeva za vraćanje spornog stana, odnosno da spoje ove postupke. S obzirom na to da je u apelantovom slučaju u postupku izvršenja odluke CRPC-a prethodno pitanje riješeno, apelant je imao ovlaštenje da zatraži da se nastavi postupak izvršenja. Apelant je, takođe, mogao da pokrene parnični postupak radi utvrđivanja pravne valjanosti ugovora o otkupu spornog stana korisnika kako bi imao priliku iznijeti sve argumente u vezi sa njegovim pravom na sporni stan.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud zaključuje da su neosnovani apelantovi navodi u vezi sa povredom njegovih prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

U odnosu na apelantove navode da mu je u postupcima koje je vodio radi vraćanja stana povrijeđeno pravo na dom, Ustavni sud podsjeća da je svrha člana 8. Evropske konvencije zaštita pojedinca od proizvoljnog miješanja vlasti u njegova prava garantovana ovim članom (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Kroon protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A br. 297-C). Pri određivanju da li se u konkretnom slučaju radi o povredi člana 8. Evropske konvencije prvenstveno mora da se utvrdi da li sporni stan predstavlja apelantov dom u smislu značenja stava 1. člana 8. Evropske konvencije i da li osporene odluke predstavljaju miješanje javnih vlasti u poštivanje apelantovog doma. Drugo, da bi miješanje bilo opravdano, mora biti u skladu sa zakonom. Ovaj uslov zakonitosti, u skladu sa značenjem termina Evropske konvencije, sastoji se od više elemenata: (a) miješanje mora biti zasnovano na domaćem ili međunarodnom zakonu, (b) zakon o kom je riječ mora biti primjereno dostupan tako da pojedinac bude primjereno upućen na okolnosti zakona koje mogu da se primijene na dati predmet i (c) zakon, takođe, mora biti formulisan sa odgovarajućom tačnošću i jasnoćom da bi se pojedincu dopustilo da prema njemu prilagodi svoje postupke (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A broj 30, stav 49).

U slučaju da se ispostavi da je to miješanje u skladu sa zakonom, i tada može da predstavlja povredu člana 8. Evropske konvencije ako se smatra da ono nije neophodno da bi se postigao jedan od zakonitih ciljeva iz stava 2. člana 8. Evropske konvencije. U ovom kontekstu neophodno znači da miješanje odgovara pritisicima društvenih potreba i da postoji razumna relacija proporcionalnosti između miješanja i zakonitog cilja kom se teži (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992. godine, serija A broj 251).

Shodno sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, pojam dom obuhvata kako iznajmljen dom, tako i dom u privatnoj svojini (vidi, Evropski sud za ljudska prava, *Gillow protiv Velike Britanije*, presuda od 24. novembra 1986. godine, serija A broj 109, stav 46f; *Kroon protiv Holandije*, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A broj 297-C, stav 31). U skladu sa ovom interpretacijom, Ustavni sud je proširio domen člana 8. Evropske konvencije na stanove u kojima se stanuje na osnovu stanarskog prava (vidi, Ustavni sud, Odluka broj *U 8/99* od 11. maja 1999. godine, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj: 24/99). Takođe, Dom za ljudska prava je definisao domen člana 8. Evropske konvencije tako da uključuje i stanove u kojima stanuju bespravni korisnici, ističući da pravni odnos podnosioca prijave sa stanom nije bitan prilikom određivanja da li on može da se smatra apelantovim domom ili ne (vidi, Dom za ljudska prava, *Kulovac protiv Federacije Bosne i Hercegovine* broj CH/02/12421, Odluka o prihvatljivosti i meritumu od 6. februara 2003. godine, tačka 39).

Ocjenjujući da li se sporni stan može da smatra apelantovim domom, u smislu člana 8. Evropske konvencije, Ustavni sud konstatuje da se apelant u sporni stan uselio 1989. godine i u njemu stanovao da napuštanja zbog ratnih djelovanja. Svojim zahtjevima za vraćanje stana iskazao je namjeru da se vrati u taj prostor, koji se, s obzirom na navedeno, može da smatra apelantovim domom u smislu člana 8. Evropske konvencije.

Dalje, nakon što je utvrdio da se predmetni stan može da smatra apelantovim domom, Ustavni sud mora da utvrdi da li se pravo, za koje apelant navodi da je povrijeđeno, može da podvede pod zaštitu koju obezbjeđuju član II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i član 8. Evropske konvencije. U tom kontekstu Ustavni sud je utvrdio da je došlo do miješanja nadležne vlasti u ovo apelantovo pravo. Miješanje je bilo u skladu sa zakonom imajući u vidu prethodne zaključke Ustavnog suda u vezi sa apelantovim navodima o povredi člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije. Dalje, postojao je legitiman cilj za miješanje koji se ogledao u dosljednoj primjeni odredbi imovinskih zakona kako bi se zaštitila prava svih lica koja su na određeni način obuhvaćena tim odredbama. Takođe je uspostavljena proporcionalnost između apelantovog prava na poštivanje doma i legitimnog cilja koji je u konkretnom slučaju prevladao.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju ne postoji kršenje apelantovog prava na poštivanje doma iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije.

*(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
broj AP 1970/06 od 15. januara 2009. godine)*

SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

sudska praksa

Pripremila: **mr. Ljiljana Filipović***

Produženje pritvora nakon izricanja prvostepene presude

Za produženje pritvora optuženima nakon izricanja prvostepene presude na osnovu člana 152. stav 1. i 3. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine u vezi sa članom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" broj 12/10) nije potreban prijedlog tužitelja i posljedično saslušanje optuženog na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže.

Za donošenje rješenja o produženju pritvora nakon izricanja prvostepene presude za još najduže šest mjeseci u smislu člana 152. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine u vezi sa članom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" broj 12/10) nadležno je vanraspravno vijeće iz člana 25. stav 6. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ukoliko se žalbeno vijeće ne nalazi u zasjedanju.

Za ocjenu da li su nadležni sudovi nakon izricanja prvostepene presude postupali sa potrebnom revnošću s obzirom da je optuženom nakon izricanja te presude produžen pritvor potrebno je uzeti u obzir složenost konkretnog krivičnog predmeta, broj optuženih osoba i broj krivičnih djela obuhvaćenih optužnicom, obimnost dokaznog materijala, te proteklo vrijeme od objavljivanja presude do njenog dostavljanja strankama i braniteljima kao i proteklo vrijeme od dostavljanja prvostepene presude drugostepenom sudu na odlučivanje po žalbi do zakazivanja sjednice žalbenog vijeća.

