

ISSN 1512-6706

**REVIJA ZA PRAVO
I EKONOMIJU**

**REVIEW FOR LAW
& ECONOMICS**

Godina 18. broj 2. Mostar 2017.

**REVIJA ZA PRAVO I EKONOMIJU
REVIEW FOR LAW AND ECONOMICS**

Izdavač – Publisher

Pravni fakultet, Univerzitet “Džemal Bijedić” u Mostaru

Za izdavača – For the Publisher

dekan prof. dr. Alena Huseinbegović

Uredništvo – Editorial Bord

prof. dr. Mirjana Nadaždin-Defterdarević
glavni i odgovorni urednik – Editor in Chief
prof. dr. Jozo Čizmić
prof. dr. Şebnem Gökçeoğlu Balci
doc. dr. Amra Mahmutagić
viša. ass. dr. sc. Emina Hasanagić

ISSN 1512-6707

Adresa uredništva: Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Univerzitetski kampus b.b.

Časopis izlazi polugodišnje. Radovi se klasificiraju i referiraju po UDC i JEL publikacijama, London, Pittsburgh i Sydney

SADRŽAJ:

IZVORNI NAUČNI RAD

prof. dr. Amra Mahmutagić

doc. dr. Šejla Maslo Čerkić

**POGLED NA OBLIKE RECEPCIJE, EVOLUCIJE I MODIFIKOVANJA
NAČELA I INSTITUTA RIMSKOG PRAVA 7**

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

prof. dr. Amra Jašarbegović

**UPRAVNI AKT KAO PREDMET USTAVNE ŽALBE – OSVRT NA
RJEŠENJA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU 27**

prof. dr. Rebeka Kotlo

**ULOGA, ZNAČAJ I RAZVOJ LJUDSKIH PRAVA U MEĐUNARODNIM
ODNOSIMA I PRAVU 44**

doc. dr. Denis Pajić

v.ass. mr. Sunčica Vejzović

**MEĐUNARODNI STANDARDI U OBLASTI ODUZIMANJA
IMOVINSKE KORISTI PRIBAVLJENE KRIVIČNIM DJELOM 61**

doc. dr. Živorad Rašević

**NOVELA ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE-KRITIČKI
OSVRT 86**

dr.sc.iur. Senad Defterdarević

**USLOVI ZA PRIMJENU MJERA OGRANIČAVANJA I LIŠAVANJA
SLOBODE IZBJEGLICA, TRAŽILACA AZILA I MIGRANATA PREMA
NORMAMA MEĐUNARODNOG PRAVA LJUDSKIH PRAVA 105**

viša ass. dr. sc. Emina Hasanagić

**OSTVARIVANJE PRAVA NA ODMORE I ODSUSTVA U RADNOM
ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE 120**

mr.sc. Elmida Burina

**PRIBLIŽAVANJEM EVROPSKOJ UNIJI DO IZGRADNJE
SUVERENITETA BOSNE I HERCEGOVINE 138**

viša ass. Ervina Halilović, Ma.

**UTJECAJ RIMSKOG PRAVA NA BRAK U SREDNJOVJEKOVNOJ
BOSNI 154**

IZVORNI NAUČNI RAD

Dr. sc. Amra Mahmutagić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

Dr. sc. Šejla Maslo Čerkić, docentica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru

POGLED NA OBLIKE RECEPCIJE, EVOLUCIJE I MODIFIKOVANJA NAČELA I INSTITUTA RIMSKOG PRAVA

Sažetak

U radu je izložen proces modifikacije rimskopravnih instituta od samih početaka koji se mogu tražiti počecima razvoja *ius genituma*, preko pretorove aktivnosti i uvažavanja načela pravičnosti (*aequitas*) do Justinijanovog prava koje je postepeno, u novim vidovima i oblicima, posebno onim za koje su zaslužni glosatori i postglosatori, u XV I XVI vijeku, opet postalo pozitivnim pravom u mnogim državama srednje i zapadne Evrope. Već ranije, uporedo su tekla dva historijska procesa u razvoju prava, formulisanje klasičnog kanonskog prava i oživljavanje rimskog prava, tako da će ova prava činiti osnovu opšteg srednjovjekovnog prava, kao i osnovni izvor modernih pravnih kodifikacija devetnaestog vijeka. Autorice u radu naglašavaju da primjena rimskih pravnih instituta u moderno doba ne bi bila moguća bez modifikovanja i prilagođavanja društvenopolitičkim okolnostima određenog historijskog ambijenta. Brojni su primjeri ovih transformacija: postepeno se, upravo pod uticajem kanonista, prihvata načelo da svaki, pa čak i neformalni ugovor, *pactum nudum*, stvara obavezu. Civilisti su prihvatili stanovište da su svi neformalni ugovori utuživi, uz pretpostavku da imaju pravni razlog - *causu*. Također, kupoprodaja uglavnom ostaje osnova za predaju stvari, dakle sa obaveznopravnim učinkom, dok se u modernom francuskom pravu, već priznaje kupoprodaji stvarnopravni učinak, vlasništvo prodane stvari prelazi na kupca trenutkom sklopljenog ugovora. Modifikovani instituti rimskog prava, omogućavaju njegovu primjenu i čine bogatstvo pravnih sistema, različitih kultura i tradicija evropskih naroda.