* Sudac Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

Iz obrazloženja:

Presudom Kantonalnog suda u Sarajevu broj 09 0 K 001427 08 K od 23.06.2009. godine, između ostalih, oglašen je krivim optuženi M. A. G. za krivična djela iznude u pokušaju iz člana 295. stav 2. u vezi sa stavom 1. i u vezi sa članovima 28. i 54. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), zločinačke organizacije iz člana 342. stav 3. a u vezi sa krivičnim djelima ugrožavanja sigurnosti iz člana 183. stav 1. KZ FBiH, protivpravnog zauzimanja nekretnine od opšteg značaja iz člana 292. stav 1. KZ FBiH, oštećenja tuđe stvari iz člana 293. stav 1. istog zakona, bespravne gradnje iz člana 74. Zakona o građenju i člana 161. Zakona o prostornom uređenju, krivičnog djela iz člana 3. stav 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o nabavljanju, držanju i nošenju oružja i municije u Kantonu Sarajevo, pranja novca iz člana 272. stav 2. u vezi sa stavom 1. KZ FBiH i ubistva u pokušaju iz člana 166. stav 1. u vezi sa članom 28. KZ FBiH i osuđen je na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 20 (dvadeset) godina.

Istom presudom, optuženi M. K. je oglašen krivim za krivična djela iznude iz člana 295. stav 2. u vezi sa stavom 1. i u vezi sa čl. 28. i 54. KZ FBiH i zločinačke organizacije iz člana 342. stav 2. KZ FBiH u vezi sa krivičnim djelima protivpravnog zauzimanja nekretnine od opšteg značaja iz člana 292. stav 1. KZ FBiH, oštećenja tuđe stvari iz člana 293. stav 1. KZ FBiH i bespravne gradnje iz člana 74. Zakona o građenju i člana 161. Zakona o prostornom uređenju i pomoć počinocu nakon počinjenja krivičnog djela iz člana 346. stav 3. KZ FBiH, za koja je osuđen na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 6 (šest) godina i 6 (šest) mjeseci.

Nakon izricanja presude, rješenjem Kantonalnog suda u Sarajevu broj 09 0 K 001427 08 K od 23.06.2009. godine prema optuženima M. A. G. i M. K. produžen je pritvor, koji je, po tom rješenju, mogao trajati najduže 9 mjeseci.

Rješenjem vanraspravnog vijeća Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 09 0 K 001427 10 Kv 14 od 17.03.2010. godine prema optuženima M. A. G. i M. K. produžen je pritvor za 6 mjeseci, tako da im po tom rješenju pritvor može trajati do 23.09.2010. godine ili do nove odluke suda.

Protiv ovog rješenja žalbe su izjavili branitelj optuženog M. A. G. i optuženi M. K.

Branitelj optuženog M. A. G. rješenje pobija zbog povrede Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), bitnih povreda odredaba krivičnog postupka i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, s prijedlogom da se pobijano rješenje ukine i predmet vrati na ponovno odlučivanje, a podredno da se pobijano rješenje preinači i žalitelj pusti na slobodu.

... Ovaj sud je ispitao pobijano rješenje u granicama žalbenih navoda, pa je odlučio kao u izreci iz slijedećih razloga:

... Ovo vijeće takođe nalazi da se neosnovano žalbom branitelja optuženog M. A. G. tvrdi da je za produženje pritvora ovom optuženom na osnovu izmijenjenog člana 152. stav 3. ZKP FBiH (Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine FBiH", broj 12/10 od 15.03.2010. godine) bio neophodan prijedlog tužitelja i posljedično saslušanje optuženog na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže. Pri isticanju tog stava, branitelj se poziva na odredbu člana 145. stav 2. ZKP FBiH koja se, kao opšta odredba o pritvoru, po mišljenju branitelja, morala primijeniti i u ovom slučaju.

Međutim, ovaj sud nalazi da cjelovito tumačenje svih zakonskih odredaba koje se odnose na određivanje i produženje pritvora ukazuje da takvo shvatanje branitelja nije ispravno.

Najprije, potrebno je istaći da se određivanje odnosno produženje pritvora nakon izricanja prvostepene presude razlikuje od određivanja odnosno produženja pritvora prije izricanja presude. Posljedica je to činjenice da tom određivanju odnosno produženju pritvora prethodi donošenje presude od strane zakonitog suda kojom se, nakon održanog glavnog pretresa, utvrđuje krivnja optuženog i njemu izriče kazna zatvora pošto je prvostepeni sud ocjenom dokaza stekao uvjerenje o dokazanosti krivnje optuženog. Time je krivični postupak došao do sasvim posebne tačke tako da se, umjesto o pritvoru nakon potvrđivanja optužnice, sada govori o pritvoru nakon izricanja prvostepene presude. Prvostepenom presudom kojom je optuženi oglašen krivim i kojom mu je izrečena kazna zatvora konsumirana je optužnica i osnov za određivanje odnosno produženje pritvora više nije optužnica tužitelja nego presuda suda. Činiti, i nakon izricanja presude, odluku o pritvoru zavisnom od postojanja prijedloga tužitelja za određivanje odnosno produženje pritvora, značilo bi ignorisati presudu kao utvrđenje prvostepenog suda da je optuženi učinio krivično djelo i poricati pravo suda da preduzme mjere kojima će osigurati pravosnažno okončanje krivičnog postupka, izvršenje svoje presude i ostvarenje njenog cilja.

Na ispravnost ovog stajališta ukazuju i relevantne zakonske odredbe. Tako, na primjer, za razliku od odredbe člana 149. stav 2. ZKP FBiH koja, i pored pomenute odredbe člana 145. stav 2. ZKP FBiH, za produženje pritvora izričito traži prijedlog tužitelja, odredba člana 152. stav 1. ZKP FBiH, koja se odnosi na određivanje odnosno produženje pritvora nakon izricanja prvostepene presude, ovlašćenje suda na produženje pritvora ne vezuje uz postojanje prijedloga tužitelja ni posebno prethodno izjašnjenja optužene odnosno, u ovom slučaju, nepravosnažno osuđene osobe. Nadalje, ni sama odredba člana 145. stav 2. ZKP FBiH, koja

određivanje ili produženje pritvora osumnjičenom odnosno optuženom vezuje uz prijedlog tužitelja i uz prethodno saslušanje osumnjičenog odnosno optuženog na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže, ne upućuje na tu proceduru i u slučaju određivanja odnosno produženja pritvora nakon izricanja prvostepene presude (član 152. ZKP FBiH). Naime, odredba člana 145. stav 2. ZKP FBiH, u dijelu u kojem ustanovljava obavezu prethodnog saslušanja osumnjičenog odnosno optuženog na okolnosti razloga zbog kojih se pritvor predlaže, tu obavezu isključuje u slučaju iz člana 146. stav 1. tačka a) ZKP FBiH. Iz toga jasno proizilazi da se i prijedlog tužitelja za određivanje odnosno produženje pritvora i saslušanje osumnjičenog odnosno optuženog, koje ima u vidu ta odredba, odnose na razloge za pritvor propisane u članu 146. ZKP FBiH odnosno na situacije kada se pritvor može odrediti odnosno produžiti samo ako su ispunjeni uvjeti iz člana 146. stav 1. ZKP FBiH. Međutim, izmijenjena odredba člana 152. stav 1. ZKP FBiH određivanje odnosno produženje pritvora nakon izricanja prvostepene presude uopšte ne veže za razloge za pritvor iz člana 146. ZKP FBiH nego samo na ocjenu suda, kad izrekne presudu na kaznu zatvora manju od 5 godina, da li je određivanje odnosno produženje pritvora neophodno radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka s obzirom na okolnosti vezane za izvršenje krivičnog djela i ličnost učinitelja odnosno za samu činjenicu izricanje kazne zatvora od pet godina ili teže kazne.