Ključne riječi: instituti rimskog prava, kanonisti, civilisti, modifikovanje načela rimskog prava, neformalni ugovori, evolucija, recepcija

1. Korijeni univerzalnosti i počeci modifikovanja rimskih pravnih instituta

Poslije drugog punskog rata, kada Rim postaje politički i privredni centar zemalja Sredozemnog mora, kada pravni saobraćaj postaje frekventniji, bilo je

gotovo nemoguće dosljedno provoditi u praksi princip personaliteta u važenju prava. Rimski pravници pokušavaju iznaći mogućnosti da se novonastale životne situacije podvedu pod odgovarajuće pravne norme, te da se omogućí pravni saobraćaj i pravna zaštita i za strance. Možemo reći da sa razvojem *ius gentiuma*, nastaju prvi oblici prilagođavanja instituta rimskog prava novim društvenopolitičkim okolnostima, tako se naziru korijeni prakse oblikovanja prava prema odgovarajućem historijskom ambijentu, pa ujedno i korijeni univerzalnosti rimskog prava, s obzirom na to da su rimski pravni instituti postali uvodom u evropsko pravo, ili pozitivno građansko pravo na fakultetima diljem Evrope. Rimski pravni instituti su tako „stigli“, do današnjih pozitivnih prava, kontinuirano se primjenjujući i prerađujući, sa brojnim naslagama i elegantnijim i praktičnijim rješenjima, oslobođenim od simbolike i formalizma.

Već *nexum* starog civilnog prava, gdje se sa dužnikom postupalo sa krajnjom oštrinom u slučaju da na vrijeme ne vrati zajam, primjenom *iuris gentiuma*, razvija se u neformalni zajam. Također se razvija i neformalna konsenzualna kupoprodaja, kod koje obavezni kupoprodajni ugovor nastaje već samim sporazumom o osnovnim elementima ugovora, predmetu i cijeni, nasuprot prethodne opterećene formalističke mancipativne kupnje, uz prisutnost petorice svjedoka, mjerača (*libripensa*) s vagon i izgovaranjem odgovarajućih formula (*gesta per aes et libram*). Kako peregrinski pretor nije bio vezan civilnim pravom, bila je u mogućnosti primjena jednostavnijih, gipkijih rješenja. Primjenjuju se postepeno i najbolja rješenja iz pravnih sistema provincija. Kupoprodaja, najam, društvena pogodba, dakle ugovori na kojima počiva robnonovčani promet, stekli su utuživost na osnovu samog neformalnog sporazuma. Može se reći da su to prve iznimke od formalizma ranog civilnog prava.¹ Primjenom načela pravičnosti (*aequitas*), stvorena su nova pravna pravila i zaštićeni novonastali odnosi u koje su stranke ulazile samo na osnovu savjesnosti i poštenja.

Kao pravosudni magistrat, pretor je imao odlučujuću ulogu u prvom dijelu formularnog postupka – *in iure*, u kojem je trebao odlučiti hoće li u konkretnom slučaju dati (*actionem dare*) ili uskratiti pravo na tužbu (*actionem denegare*). Držeći se načela pravičnosti, a postepeno sve više uvažavajući i načelo dobre vjere (*bona fides*), pretor stvara nova pravna pravila i pruža zaštitu novonastalim odnosima, usklađujući tako pravo sa potrebama stvarnosti.²

Rezultati pretorove aktivnosti su značili unosenje promjena u gotovo sve oblasti privatnog prava. U porodičnom pravu pretor je omogućio osobama pod vlašću *paterfamiliasa* da zaključuju poslove putem tužbi, u srednjem vijeku nazvanih *actiones adiecticiae qualitatis*. U stvarnom pravu stvorena je vrsta

1 Zdravko Lučić, Mirela Šarac, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006, str. 29.

2 S obzirom da pretor nije bio profesionalni pravnik, iza njegovih rješenja su obično stajali najučeniji pravници tog vremena. Njihova usaglašena mišljenja i odgovori na pitanja kojim odnosima treba dati zaštitu, postala su tako, na posredan način, osnovni izvor prava. George Mousourakis, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Laws of The Nations Series, 2003, Routledge, str. 187.

vlasništva nazvana pretorskim ili bonitarnim vlasništvom, sa manjim formalizmom u njenom prometu. Pretor je također zaslužan za stvaranje instituta državine (*possessio*). U nasljednom pravu dana je prednost krvnom, odnosno kognatskom srodstvu nad agnatskim, što je više odgovaralo promjenama u porodici. U obaveznom pravu, zaslužan je za stvaranje pretorskih paktova i bezimenih kontrakata. Uveo je i kategoriju pretorskih delikata kojima su spriječene prevare i nemoralna postupanja pri zaključenju i izvršenju pravnih poslova.³ Rimsko pravo se prilagođavalo zahtjevima vremena, a najveći broj novina donosi upravo period republike.⁴

U periodu principata, dolazi do procvata svih oblika kulturnog života, mnogi pravni instituti se uobličavaju, a civilno i honorarno pravo se stapaju u jedinstven sistem, te i dalje dolazi do oslobađanja od formalizma i apstraktnosti. Rimsku jurisprudenciju je postala izvorom prava.

U postklasičnom pravu, u doba dominata, dolazi do vulgarizacije prava, te feudalni elementi, nepoznati klasičnom pravu, prodiru u sve grane privatnog prava, a gubi se i samostalna aktivnost pravnika. Sve navedeno prati krizu i opadanje jedne civilizacije.

2. Vulgarizacija rimskog prava nakon pada Zapadnog Rimskog Carstva

Ekonomska osnova rimskog privatnog prava uništava se barbarskom invazijom, kada dolazi do propasti trgovine i gradova. Postepeno se oblikuje društvo zasnovano na zemljoradnji i prirodnoj proizvodnji, a sve to prati proces partikularizacije prava na načelima rodovsko-plemenskog personaliteta. Simbiozom već izivljenih robovlasničkih elemenata Zapadne rimske imperije i običaja i tradicija osvajačkih germanskih plemena, nastat će temelji zapadnoevropskog feudalizma, dok će bizantijski feudalizam nastati evolutivnim preobražajem robovlasničkog društva Istočne rimske imperije.

Personalni karakter prava preovladava u prvoj fazi zapadnoevropskog feudalizma. Različite etničke grupe su imale svoje pravo, a starosjedioci su se vladali po rimskom pravu. Personalni princip je bio logičan izraz klansko-plemenskog života, a njegova primjena je stvarala velike teškoće sudovima, s obzirom da su sudije morale poznavati plemenska prava, koja u početku nisu bila zapisana, te se važeći plemenski zakon na sudu određivao pitanjem: „*sub qua lege vivis*“ (po kojem zakonu živiš). „Kada su stranke bile iz različitih plemena,

3 Što se tiče sudskog postupka uvedene su četiri vrste tužbi, a iz kojih je vidljiva tehnika stvaranja novih pravnih pravila. Procesualna sredstva kao što su interdikti, pretorske stipulacije i povrat u prethodno stanje približila su pravo ideji pravičnosti. Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2000, str. 57.

4 Očuvanje kontinuiteta u pretorovoj aktivnosti, ali i evolucija usklađivanja prava i stvarnosti putem pružanja sudske zaštite novonastalim društvenim odnosima, omogućena je izdavanjem pretorovog edikta, koji je važio kao izvor prava. A. Arthur Schiller, *Roman law: mechanisms of development*, Walter de Gruyter, The Hague – Paris – New York, 1978., str. 430.

moglo je doći do sukoba zakona u načelu, pa je primjenjivan zakon tuženog. Kod ugovornih obligacija primjenjivalo se pravo dužnika, bez obzira da li je on tužilac ili tuženi, kod nasljedstva - pravo umrlog, kod starateljstva - pravo djeteta.⁵

Običaji će se početi zapisivati, a redakcije običaja dobijaju naziv zakona (*leges*). Uglavnom su pisani latinskim jezikom, jer su ih pisali sveštenici ili rimska inteligencija. Na osnovu toga čije se pravo reguliše, zakonici su dobivali odgovarajući naziv, te zbirke plemenskih običajnih prava čine „*leges barbarorum*“. Rimsko pravo ostaje kao personalni zakon za Galorimljane, te nastaju barbarski zbornici rimskog prava (*leges romanae barbarorum*), kao kompilacija carskih konstitucija i pravničkog prava, od kojih su najpoznatiji *Lex Romana Burgundionum* i *Lex Romana Wisigothorum*, sa početka 6. stoljeća. Dakle, za starosjedioce u Galiji i dalje je važno vulgarno rimsko pravo. „Svakako će to vulgarno rimsko pravo ne samo pretrpjeti utjecaj bliskih germanskih plemenskih prava, te i utjecaje franačkog državnog prava, nego će se javiti i razlike unutar tog rimskog prava: razlike ne samo prema italском pravu, nego i prema pokrajinama u kojima je u 6. stoljeću uveden *Corpus iuris civilis* (Italija, Istra).“⁶

Dolazit će do mnogobrojnih uticaja i međuticaja između germanskih prava, te, naravno, uticaja samog rimskog prava na plemenska prava. Upravo će sve to stvoriti jednu historijsku podlogu na kojoj će se temeljiti bogatstvo različitosti, ali i univerzalnosti evropske pravne tradicije.⁷ Običajne i moralne norme mnogobrojnih etničkih grupa, njihov kodeks ponašanja, ugradit će se u brojne zbornike barbarskog običajnog prava, koji će opet biti formulirani po uzoru na rimsko pravo. Ovim zbornicima je nedostajalo apstraktnosti i osjećaja za cjelinu. Uglavnom se radi o kazuističkom nabranjanju odredbi iz raznih oblasti krivičnog, imovinskog, bračnog i porodičnog prava, te nešto propisa organizaciono-upravnog karaktera. „Jedna franačka zbirka isprava iz VII stoljeća bilježi da je pravovaljano sve ono što „rimsko pravo uči, seoski običaj dopušta, a kraljevska vlast ne zabranjuje.“ Na osnovu ova tri autoriteta postepeno se razvija opće ili kraljevsko pravo, koje je nasuprot partikularnim pravima važno za cjelokupno stanovništvo, odnosno sve podanike jedne države.“⁸

5 Raifa Festić, *Opća historija države i prava*, Sarajevo, Studentska štamparija Sarajevo, 1998, str. 118.

6 Šefko Kurtović, *Opća povijest prava i države*, autor i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1994, str. 161.

7 O „unitarnosti“, odnosno univerzalnosti evropske pravne kulture i tradicije, te historijskim, društvenim i ideološkim razlikama unutar evropskog pravnog „entiteta“, bliže: Franz Wieacker, „Foundations of European Legal Cultrue“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, No. 1, 1990, str. 5-9.

8 Mustafa Imamović, *Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija*, Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2005, str. 71.

3. Recepcija rimskog prava u evropskim državama i izgradnja *ius commune*

Univerzalnoj evropskoj pravnoj podlozi, veliki doprinos dat će kanonsko pravo. Stanovništvo mnogih evropskih regija, u sferama bračnog i porodičnog prava i stvarima zakletvi, bilo je pod nadležnošću prava Katoličke crkve. Kanonistički pravници, kao predstavnici nauke, i pape kao zakonodavci, doprinose da kanonistička tradicija prerasta u cjelovit pravni sistem. Službeno izdanje zbirki kanonskog prava, pod nazivom *Corpus iuris canonici*, koje aludira na Justinijanovu kodifikaciju, izdaje papa Grgur XIII, 1580. godine, a sastavni dio ove zbirke je upravo *Decretum Gratiani (Concordia discordantium canonum)*, djelo Ivana Gracijana, profesora prava u Bolonji, napisano između 1120. i 1140. godine, zajedno sa papskim dekretima. Kanonsko pravo je znatno uticalo na kodifikaciju svjetovnog prava. „Srednjovjekovni pravници, sa svojim načinom razmišljanja koji je bio opterećen dogmatskom logikom, sa svojom težnjom ka sistematizaciji i uopćavanju, preradili su pravni sistem Rimljanja i dodali mu elemente koje on nije imao.“⁹