Imajući u vidu sve navedeno, te činjenicu da je određivanju odnosno produženju pritvora nakon izricanja presude na kaznu zatvora, a u skladu sa članom 152. stav 1. ZKP FBiH, prethodilo suđenje tokom kojeg je optuženi imao mogućnost i pravo da se izjasni o svim okolnostima vezanim za izvršenje krivičnog djela i za njegovu ličnost (što su osnovi na kojima se procjenjuje neophodnost pritvora nakon izricanja prvostepene presude), očito je da se neosnovano žalbom branitelja prvostepeno rješenje pobija tvrdnjom da je njime povrijeđena odredba člana 145. stav 2. ZKP FBiH.

S obzirom da se u konkretnom slučaju radi o rješenju o produženju pritvora nakon izricanja prvostepene presude na osnovu odredbe člana 152. stav 1. ZKP FBiH i koje se kao takvo ima smatrati lišenjem slobode prema odredbi člana 5. stav 1. tačka a) EKLJP, neosnovano se žalbom branitelja ističe da je nepostupanjem u smislu člana 145. stav 2. ZKP FBiH povrijeđena odredba člana 5. stav 3. EKLJP. Naime, u odredbi člana 5. stav 3. EKLJP izričito se navodi da se ona odnosi na slučajeve hapšenja ili lišenja slobode prema odredbi člana 5. stava 1. tačka c) EKLJP, a u konkretnom slučaju ne radi se o lišenju slobode prema odredbi člana 5. stav 1. tačka c) EKLJP.

S obzirom da je riječ o rješenju o produženju pritvora nakon izricanja prvostepene presude i nakon što je optuženom tokom suđenja data mogućnost da se izjasni o svim okolnostima koje su relevantne za određivanje odnosno

produženje pritvora po članu 152. stav 1. ZKP FBiH, te, pošto je optuženom takođe data mogućnost pobijanja rješenja o produženju pritvora žalbom, neosnovano se žalbom branitelja ističe da je pobijanim rješenjem povrijeđena odredba člana 5. stav 4. EKLJP odnosno odredba člana 6. EKLJP navodnim onemogućavanjem pristupa sudu optuženom.

U žalbi branitelja optuženog M. A. G. ističe se i da iz pobijanog rješenja nije jasno na čemu je u konkretnom slučaju zasnovana nadležnost vanraspravnog vijeća, s obzirom da odredba izmijenjenog člana 152. stav 3. ZKP FBiH određuje da se, izuzetno, u složenim predmetima i iz važnih razloga odlukom vijeća pritvor može produžiti za još najduže šest mjeseci, ali ne i da li se radi o odluci žalbenog ili vanraspravnog vijeća. Međutim, odredbom člana 25. stav 6. ZKP FBiH propisano je da odluke izvan glavnog pretresa sud donosi u vijeću sastavljanom od trojice sudija (vanraspravno vijeće) pa, iz shodne primjene te odredbe na drugostepeni postupak, jasno proizilazi da i odluke tokom drugostepenog postupka, izvan sjednica žalbenog vijeća odnosno kada se to vijeće ne nalazi u zasjedanju, donosi vanraspravno vijeće iz člana 25. stav 6. ZKP FBiH.

... Žalbom branitelja optuženog M. A. G. ističe se i da se ovaj optuženi nalazi u pritvoru već pune dvije godine, te da je u konkretnom slučaju prvostepeni sud propustio da postupi u skladu sa članom 304. stav 3. ZKP FBiH tj. da optuženom koji se nalazi u pritvoru dostavi svoju presudu u roku od 15 dana od objavljivanja odnosno u roku od 30 dana od objavljivanja. Žalba branitelja ne sadrži izričito izjašnjenje koji je značaj te okolnosti za ocjenu pravilnosti i zakonitosti pobijanog rješenja. U nedostatku takve naznake, ovo vijeće je zaključilo da se tim navodom pobija zakonitost rješenja o produženju pritvora tvrdnjom da sudovi u konkretnom predmetu, iako se optuženi nalazi u pritvoru, nisu postupali sa potrebnom revnošću. Međutim, imajući u vidu složenost konkretnog krivičnog predmeta, broj optuženih osoba i broj krivičnih djela obuhvaćenih optužnicom, obimnost dokaznog materijala, te proteklo vrijeme od objavljivanja presude do njenog dostavljanja strankama i braniteljima kao i proteklo vrijeme od dostavljanja prvostepene presude ovom sudu na odlučivanje po žalbi do zakazivanja sjednice žalbenog vijeća, da se neosnovano žalbom branitelja optuženog M. A. G. tvrdi da sudovi u konkretnom predmetu nisu postupali sa potrebnom revnošću.

*(Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine
broj 09 0 K 001427 10 Kž 14 od 25.03.2010. godine)*

Rok za podnošenje prijedloga za produženje pritvora i pravo na odbranu

Rok određen u članu 145. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine je po svom karakteru instrukcioni rok i ima za cilj osiguranje potrebnog vremena za provođenje postupka i donošenje odluke suda o prijedlogu tužitelja za produženje pritvora i zakon za njegovo nepoštivanje ne propisuje kao posljedicu odbacivanje prijedloga za produženje pritvora kao neblagovremenog. Međutim, nepoštivanje tog roka može u određenim slučajevima imati za posljedicu povredu prava na odbranu.

Iz obrazloženja:

Kantonalni tužitelj u Sarajevu podnio je dana 12.03.2010. godine pod brojem Kt-2883/09 ovom sudu prijedlog za produženje pritvora prema osumnjičenima K. S., H.A, L. D. i J. A., protiv kojih se vodi istraga zbog krivičnog djela neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 238. stav 2. u vezi sa stavom 1. i u vezi sa članom 31. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH), te prema osumnjičenom K. S., protiv kojeg se vodi istraga zbog krivičnog djela neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 238. stav 1. KZ FBiH. Kantonalni tužitelj predlaže produženje pritvora ovim osumnjičenima za 3 (tri) mjeseca, a iz razloga propisanog u članu 146. stav 1. tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZKP FBiH), a, u odnosu na osumnjičene J. A., H. A. i K. S. i iz razloga propisanog u članu 146. stav 1. tačka c) ZKP FBiH.