Istovremeno sa formulisanjem klasičnog kanonskog prava, teče proces oživljavanja rimskog prava. Kao rezultat razvoja trgovine, trgovačko-novčarske privrede i postepenog prodora buržoaskih odnosa u gradovima, rimsko pravo se počinje ponovno primjenjivati kao pozitivno pravo u mnogim državama srednje i zapadne Evrope. Trebalo je novonastale poslovne odnose koje donosi razvoj zanatstva, bankarstva, trgovine i svih oblika novčarskog poslovanja, podvest pod odgovarajuće pravne norme. Sadržajno siromašne norme feudalnog prava, takvim odnosima nisu odgovarale. Upravo ustanove rimskog prava o neprikosnovenosti i zaštiti privatne svojine, slobodi ugovaranja i slobodi oporučnog raspolaganja, odgovarale su potrebama kasnog srednjovjekovnog gradskog stanovništva. Kroz djelatnost glosatora i postglosatora, koji su već povezivali i nadopunjavali rimsko pravo pravnim teorijama već spomenutog kanonskog i germanskog prava, te ga prilagođavali praktičnim potrebama, stvoreni su preduslovi za recepciju rimskog prava. Postglosator Bartolus de Sassoferrato, kao tvorac takozvane teorije statuta, po kojoj se trebaju rješavati sporovi između prava pojedinih gradova, najviše doprinosi stvaranju srednjovjekovnog općeg prava, na bazi rimskog prava, te tako udara temelje kolizionim normama međunarodnog privatnog prava. „Sa recepcijom rimskog prava ostvaren je onaj bitan napredak koji je jedan engleski historičar označio kao prelaz od statusa na ugovor („*from status to contract*“).“¹⁰

Postupna i posredna recepcija odvijala se u Italiji, Francuskoj i dalmatinskim gradovima, a u Njemačkoj je do recepcije došlo neposrednim putem, na osnovu naredbe cara Maksimilijana I iz 1495. godine.¹¹

9 O. Stanojević, n.dj. str. 23.

10 M. Imamović, n.dj. str.141.-142.

11 Od presudnog značaja za neposrednu recepciju rimskog prava bila je temeljita obnova Vrhovnog komornog suda Svetog Rimskog Carstva (*Reichskammergericht*) koji je od 1495. godine imao suditi

Čak i u Engleskoj, u kojoj je recepcija rimskog prava zabranjena Mertonskim statutom 1236. godine,¹² i u kojoj je izgrađen sistem općeg prava (*common law*), umnogome različit od evropskog, od 14. stoljeća nadalje, došlo je do određenih oblika recepcije rimskog prava kroz sistem prava pravičnosti (*equity law*). *Equity law* je izgrađen djelatnošću lorda Kancelara i njegovog suda (*Court of Chancery*), koji je imao jurisdikciju na osnovu kraljevskog ovlaštenja u slučajevima kada stranke nisu mogle dobiti odgovarajući pravni lijek na redovnim *common law* sudovima.¹³ Pravila *equity* su svoju inspiraciju našla u rimsko-kanonskom pravu. Tako je, naprimjer, najvažnija ustanova *equity* sistema *trust* – „povjerno dobro“¹⁴, kao odnos u kojem prenosilac (*settlor*) prenosi pokretnu ili nepokretnu stvar u imovinu jedne ili više osoba (*trustees*), koji će je držati u korist jedne ili više drugih osoba – korisnika (*beneficiaries*), a koji mogu zahtijevati ostvarenje prava putem tužbe.¹⁵ Formalni nositelj prava vlasništva bio je *trustee* (*legal ownership*), koji je u stvarnosti bio obavezan upravljati imovinom isključivo u korist beneficijara koji su bili vlasnici po pravu pravičnosti (*equitable ownership*). U pogledu utvrđivanja obaveza upravitelja imovine date u *trust*, kancelari su se pozivali na rimskopravne rasprave o obavezama skrbnika odgovornog za upravljanje imovinom maloljetnog štitenika. U tom smislu je sudska praksa *equity* sistema bila „otvorenija utjecaju rimskog prava nego tradicionalni *common law*.“^{16 17}

„po općem pravu Carstva, kao i po čestitim, časnim i prihvaćenim propisima, statutima i običajima kneževina, gospodstava i sudova koji se pred njeg donose“. Ovo opće pravo (*gemeines recht*), ili *ius commune* Carstva bilo je ustvari rimsko pravo koje se imalo primijeniti u praksi uvijek kada se nije mogao navesti dokaz o nekom običajnom pravu regionalnog ili mjesnog važenja. Pošto je u praksi bilo izuzetno teško obezbijediti takav dokaz, te sudu nije uspjelo na osnovu vlastitih odluka izgraditi sudačko običajno pravo, primjena rimskog prava u Njemačkoj je postala nužnost. Bliže o tome: Peter Stein, *Rimsko pravo i Europa – Povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007, str. 97.

12 Rimsko pravo se u Engleskoj izučavalo i ranije, pa je tako Italijan Vacarius prvi koji je na Univerzitetu u Oxfordu predavao rimsko pravo sredinom 12. stoljeća.

13 Osnovni nedostatak postupka pred *common law* sudom bio je što je za pokretanje postupka bio potreban odgovarajući *writ* (nalog, unaprijed predviđeni obrazac), pa su stranke u nedostatku odgovarajućeg *writ*-a ostajale bez pravne zaštite. Osim toga, sve presude *common law*-a, slično formularnom postupku klasičnog rimskog prava, glasile su na novac. To je značilo da *common law* nije mogao narediti određeno (nenovčano) činjenje, propuštanje ili ispravak ili poništenje neke isprave.

14 Fikret Karčić, *Komparativna pravna historija*, drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012, str. 116.

15 *Oxford Dictionary of Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2001, str. 509.-510.

16 P. Stein, n.dj. str. 100.

17 Za razliku od rimske fiducije koja je nastajala formalnim pravnim poslom, *trust* se mogao izvesti iz pretpostavljene volje stranaka ili odluke suda zasnovane na pravičnosti. Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Pravni fakultet sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1998, str. 8. Citirano prema: Zrinka Radić, „Uzroci heterogenosti besposjedovnih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, god. 52, 4/2015, str. 1016.

Osim u Italiji, Francuskoj i Njemačkoj, do recepcije dolazi i u Holandiji, te Škotskoj.¹⁸ Kao opće ili pandektno pravo, recipirano rimsko pravo je bilo u upotrebi, u nekim područjima Njemačke, sve do početka 20. stoljeća, do stupanja na snagu novog Građanskog zakonika. Naravno, ono je usklađivano sa potrebama prakse, modernizirano, odnosno germanizirano, pa se kao takvo, od polovine 17. stoljeća, nazivalo *usus modernus Pandectarum*.¹⁹ (usp. Mirela Šarac, Zdravko Lučić, *Rimsko privatno pravo*, str. 45.-48., Mustafa Imamović, n.dj. str. 141.-142., Obrad Stanojević, n.dj. str. 105.-106., Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1977., str. 38.-40.).

Rimsko i kanonsko pravo čine opšte srednjovjekovno pravo (*ius commune*) evropskih kontinentalnih zemalja, dakle osnovu budućih pravnih sistema evropske tradicije. Kanonsko i rimsko pravo izučavani su zajedno na nastajućim evropskim pravnim fakultetima, koristili su isti kategorijalni aparat i jezik, te se evropsko srednjovjekovno pravo može razumjeti samo putem izučavanja ove dvije komponente. Katoličko crkveno pravo se kodificira tek 1917., kada nastaje *Codex iuris canonici*. U Njemačkoj je recepcija pomognuta, kako smo već napomenuli, od strane samog vladara, carevi u Njemačkoj su je pomagali iz objektivnih razloga kao i iz vlastitih subjektivnih težnji, smatrajući se, kao carevi „Svetog Rimskog Carstva Njemačke Narodnosti, nasljednicima rimskih careva.“²⁰

U srednjovjekovnom pravu, mješavinom rimskog i barbarskog prava dolazi se do mogućnosti sticanja imovine putem zastarjelosti, a inače, najčešći način otuđenja je prodaja. Na jugu je bio jači uticaj rimskog prava (*droit écrit*), dok je na sjeveru preovladavao običaj (*droit coutumier*). Zakup (prekarium) se sklapao pod uslovom sanse, u karolinškoj epohi je ograničen na pet godina, da bi se poslije pretvorio u zavisnu baštinu, te se javljao i kao neka vrsta doživotnog osiguranja. Hipoteka, kao najčešći oblik zaloga, bila je slična današnjoj, sa bitnom razlikom - ostajala je tajnom. Založno pravo srednjovjekovlja kretalo se u smjeru modificiranja rimskog uređenja zaloga pravilima srednjovjekovnog germanskog prava. Počeci tog rada vidljivi su u upisivanju založnog prava na nekretninama u zemljišne knjige. Značajan doprinos bio je i praksa notara, koji su razvili do tada rimskom pravu nepoznate klauzule ugovora o zalaganju. To je značilo postepeno udaljavanje uređenja instituta založnog prava od rimskog uređenja.²¹ U mlinskoj industriji, u pomorstvu i bankarstvu, najčešće je korišten moderni solidarni

18 Kao primjer mješovite pravne kulture, u Škotskoj je centralni sud – *Court of Session* 1532. godine preuzeo pisani postupak po uzoru na kontinent, a škotski pravници, obrazovani na tradicijama rimskog prava koje se podučavalo na evropskim univerzitetima, iniciraju primjenu *ius commune* Evrope, u odnosu na *common law* Engleske, u situacijama u kojima nije bilo moguće primijeniti škotsko običajno pravo. Smatralo se da je ovaj pravni izvor primjeren životnim problemima 16. stoljeća, posebno sve većem trgovačkom prometu, te u tom smislu rimsko pravo nije imalo „neke konkurentne uporabljive alternative.“ P. Stein, n.dj. str. 99.

19 Blježe o tome: Antonio Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, str. 288.-291.

20 R. Festić, n.dj. str. 108.

21 Nikola Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 21. Citirano prema: Z. Radić, n. dj. str. 1015.

ortakluk, iz koga su se razvila savremena akcionarska društva. Rimske tradicije su se strogo poštovale što se tiče imovinskog bračnog režima, a u zemljama običajnog prava, dakle na sjeveru, preovladavali su barbarski uticaji. Isto se tako rimsko pravo primjenjivalo u oblasti nasljednog prava, a u područjima običajnog prava, barbarska prava nastoje istisnuti pobočne srodnike i ojačati pravo braće. Postepeno će ipak preovladati rimski instituti, te će se sve više primjenjivati i testament kao akt posljednje volje.^{22 23}

4. Justinijanove modifikacije rimskog prava

Već je Justinijanovo pravo, bez obzira na njegove težnje ka oživljavanju klasičnog rimskog prava, donijelo niz modifikacija i novih oblikovanja klasičnih pravnih instituta.