U vezi sa ovim prijedlogom kantonalnog tužitelja za produženje pritvora osumnjičenima, u ovom sudu je dana 15.03.2010. godine održana sjednica vijeća tokom koje je federalni tužitelj izložio prijedlog kantonalnog tužitelja dok su se osumnjičeni K. S., H. A., L. D., J. A. i K. S., te njihovi branitelji izjasnili o činjenicama i okolnostima na kojima se temelji prijedlog kantonalnog tužitelja za produženje pritvora. Pri tome, osumnjičeni i njihovi branitelji istakli su da u konkretnom slučaju nisu ispunjeni opći ni posebni uvjeti za produženje pritvora iz člana 146. ZKP FBiH, na koje se poziva kantonalni tužitelj u svom prijedlogu za produženje pritvora a ni uvjeti za produženje pritvora propisani u članu 149. stav 3. ZKP FBiH. Takođe, branitelji su istaknuli da je prijedlog za produženje pritvora podnesen u kraćem roku od onog koji propisuje član 145. stav 3. ZKP FBiH, te da ga je stoga kao neblagovremenog potrebno odbaciti.

Ovaj sud je razmotrio prijedlog kantonalnog tužitelja za produženje pritvora, navode osumnjičenih i njihovih branitelja istaknute na sjednici vijeća u vezi sa okolnostima na kojima se temelji prijedlog tužitelja za produženje

privedu, te spise u ovom krivičnom predmetu, pa je odlučio kao u izreci iz slijedećih razloga:

Ovaj sud nalazi da su na sjednici vijeća branitelji osumnjičenih tačno ukazali na okolnost da je prijedlog kantonalnog tužitelja za produženje pritvora prema osumnjičenima K. S., H. A., L. D., J. A. i K. S. podnjet četiri dana prije isteka roka iz prethodnog rješenja o produženju pritvora, te da to nije u skladu sa odredbom člana 145. stav 3. ZKP FBiH kojom je određeno da tužitelj prijedlog za produženje pritvora podnosi sudu najkasnije pet dana prije isteka roka iz prethodnog rješenja o pritvoru. Međutim, neosnovano se od strane branitelja ističe da je usljed toga prijedlog tužitelja neblagovremen i da ga je kao takvog potrebno odbaciti. Naime, rok određen u članu 145. stav 3. ZKP FBiH je po svom karakteru instrukcioni rok i ima za cilj osiguranje potrebnog vremena za provođenje postupka i donošenje odluke suda o prijedlogu tužitelja za produženje pritvora i zakon za njegovo nepoštivanje ne propisuje kao posljedicu odbacivanje prijedloga za produženje pritvora kao neblagovremenog. Uostalom, prijedlog za produženje pritvora podnesen je prije isteka roka na koji je pritvor produžen prethodnim rješenjem suda. Nadalje, kako to proizilazi iz izjašnjenja branitelja na sjednici vijeća ovog suda i spisa predmeta, osumnjičenima i njihovim braniteljima je prijedlog za produženje pritvora dostavljen 12.03.2010. godine, dakle, četiri dana prije isteka roka trajanja pritvora iz prethodnog rješenja o pritvoru, a tri dana prije održavanja sjednice vijeća ovog suda povodom tog prijedloga. Očito je, prema tome, kada je riječ o zaštiti interesa odbrane, da je prijedlog kantonalnog tužitelja za produženje pritvora dostavljen osumnjičenima i njihovim braniteljima dovoljno vremena prije održavanja sjednice vijeća ovog suda i da su oni imali dovoljno vremena za upoznavanje sa tim prijedlogom i za pripremanje odbrane. Da je to tako vidljivo je iz zapisnika sa sjednice ovog vijeća održane 15.03.2010. godine budući da su se svi branitelji sasvim određeno i detaljno izjasnili o svim okolnostima na kojima se temelji prijedlog tužitelja za produženje pritvora, da prije toga nisu tražili uvid u spise ovog predmeta a ni odlaganje sjednice vijeća radi pripreme odbrane. Iz tog razloga ovaj sud nalazi da dostavljanjem prijedloga tužitelja za produženje pritvora sudu, a, potom, i osumnjičenima i njihovim braniteljima četiri dana prije isteka roka iz prethodnog rješenja o pritvoru nije povrijeđeno pravo osumnjičenih na odbranu, kako su to na sjednici vijeća istakli njihovi branitelji, a, pošto je rok propisan u članu 145. stav 3. ZKP FBiH instruktivnog karaktera, podonošenje prijedloga za produženje pritvora četiri dana prije isteka prethodnog rješenja o produženju pritvora ne može za posledicu imati odbacivanje tog prijedloga kao neblagovremenog.

*(Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine,
broj 09 0 K 005029 10 Kv 3 od 15.03.2010. godine)*

RESTORATIVE JUVENILE JUSTICE – THE WAY FORWARD¹

Justice Mag. Renate Winter*

Bringing a child into contact with the criminal justice system is an extremely difficult issue. Decisions have to be made that will affect that child's future. The first issue to be decided is whether it is even necessary or wise to bring a child before a justice system. In my opinion it is necessary to look first at ways to prevent children coming before a justice system before thinking about solutions to dealing with them when they are already involved in it.

In most countries around the world, juvenile prisons, detention centers, closed institutions – whatever they are called - are overcrowded. Children who should not be detained in the first place, as their crimes are petty in nature, are kept far too long in such places (very often under the pretext that no other penal reaction is available). The fact that there are so many of them detained is an obstacle to the provision of sensitive and efficient assistance in terms of education, health care and vocational training, and, according to the terms of the law, the children are detained in order that they receive such assistance and education. Overcrowding has therefore to be dealt with in order to allow for treatment and (re)integration.

Clearly, there has to be an immediate reaction to inappropriate, deviant, offending behavior, and if possible right from the point when such behaviour is first observed so as to prevent the perpetuation of unsocial behaviour in the offending child. So, a quick reaction is needed even when the offences are minor in nature to prevent the commission of more serious offences. Should this reaction be a referral of the child to the formal justice system? Not necessarily! It might be far better to divert the child who has come into conflict with the law (but more

* *Member of the Appeals chamber of the Special Court of Sierra Leone;*
President of the International Association of Youth and Family Court Judges;
renatewinter@hotmail.com

¹ This article is taken from a speech held during the First World Congress of Restorative Juvenile Justice, held in November 2009 at the Pontificia Universidad Catolica del Peru, Lima. Copyright with Terres des Hommes
www.congresomundialjirperu2009.org

importantly – who has come into conflict with another person) away from the stigmatization effect of being branded a juvenile offender and instead help the child to understand the damage caused by the offending behaviour. This would also have other consequences: a quick understandable and therefore acceptable reaction for the child on the one hand and a flexible tool tailored to the child's needs for the justice system at far lower costs on the other hand.

A group of 15 year old boys have vandalized benches in a public place. If made to repair those benches, would they not quickly learn to understand how much work goes into making the benches and about their value? Would that not be more effective than awarding formal punishment, thus stigmatizing and labeling a child as a good for nothing criminal? (Not to speak about the fact that the child could learn a wood craft through repairing the benches!)