U istočnom dijelu rimskog carstva, postojale su potpuno drugačije društvenopolitičke i privredne okolnosti, u odnosu na zapadni dio. Gradovi su bili, još uvijek, važna trgovačka čvorišta, i sama proizvodnja na prilično visokom nivou. U takvim okolnostima, u kojima se razvijaju i razni oblici kulture, naravno da je i pravo dobivalo umnogome drugačija obilježja u odnosu na pravo u zapadnom dijelu carstva. Rimski klasični pravници su uglavnom bili praktičari koji žele na što pravedniji način riješiti svaku situaciju koja se pojavljivala pri sklapanju poslova, dok u istočnom dijelu carstva pravници nastoje da ipak rimskim institutima pridruže i sa filozofskog stanovišta, te da moralno i pravnodogmatski, pravne ideje i ustanove uklope u sistemske oblike. Justinijanova kodifikacija je predstavljala plodno tlo za izučavanje glosatorima i postglosatorima, za prilagođavanje potrebama vremena i najzad praktičnu primjenu u novim robnonovčanim proizvodnim odnosima, sa neprikosnovenom privatnom svojinom.²⁴ Kompilatori su mijenjali klasične tekstove, na način da se prije svega uklanjaju već davno nestale pravne ustanove. Tako su umjesto *mancipatio* uvodili *traditio*, umjesto *fiducio*, *pignus*, a *in iure cessio* prelazi u *cessio*.

I. Stvarno pravo. Justinijanovo pravo je također četiri samostalna prava na tuđoj stvari svrstalo u kategoriju osobnih služnosti: *ususfructus*, *usus*, *habitatio*

22 M. Imamović, n.dj. str.75.-76.

23 Aktualno pitanje srednjovjekovnih pravnih rasprava ticalo se pravnog značaja opoziva oporuke u svjetovnom (rimskom) i kanonskom pravu. Tako su pravници u području rimskog prava naglašavali načelo slobode oporučivanja, što je značilo da oporučitelj mora imati pravo promijeniti volju i opozvati prijašnju oporuku novom izjavom, sve do svoje smrti. Kanonisti su, pak, smatrali da oporuka potvrđena zakletvom oporučitelja mora biti izvršena, odnosno ne može biti opozvana naknadom izjavom. Bartolus je smatrao da pravo uopšte ne bi trebalo dozvoliti neopozivu oporuku, i na taj način ograničiti slobodu oporučnog raspolaganja. S druge strane, uvažio je i kanonsko pravo pa je zastupao gledište prema kojem je zakletva protivna dobrim običajima (*contra bonos mores*) ako oporučitelju oduzima slobodu oporučivanja, pa nije obavezujuća ni po kanonskom pravu. Ovo Bartolovo prilagođavanje rimskog i kanonskog prava je naposljetku postalo općeprihvaćenim. P. Stein, n.dj. str. 82.

24 Bliže o tome, Mile Boras, Luj Margetić, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1980, str. 254.-256., R. Festić, n.dj. str. 21.-23.

i *operae servorum vel animalium*. Osjeća se i imperativni stil koji ne odgovara tekstovima klasičnih pravnika. Često su kompilatori određeni tekst preinačavali na takav način da je novi tekst imao potpuno suprotno značenje od originalnog. Uvaženi autori, Boras i Margetić, ističu primjer koji se odnosi na Dioklecijanovu konstituciju, gdje se u tekstu navodi: „Ako si darovao vlasništvo provincijalnih zemljišta tako da se poslije smrti primaoca tebi vrati, darovanje je nevaljano jer se ne može prenositi vlasništvo na određeno vrijeme (itd.)“. Kompilatori Kodifikacije su interpolirali: „Ako si darovao vlasništvo zemljišta tako da se poslije smrti primaoca tebi vrati, darovanje je valjano, jer se to može učiniti na određeno ili neodređeno vrijeme, dakako pridržavajući se odredaba koje su mu (tj. obdarenom) postavljene.“ Dakle, ovdje se prilagođava odredba o prenosu vlasništva, zato što se u Justinijanovo doba priznaje prenos vlasništva na određeno vrijeme. Boras i Margetić naglašavaju da su kompilatori izvršili samo najnužniju interpolaciju zbog promjene shvaćanja, pridržavajući se inače originalnog teksta.²⁵

Što se tiče stvarnog i obaveznog prava, dolazi do niza promjena, naravno, sve u cilju olakšavanja i pojednostavljenja pravnog prometa. Od nestanka razlikovanja između *res Mancipi* i *res nec Mancipi*, ukidanja dvostrukog oblika vlasništva, s obzirom da je *dominium ex iure Quiritium*, već u klasično doba izgubio svaki smisao, pa se dosljedno pokušavala provesti ideja jedinstvenog tipa vlasništva, ukidanja dvogodišnje *usucapio* italjskih zemljišta, do stapanja instituta *usucapio* i *longi temporis praescriptio*, te uvođenja *longissimi temporis praescriptio*, kojom se dopušta sticanje prava vlasništva posjednicima koji su, bez pravne osnove, posjedovali zemljište 30 ili 40 godina. Justinijanovo pravo dozvoljava i da vlasnik koji je izgubio posjed stvari podigne tužbu i protiv onih koji uopšte ne drže stvar, ali su u nepoštenom ponašanju (npr. protiv osobe koja zlonamjerno napusti posjed sporne stvari, ili koja zlonamjerno tvrdi da je posjednik stvari, a nije).

U Justinijanovom pravu se založno pravo ponovno svrstava u kategoriju prava na tuđoj stvari, a hipoteka vremenom postaje opće sredstvo za zalaganje stvari svih vrsta, naročito zemljišta. Inače se povećava broj generalnih zakonskih hipoteka.

II. Odgovornost. U pogledu odgovornosti, osnovna podloga njenih raznih oblika temelji se na shvatanju da je odgovornost subjektivna, odnosno, da se zasniva na krivnji. Ponekad se odgovornost za *dolus* proširuje i na krajnju nepažnju, dakle, *culpa lata*, a čak se pojavljuje mogućnost odgovornosti za onu nepažnju koju određeni dužnik ne bi upotrijebio u vlastitim stvarima (*culpa levis in concreto*). Takav je slučaj odgovornosti ortaka kod *societasa*. U određenim slučajevima se po klasičnoj kustodiji odgovaralo bez obzira na krivnju, a dužnik je bio oslobođen odgovornosti samo u slučaju više sile.²⁶

III. Obligaciono pravo. Postoji niz izmjena koje se tiču ugovora o kupoprodaji, a istaknut ćemo ovdje da je Justinijanovo pravo odobrilo prodavcu

25 M. Boras, L. Margetić, n.dj. str. 259.

26 Više o krivnji i njenim modifikacijama u Justinijanovom pravu: M. Šarac, Z. Lučić, n.dj. str. 198.-202., M. Boras, L. Margetić, n.dj. str. 266.-269.

moгуćnost da traži poništenje ugovora o prodaji, ako je cijena bila manja od polovine vrijednosti stvari, ali je ujedno kupcu dozvolio da plaćanjem pune vrijednosti zadrži valjanost ugovora (*laesio enormis*).

Kod darovanja, Justinijanovo pravo određuje da je puko usmeno obećanje darovanja valjano i da je upis u javne knjige potreban samo za darovanja iznad 500 solida.

Prošireno je i područje primjene kompenzacije, dakle, teži se izbjegavanju spora i sužavanju njegovih mogućnosti. Tako je kompenzacija dozvoljena u svim vrstama tužbi, te je određeno da ona nastupa *ipso iure*, pa tužitelj mora utužiti samo saldo međusobnih potraživanja, a sudac mora uzeti u obzir likvidna protupotraživanja, tj. ona koja se mogu neposredno dokazati.

Uvedeno je i opće načelo „*beneficium divisionis*„, tj. ovlaštenje da svaki sdužnik odgovara samo za svoj dio duga. Također, kod jamstva se uvode dvije važne novine, koje ističu autori Boras i Margetić: „Kod jamstva uveo je Justinijan dvije izvanredno važne novine, tj. *beneficium excussionis (ordinis)*, po kojem je vjerovnik morao najprije tužiti glavnog dužnika i tražiti protiv njega izvršenje pa tek nakon toga tražiti namirenje duga od jamca, i *beneficium cedendarum actionum*, po kojem je jamac nakon što je platio dug mogao tražiti od vjerovnika da mu ustupi svoj zahtjev protiv dužnika.“²⁷

Niz novina u Justinijanovom pravu uvedeno je u oblasti inominantnih kontrakata. Tako je kod prekarija prekarist ranije bio zaštićen posebnim interdiktima prema trećim osobama. Zaštita, naravno, nije postojala u odnosu na davaoca stvari: ako ne bi na opoziv vratio stvar, oduzimala bi mu se interdiktom „*de precario*„, s obzirom da je prekaristov posjed, momentom opoziva, postao viciozan. Još u kasno carsko doba, prekarij je uvršten među inominantne kontrakte, a u Justinijanovom pravu, povratak stvari se, osim putem interdikta, može tražiti i obaveznom tužbom (kondikcijom *incerti, id est praescriptis verbis*).²⁸

Kod *condictio sine causa*, Justinijanovo pravo uvodi neke nove općenite oblike kondikcija, kao što su *condictio ex lege*, kojom se ostvaruju novi, na zakonu osnovani, obavezni zahtjevi, za koje nije bila predviđena posebna *actio*. Također se uvodi *condictio certi generalis*, kao mogućnost ostvarivanja svakog obaveznog zahtjeva na *certum*, bez obzira da li se osniva na kontraktu, kvazikontraktu ili deliktu, kao što je *furtum*, koju opet Justinijanovo pravo svodi na dva oblika: *furtum manifestum* i *furtum nec manifestum*, a pojam krađe će se krajem razvitka rimskog prava, suziti na oduzimanje pokretne tjelesne stvari-*furtum rei*.²⁹

IV. Nasljedno pravo. Što se tiče nasljednog prava, napomenuli bi da je još tokom carskog prava, sve veći značaj počelo da dobiva krvno srodstvo, da bi u Justinijanovom pravu potpuno potisnulo agnatsko srodstvo. Postavljanje nasljednika nije više moralo biti na početku oporuke. Inače, oporuka se oslobađa

27 M. Boras, L. Margetić, n.dj. str. 273.

28 O novinama kod inominantnih kontrakata, vidjeti više: Marjan Horvat, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1977, str. 284.-287.

29 Bliže o tome, M. Horvat, n.dj. str.295.-297., M Šarac, Z. Lučić, n.dj. str. 272.

od formalnosti, čak su bile valjane i usmene oporuke, ako bi ostavitelj očitovao posljednju volju pred sedmoricom svjedoka. Oporuka se mogla izdiktirati na zapisnik kod municipalnog službenika. Novelama 18 i 115, Justinijan je ponovno uredio nužno nasljedno pravo.³⁰