Is there a need for justice designed to cope with wayward children? Is it necessary to establish a separate system of justice for juveniles? In answering such issues we have to consider first who we are dealing with when we talk of children and criminal justice systems. Children living in difficult circumstances are those who would be most likely to eventually drift into more and more serious criminal behaviour. For those children assistance in the form, for example, of education, vocational training, social services, and integration into a valid social system, is necessary. What is not necessary, and what can negatively impact on the developing child, is bringing them into contact with any kind of justice system. Such children then might become those in conflict with the law, and can be children who have committed very minor offences to very grave ones as they have had contact with the justice system, often in its worst form – a closed institution – the well known academy of crime.

In looking at this issue, I feel it necessary to examine changing societal attitudes towards children. Throughout my professional career, attitudes have changed considerably. I recall a time when children from my part of the world had no status whatsoever. They were not to be reckoned with; they were tools used by adults for income support, and an investment for old age insurance. Their births were not planned and they were not cherished family members, but extra mouths to feed and extra pairs of hands to be put to work. Their plans and dreams for their own better future were not discussed with adults and were not taken into account other than for reasons of increased income support or property gains. In cases where such children were caught engaging in criminality, they were suddenly considered to be "mini adults", and even for minor deviancies they would be punished as adults. Sadly, there are still many such children in today's world who are treated in this way.

During the time I was studying, I remember reading a story of a 10 year old boy who lived in the middle ages in Europe. The boy had fought in a war, which was already horrific from my point of view, but it got worse. He was demilitarized without any assistance, and due to hunger he stole bread. His punishment for that crime, at the age of 10, was to be hanged. Just as adults were hanged for minor crimes, so was this little boy.

It was only at the beginning of the last century, when huge leaps forward in science and education were made, did it become clear that children were very different from adults and attitudes towards children started to come under review. This was at a time when governments started to see the value of mandatory basic education. Teachers were among the first to recognize and address the different stages in a child's intellectual development, and as a consequence, the different stages of a child's ability to be held responsible for his or her acts. The idea of juvenile justice was born. In criminal justice systems, the issue of children being held responsible for a crime came under scrutiny and it became clear that a child who had committed a crime should be examined using different standards than those used for examining adult offenders. Different specialized systems of approach to children in conflict with the law emerged.

One concept was the so-called "welfare" model. The reasoning for offending conceived under this model was that society was at fault, that a child was influenced by negative factors resulting from a dysfunctional system, and that the child was not yet a fully developed human being and could not understand his or her crime and therefore could not be held responsible for any wrongdoings committed.

Solutions arrived at under this system for the correction of such misbehavior often involved the use of institutions. In an institution, wayward children could be provided with care and education, which obviously was lacking in their home environment, otherwise why else would they have offended? The threat of being sent to such an institution, especially a closed one, for an unspecified period of time, for "as long as it takes" to re-educate the offending child, was a very real one. The State, as the guardian of children, or its representative, the judge, decided what should be the course of action to take, albeit in the best interest of the child in question as understood. Remembering that children were not considered to be fully developed human beings, meant that their views were not sought (and were in fact, completely ignored). The views of the victims of offenders were also ignored, as the welfare system does not deal with victims. Responsibility remained with the society that had produced the environment, in which offences had been committed, and a child was not given

the opportunity of repairing the damage he/she had caused as he/she bore no guilt for that wrongdoing and victims remained unheard. This system, which

largely removed. It is neither the State, nor the judge as the State's representative, that decides what measures should be put in place for the victim or the offender, but through a participatory process, the child offender will be encouraged to take responsibility for what he or she has done and asked to fully participate in the process of redemption and amendment.

This approach takes into account the needs of all those affected by the wrong doing and is oriented towards restoring peace between victim and offender, and offender and society, where, after all, the both must reside.

It is not so easy to clearly explain the issue of restorative justice. Perhaps stating what restorative justice is not will help.

- Peter has stolen a mobile phone from his neighbor and has been caught with the stolen property. He may be told to return the property and to offer an apology to the neighbor. Peter thinks he got away with his wrongdoing without too much hassle. While this procedure may be in the interest of the offender, and the victim has stolen property restored and receives an apology, Peter has not understood his misdemeanor and will most likely offend again. This is not restorative justice.
- In a brawl, Alex broke his class mate's nose and the police are called in by the school director. The director believes that the children's behavior is typical for their age and simply wants a police presence to use as a threat. No police action is therefore taken. Such an approach is neither in the interest of the victim nor of the offender. The victim is not compensated and the offender is not shown the error of his ways. This is not restorative justice.
- A judge suggests a family conference but the victim does not want to participate. The facilitator, in attempting to execute the order of the judge, infers that without the victim's participation, no protection or compensation or other measures will be made in the victim's interest. Whatsoever the outcome in this case, it is not restorative, as the victim's participation is forced.
- Both the offender and a victim are in the courtroom where the judge has decided on the measures to be taken in the best interests of both and the judge issues an order accordingly. The victim and the offender have to accept the order. Again, this action may be in the interest of the judge who thus avoids having to sit through a long procedure or writing judgements. It even might be in the interest of the parties, but it certainly has nothing to do with restorative justice, as neither party has had a chance to contribute to the outcome or have their real needs addressed.

Furthermore, in none of the above-mentioned cases is the relation of the offender, and/or of the victim, to their community/environment addressed.

So what is restorative justice?

There are several definitions of restorative justice and maybe it can be said that none of them completely define what it is all about but it might be helpful to cite them.

- *“Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence, come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.”* (UN working Party on Restorative Justice, derived from Tony Marshall).
- *Viewed through a restorative justice lens, “crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance.”* (Zehr, Howard)

These two definitions are certainly not the first attempts to define the limitations of responsibility and ensure that children do not become involved in the juvenile justice system. Article 40 of the CRC states that State Parties seek to promote, whenever appropriate and desirable, measures for dealing with children without resorting to judicial proceedings, providing that human rights and legal safeguards are fully respected. In the preamble to the Compendium of United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice, the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, as already mentioned in Economic and Social Council resolution 2002/12, annex, are dealt with in great length. General Comment No.10 (2007) of the Committee on the Rights of the Child again mentions that a comprehensive policy in juvenile justice has to provide methods differing from punishment and including alternatives to it, and General Comment No.12 (2009) stresses the conditions for the participation of a child in legal proceedings. The recommendation CM/Rec (2008)11 of the Committee of Ministers to Member States on the European rules for Juvenile Offenders subject to Sanctions or Measures again deals with the same issue, and this is just to mention a few international documents. The United Nations Office on Drugs and Crime has also dealt in a practical way with this new approach by issuing the Handbook on Restorative Justice Programmes, produced with the assistance of the University College of the Fraser Vallen (Canada), the Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, and the School of Criminology, Simon Fraser University (Canada), supported by the International Centre for Criminal Law Reform and

Criminal Justice Policy (Canada), and the Training Manual on Alternative Dispute Resolution and Restorative Justice, produced in collaboration with the National Judicial Institute (Nigeria) and funded by the European Commission.

Now let us return to the definitions above. To what exactly do they draw our attention? The issue at hand that will always be the first consideration and the main and key issue is that victims, offenders and communities and their relationships have to be addressed. Let's speak first of the offenders.

Do offenders see justice in a welfare, tutelary or retributive justice system? In order to answer that, we have to examine whether they have understood and are capable of taking responsibility for what they have done. The only guaranteed way to prevent re-offending – an issue of great importance in all systems – is to first ensure that the offender understands why his actions were wrong, and second, to ensure, to the extent possible, that the offender is capable of taking responsibility for those actions. Only the restorative justice system will permit this to happen. Under which system do offenders have the opportunity to make reparation for damages caused? Which system will encourage them to change their behaviour in their own interest? Which system gives them the opportunity to participate in the justice process and to contribute to seeking the right solution? Which system enables them to address their own needs? Finally, which system tries to assist their families by providing support and assistance? You will come to the conclusion quite quickly that restorative justice systems will answer all of the above requirements and thus assist the offender.

What about the victim? Under which system can victims relate the experience of the offence they have suffered? Take the example, for instance, of a young offender who forcefully robs an old lady of her handbag. The handbag contained the keys to her house, a set of false teeth, her identification papers, and some money. The robber was only interested in the money and threw away the other items. Under which system can the victim relate that her biggest loss was that of her false teeth, without which she was unable to eat; that the loss of the keys for her house caused her great stress as she could not enter her own home until new keys were organized; and finally, that the loss of her identification papers and the process of obtaining new ones caused her a lot of bureaucratic difficulties. The loss of the money was not a big issue. It was however of great concern to her that she was able to ask the offender why he picked her as a victim, what had she done wrong for him to have selected her as his target, and how could she prevent herself from becoming a victim again? All these issues are not taken into consideration in a retributive system where a victim is treated only as a witness, or in a welfare system where the victim has no part in the justice

procedure. The restorative approach will first of all give victims a voice, so that they may articulate what kind of compensation or restitution they feel they will need, what kind of injustice they have felt done to their person, what kind of protection they would seek against further violations, what kind of information they want about the offence, the offender, and the judicial process. Finally, the restorative approach will address any other needs material, psychological or spiritual that the victim might have.

In order to provide the offender with the opportunity of atonement, an opportunity has to be created where offender and victim may meet. Consideration then has to be given to how they meet - would a direct confrontation be appropriate? Or would it be a re-victimization for the victim to confront the offender, particularly if the crime was brutal? Would it only provide an opportunity for the victim to shame the offender if the offender is of a lower social status than the victim? To prevent any such situation, a neutral third person should be present to facilitate a meeting between victim and offender (and their respective families if they consent).

What about the community concerns? Should the outcome of the restorative justice procedure be public in order to assist the community or has the outcome to be weighed against the needs of the victim and the offender? Is the protection of the community as such to be addressed, a consideration that is important for example when the case involves an extremely violent offender? Is there need for restitution to the community if it has been violated by the action of the offender? Is there any symbolic action needed? Has the community to be represented in some way?

Let me tell you the story of a child soldier whose evidence was brought before the Special Court for Sierra Leone. When this boy was 12 years old he was captured by one of the warlords during the 11 year long civil conflict in Sierra Leone. In order to make it impossible for him to ever flee the rebel group into which he was to be integrated, he was forced at gunpoint to hack off both hands of the 12 year old daughter of a neighbor. After the war, NGOs working with the Truth and Reconciliation Commission tried to find a way to solve the problem of the girl victim as well as the boy offender. The father of the girl brought the child to the Special Court for Sierra Leone to give evidence and said that the Court could keep her as she was no longer worthy of being fed as she would not fetch a bride price. Without hands, she would be unable to work for a husband. Social workers dealing with the case tried to find a solution that would satisfy the traditional culture of the village from where the boy and girl came. Both the family of the boy, and the villagers rejected his reintegration into family and village. Village elders

were of the opinion that if the boy was not allowed to remain in the village, he would, having learned to live by violence, continue his criminal ways and bring members of a crime gang into the village to commit theft. A further solution they considered was killing the boy, but they did not want to commit murder, particularly not in the presence of internationals from NGOs. Finally, the boy volunteered to marry the handless girl and the village, as well as the two families, consented to this proposal. I was horrified by this solution as, even though it would appear that all concerns had been covered, the poor victim in this case was going to be forced to live for the rest of her life with the same person who had hacked off her hands. I was therefore very astonished to hear the girl say that it did not matter to her who mistreated her – her father or her husband! I was also extremely relieved when the boy said that he knew now, having been a child soldier, what cruelty really meant and that he would not beat his wife.

In this very sad case, justice was finally done in a restorative way. The needs of the victim and the offender had been addressed, the community accepted them back into the fold and a healing procedure could take place.

Restorative justice is administered through programmes using a process and delivers an outcome which is restorative. By restorative justice programmes, it is meant any programme that uses restorative processes and aims to achieve a restorative outcome. A restorative justice process means any process in which the victim, the offender and any other community members affected by the criminal behaviour, actively participate to find a solution for matters arising from the transgression, sometimes with the help of a fair and impartial third party – and there are many examples of such processes. Finally, a restorative justice outcome means an agreement reached as the result of a restorative process.

As the means and the process of restorative justice differs in cases when an adult is the offender and when a child is the offender, those means and processes will have to be adapted to the child's capabilities and needs. In some cases, it may be a good solution for an adult offender to work in the interest of a community. The same solution however, may not be in the best interest of a child. The restorative outcome of working in the interests of a community are lost if the offender is stigmatized as a person who is having to do community work as a form of punishment. However, it may be a completely different outcome if a child works together with other children in the interest of the community in a way that is designed to respect the needs of all these children.

All these definitions may lead you to ask what sorts of cases would be suitable to consider for using restorative justice and, in particular, juvenile restorative justice? In answer, I would purport that it is not the types of cases that

are important when making this consideration, as theoretically all kinds of offences could be considered in which an offender violated a person, but the type of persons involved. Maybe we can establish some criteria in this regard.

To say that restorative justice is a cost-saving enterprise, particularly in the “developed” world is incorrect. The methodology and network for using restorative justice mechanisms has to be established and it is not cost neutral. For example, when establishing a victim-offender mediation event, it is necessary to have two rooms – one for the mediation and one for those involved who have to wait. A paid mediator is required, as well as an established network of assistance providers (for security, medical treatment, housing etc.) In some cases the event can last more than just a few hours and financial assistance for one or more of the parties may become a necessity. However, saving in costs can be the outcome of using restorative justice due to the fact that no stigmatization will be attached to the offender under the restorative justice process and therefore he or she will have the opportunity to become a law abiding citizen who is able to contribute to the common well-being of his community.

As the restorative justice process will need resources, I would also argue that petty crime cases are not appropriate for consideration under restorative justice. They are many less cost-intensive and non-punitive alternative measures in the arsenal of juvenile justice measures.

Further, a restorative justice approach may not be advisable when the possibility of the victim being re-traumatized occurs, such as in a rape case. A restorative justice approach would be impossible if the victim does not wish to participate in the process, which is his or her right and has to be respected.

Also a restorative justice mechanism may not be possible to use in cases where one of the parties has considerably more power than the other as such an imbalance might render agreement impossible.

It is the person of the offender that matters most for enabling a decision on whether to use a restorative approach in a given case. The offender has to wholeheartedly accept responsibility for the offence committed. If the offender claims innocence, a trial must take place to ascertain innocence or guilt, and the presumption of innocence has to be respected. Furthermore, if it is established that a child has committed an offence against another person but is not ready to admit to having done wrong, or if a child is not capable of taking responsibility for the offence, a restorative justice procedure cannot take place.

In cases where the victim and offender can reach an agreement, but the community is not inclined to accept the outcome, it will be a difficult task for a facilitator, who should be a person who is qualified and well trained, to convince

members of the community of the common advantage. Fortunately, such cases occur rarely in the juvenile justice sphere as communities are consistently willing to accept the reparative efforts of a child.

Thus, the practical questions are the following:

Is the offender ready to apologize and to put the wrong right? Is the victim ready to accept an apology and accept the efforts of the offender to repair damage caused? Is the community ready to accept and rehabilitate the offender? Is the community ready to accept the reintegration of the victim? I say this because in many cultures, victims, for example victims of rape, are also considered guilty and are stigmatized. If the correct criteria are met, then one can start the restorative justice procedure, while taking into consideration the possibilities, mental capacities, spiritual development and needs of the offender and the victim alike.

It is not true that restorative justice can be used only as an alternative to the justice system as a diversion programme. Restorative justice, and once again especially juvenile restorative justice, can be used as an alternative during the whole judicial process, used as a pre-sentence process, as part of the outcome of the sentence, and as an alternative to a sentence.

In the pre-trial phase, restorative procedures can be initiated by the police (if trained) or by a referral of the prosecution. If the procedure is successful, as victim and offender came to an agreement and the offending child fulfilled all obligations, the police can close the case in some jurisdictions, as can the prosecutor in others. The child is thus diverted from a formal judicial procedure. The ultimate goal of justice – to rectify delinquent behavior and hopefully to prevent re-offending – is reached without resorting to the formalities of the justice system.

Diversion mechanisms have been developed and implemented in civil and common law countries alike, and wherever they have been practiced, they have been successful.

The necessary collaboration of social workers, psychologists, mediators, public administration, specialized prosecutors and juvenile judges grants for rapid and flexible reactions to offences as time and flexibility are of utmost importance in dealing with children. If after having committed an offence, a child is arrested, held in custody for some time, and if the trial takes place months after the offence was committed, the child will have grown and changed in character (for the better or worse); will most likely be unable to correctly recall the event, and will not understand the import of punishment after such a long passage of time. If on the other hand the reaction comes immediately and proportionately, understanding and acceptance will prevent recidivism.

Diversion systems opt for fast flexible reactions, bringing together the collaboration of specialists to deal with children.

No child is the same, and no child's problems are the same. Not every situation can be regulated by law. A wide spread range of reactions must be available to cope with the differing problems of offending children, as problems are always the reason for offending behavior.

Even if a case involving a juvenile does go to court, a judge has (or should have) the power to opt for a restorative approach if conditions are met. A judge would then stop the proceedings and refer the case to the appropriate institutions or persons (social workers, mediators, facilitators etc) to initiate restorative justice procedures.

A case initiated by the police can be referred to the juvenile prosecutor, or juvenile judge or investigating judge, depending on the system, and after ensuring all legal conditions are met, can be forwarded to an appropriate social institution providing assistance to children.

The prosecutor or judge will set the timeframe for the implementation of the restorative justice programme when it is agreed to, and take into consideration the recommendations of the experts or social workers concerned, as well as monitor the outcome. In most cases, a programme will be planned by the accompanying social worker and submitted to the respective judicial authority which has to approve it. When approval is given (and in most cases approval is given as only fully trained social workers are expected to handle child cases) the case will be closed and never go to trial.

If the plan was not fulfilled and the child is not at fault for the no fulfillment, (for example, when no treatment is available, or the consent of the victim to accept apologies and reparation was lacking, or the child fell ill during the accorded time frame etc) another plan will be drawn up and implemented. If on the other hand the child purposefully does not respect the commitment agreed to, trial will take place and formal justice will have to take over.

If a trial is already concluded, the juvenile judge has the possibility to make restoration part of the (then lenient) sentence or to pronounce a conditional sentence, the condition for the non-execution of the sentence being a restorative measure achieved.

Maria is one of many children who have repeatedly stolen sweets from a shop. After an evaluation of the case by a social worker which was requested by the judge, Maria makes a commitment to attend a session run by a policeman and a woman who also has children who works in a supermarket, at which the consequences of shoplifting are discussed with a group of children. Maria then

promises to assist in cleaning the shop on four consecutive weekends. The shopkeeper agrees to this, as does the judge. Maria keeps her promise. The social worker, who stays in contact with Maria and her family, as well as with the shopkeeper, submits a report to the judge which is signed by the social worker, as well as by Maria and the shopkeeper. The judge has given Maria a warning and the case is closed. Maria has learned the lesson and will not re-offend.

Would Maria have learned this lesson better in a court trial or while in detention? Would Maria have found it easier to accept and understand why she was being punished, and be convinced that she should not re-offend when she found it difficult to face classmates at school or to find future employment as she was stigmatized as a juvenile offender? Would Maria's classmates have been happier to see her return from court or prison?

Thus, if considering all the restorative tools available to the justice system, very few child offenders should have to confront sentences involving deprivation of liberty.

Appropriate preparation, facilitation and monitoring for the restorative procedure in the context of juvenile justice will be another issue for discussion and for finding effective ways to deal with offending children. The training of persons that will be involved in the restorative justice process, such as police, facilitators, mediators, social workers, judges etc., will be one more subject to be considered. Many basic questions will have to be answered, for example, how can the offender, if a child, succeed in reparation to the victim in an appropriate way? How can an offender, if a child, succeed in reparation with family members or with members of the community? How can the offender, if a child, work together with family members to ensure that regression into misbehavior does not happen? Are there provisions to be made for solving the underlying problem of the victim and the offender which led to the commission of the criminal offence? Are there provisions to be addressed for solving the problems that have been caused by this offence? Are there future intentions by the child offender to be addressed *vis-à-vis* the victim, the family, the community, but first of all, *vis-à-vis* him or herself? Finally, is there an approach to be taken to transform the youth justice system, the youth care system? Will the approach taken empower and develop all persons involved? Will the approach liberate victim and offender alike? Will the approach assist the offender, the family and the victim to break with traditional, religious, cultural and juridical norms that have roots in discrimination, poverty and poor education?

Much has already been taken into account by modern juvenile justice systems, but much remains to be done. Taking into consideration that juvenile

justice has always been at the forefront in developing humane ways of delivering justice, to advocate for different systems of justice for children, be it the abolishment of torture concerning children, be it the option of a conditional sentence for children and the availability of probation services, I am sure that the acceptance of a sound restorative justice system for children worldwide will be another “first” that juvenile justice systems will be proud to achieve.

UPUTE ZA AUTORE

Radovi se objavljuju na hrvatskom, bosanskom i srpskom jeziku (u latiničnom ili ćiriličnom pismu) ili engleskom jeziku.

Ukoliko rukopis zadovoljava kriterije časopisa, upućuje se na recenziju.

Svaki rukopis ocjenjuju najmanje dva nepristrana recenzenta, pri čemu identitet i afilijacija autora recenzentu nisu poznati. Nakon ocjene recenzenata i članova redakcije, rukopis se vraća autoru s obrazloženjem i zahtjevima za doradu i ispravak rada, ukoliko se to smatra potrebnim. Ispravljene rukopise autori trebaju vratiti redakciji u roku od 8 dana od primitka.

Pretpostavlja se da članci i ostali prilozi nisu i neće biti objavljeni u drugim publikacijama, osim uz posebno odobrenje redakcije kada se to jasno naznačuje u objavi.

Autori dopuštaju časopisu postavljanje njihovih radova na web stranicu časopisa.

Časopis zadržava i sva ostala prava, osim ukoliko nije drugačije dogovoreno s autorom.

Radovi koje časopis objavljuje su:

- Uvodna riječ glavnog urednika
- Izvorni znanstveni rad
- Prethodno saopćenje
- Pregledni znanstveni rad
- Stručni članak
- Sudska praksa
- Ostali radovi kao što su prikaz knjige, izvještaji o znanstvenim i stručnim skupovima i dr.
- Obavijesti o nadolazećim stručnim i znanstvenim skupovima
- Domaći autori u međunarodnim publikacijama
- Pismo uredniku

Radovi se predaju redakciji časopisa elektronskom poštom na adresu: *Pravna.Misao@fmp.gov.ba* Dokument treba biti načinjen u programu Microsoft Word. U njemu ne smiju postojati nikakve indikacije osobnoga identiteta autora ili institucije u kojoj bilo koji od autora radi, kako u samom radu, tako ni u karakteristikama (properties) elektroničkog dokumenta.

Radovi koji se dostavljaju redakciji moraju biti lektorirani. Lektori koje odredi redakcija vrše superviziju.

U časopisu se objavljuju znanstveni i stručni radovi koji ne prelaze dužinu od 10.000 riječi, uključujući izvore i fusnote. Svaki rad mora sadržavati sažetak od 150-200 riječi i izbor ključnih riječi na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini i na engleskom jeziku iste dužine. Ostali radovi ne mogu prelaziti dužinu od 2000 riječi.

Svaki rukopis mora biti priložen zajedno s popratnim pismom, u kojem je nužno navesti sljedeće:

- kratki opis sadržaja članka u dvije do tri rečenice, kao i sve dodatne informacije o rukopisu koje bi redakciji mogle biti od koristi;
- razloge zbog kojih autori drže da je njihov rad zanimljiv čitateljstvu časopisa (novost koju rad donosi);
- kratku biografiju autora (25-30 riječi),
- osobne podatke:
 - jedinstveni matični broj
 - adresa stanovanja i općina
 - kontakt telefon
 - naziv banke i transakcijski račun banke
 - broj žiro računa

Svaki autor će uz popratno pismo dostaviti i izjavu da rad nije prethodno objavljivan.

Prva stranica rukopisa treba sadržavati:

- Naslov
- Datum
- Broj riječi u članku
- Ime autora i profesija
- Nazivi ustanova u kojima rade
- E-mail adrese
- Kategorizaciju
- Sažetak i ključne riječi na izvornom jeziku rada
- Sažetak i ključne riječi i naslov na engleskom jeziku (summary, key words)

Sažetak rada treba sadržavati opći prikaz teme, metodologiju rada, rezultate i zaključak.

Ključne riječi sadrže pojmove koji se pojavljuju u tekstu, ali ne opće i preširoke pojmove niti preuske pojmove opisane sa puno riječi.

Tablice i grafikoni trebaju biti prezentirani u programima kao što su MS Word, sa jasno iskazanim naslovima. Sve tablice i grafikoni biti će u časopisu tiskani isključivo u crno-bijeloj boji.

Napomene u radu se navode u obliku fusnote (footnote). U pravilu su objašnjavajućeg karaktera.

U fusnoti treba navoditi samo objavljene podatke (ili staviti posebnu bilješku s objašnjenjem).

U fusnoti treba navoditi samo literaturu koja je navedena u popisu literature na kraju članka.

U fusnoti treba ujednačeno navoditi sve izvore. Poželjno je staviti broj stranice.

Molimo autore da se pridržavaju sljedećih naputaka za navođenje literature i fusnota:

Ukoliko je riječ o navođenoj knjizi:

Josipović, I. (2000) Haaško implementacijsko kazneno pravo. Zagreb: Informator i Hrvatski Pravni Centar.

Ukoliko je riječ o navođenom članku:

Tschudi, F. (2008) "Dealing with violent conflicts and mass victimisation: a human dignity approach", str. 46-69. U: I. Aertsen et al.: Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts. Portland. Willan Publishing.

Ukoliko je riječ o navođenom članku u časopisu:

Sijerčić-Čolić, H. (1999) "Reforma krivičnog zakonodavstva u Federaciji Bosne i Hercegovine: karakteristike federalnog procesnog krivičnog prava", Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, Vol. 6 – br. 1/1999, str. 251-268.

Ukoliko je riječ o navođenom članaku u elektroničkom časopisu:

Lendvai, N., 2005. "Central and Eastern European Social Policy and European Accession – Time for Reflections" (online). Financial Theory and Practice, 29 (1), str. 1-12. Dostupno na: (<http://www.ijf.hr/eng/FTP/2005/1/lendvai.pdf>).

Ukoliko je riječ o navođenoj Web adresi:

World Bank, 2004. Corruption: how the World Bank Fights Corruption (online). Washington: The World Bank. Dostupno na: (<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0>).

Rad treba oblikovati prema sljedećim uputama:

- dokument pohraniti u programu MS Word (*.doc format);
- stranica standardne veličine (A4);
- obični prored za cijeli rukopis
- font Arial, 12 pt;
- sve margine 2,5 cm;
- ne koristiti nikakve stilove (ne koristiti bold slova);
- ne uređivati zaglavlje (Header) niti podnožje (Footer) dokumenta;
- obavezno brojučano označiti stranice;
- slike ili fotografije prilažu se u jednom od formata: *.jpg, *.bmp, *.tiff.

Rukopisi koji nisu u skladu s navedenim uputama biti će vraćeni autorima.

Ovim putem pozivamo sve autore da na adresu redakcije šalju sažetke svojih stručnih i znanstvenih radova objavljenih u međunarodnim publikacijama indeksiranim u literaturnim bazama podataka. Redakcija će objaviti sve pristigle sažetke izvornih radova domaćih autora.

Radujemo se Vašim priložima!

Redakcija