U slučaju iznasljeđenja, oporučitelj je morao u oporuci navesti razloge iznasljeđenja, a ako ovlaštenik na nužni dio osporava razlog iznasljeđenja, oporučni nasljednik je morao taj razlog i dokazati. Justinijan je podrobno pobrojao razloge iznasljeđenja. Iako je ovo nabrojanje imalo niz nedostataka, s obzirom da su se mogli u praksi pojaviti i drugi, vrlo opravdani razlozi koji se više nisu smjeli uzeti u obzir, jer je sudija bio vezan zakonodavčevim nabrojanjem, ono je uglavnom poštovano u raznim dijelovima Evrope u srednjem vijeku. Justinijan uvodi i „*transmissio Justiniana*“, prema kojoj svaki nasljednik, i oporučni i neoporučni, koji je umro prije prihvata nasljedstva, prenosi svoje pravo na svog nasljednika koji mora prihvatiti to nasljedstvo u roku od godinu dana. Također je uvedena i „*beneficium inventarii*“, kojom nasljednik može ograničiti svoju odgovornost za ostaviteljeve dugove na visinu ostavštine. U tom slučaju, morao je u roku od 30 dana nakon otvaranja oporuke započeti sa popisom ostavštine i dovršiti ga u roku od daljnjih 60 dana.³¹

Uvedena je i kvazipupilarna supstitucija (*substitutio quasi pupillaris*), kod koje oporučitelj svom duševno bolesnom descendantu, određuje nasljednika. Ako bi duševno bolesni ozdravio, ili imao potomka koji je duševno zdrav, kvazipupilarna supstitucija nije uzimana u obzir. Kako naglašavaju autori Boras i Margetić, u nasljednom pravu, Justinijanove reforme još više udaljavaju rimsko pravo od starog civilnog prava grada-države, nego što to čini postklasično pravo, te rimsko nasljedno pravo „postaje subjektivno imovinsko pravo nasljednika, kojim on povećava svoju imovinu.“³²

5. Modificiranje rimskih pravnih instituta u bizatskim zbornicima nakon Justinijana

U Bizantiji je, tokom 7. i 8. stoljeća, pored određene primitivizacije u razvitku prava, crkvena borba za vrijeme dinastije „ikonoboraca“, ishodila donošenje Ekloge, priručnika kojeg car Lav III izdaje s ciljem „da u pravo uvede kršćanska načela“.³³ Ekloga je izdata 739. godine sa odredbama o ograničenju smrtno kazne, o obaveznom crkvenom braku, sa veoma otežanim razvodom, o povećanoj zabrani stepena srodstva kao bračne smetnje sa četiri na šest, o poboljšanju ženinog statusa, itd. U odredbama ovog zakonika, vidljivo je preveliko

30 Tekst Novela dostupan na: College of Law George W. Hopper Law Library, <http://www.uwo.edu/lawlib/blume-justinian/ajc-edition-1/novels/novels1-20.html>, pristupljeno 31.10.2017.

31 M. Boras, L. Margetić, n.dj. str. 275.-278.

32 M. Boras, L. Margetić, n.dj. str. 278.

33 M. Imamović, n.dj. str. 86.

zastupanje tjelesnih kazni koje nisu postojale u Justinijanovom pravu, ali u većini slučajeva upravo se radi o zamjeni za smrtnu kaznu. „Ovo se tretira dvojako, kao uticaj kršćanstva koje propagira da se svaki čovjek može popraviti pa i svaki prekršitelj zakona, te se stoga zapriječene smrtne kazne zamjenjuju tjelesnim, a s druge strane vidljivo je da su tjelesne kazne i njihovi oblici upliv starih prava istočnih naroda.“³⁴ Nakon pada Isavrijanaca, Ekloga se izbacuje iz zvanične upotrebe, ali se faktički još dugo primjenjuje u praksi. U Bugarskoj i Moravskoj postoji kompilacija Ekloge u slavenskom prevodu, i to kao „Zakon sudnji ljudem“, a odredbe Ekloge i Zemljoradničkog zakonika sadržane su u srpskom zborniku iz devetog stoljeća - „Zakoniku cara Justinijana“.³⁵ Isavrijanci su izdali još i Vojni zakonik, Pomorski ili Rodoski zakonik i Zemljoradnički zakon, naravno, sve u skladu sa običajima i zahtjevima vremena.

Carevi makedonske dinastije ponovo se primiču Justinijanovom pravu. Car Vasilije I, krajem devetog stoljeća, izdaje Prohiron, kao pravni zbornik koji odstupa od Ekloge, a iz kojeg je vidljiv očigledan povratak Justinijanovom pravu. Ovaj zbornik je izložen u povećanom broju od 40 titulusa - glava, a najveći dio zbornika predstavljaju odredbe građanskog prava. Prohiron je često preveden, te je kao takav uticao na razvitak prava okolnih naroda, posebno Srba, i to pod nazivom „Zakon gradski“. Prohiron je urađen na osnovu Justinijanovih Institucija, a posebno je služio kao priručnik sudijama. Zamijenivši Eklogu preuzeo je iz nje niz odredbi, posebno iz nasljednog, krivičnog i procesnog prava.³⁶

Kao prečišćeni Prohiron, car Vasilije I ubrzo donosi Epanagogu, također sa sadržajem od 40 glava, ali većom sistematičnošću. Kao potpuna novina, u oblasti javnog prava, kroz dvije glave, reguliše se položaj cara i carigradskog patrijarha, tako da se zakonski uvodi skoro jednaka snaga njihove moći. „Ovo učenje o državi i crkvi formulisao je patrijarh Fotije kao tzv. teoriju simfonije (*sacerdotium et imperium*), odnosno suglasja cara i svećenstva. Neki autori u ovim odredbama vide preteču onoga što će se naći u prvim pretečama ustavnih dokumenata u svjetskoj pravnoj povijesti pa je nazivaju i bizantskom *Magna Carta Libertatum*“.³⁷

Kao najveće djelo makedonske dinastije, donose se Basilike - zbornik od 60 knjiga koji po obimu prevazilazi i samu Justinijanovu kodifikaciju. Čitava građa Justinijanovog *Corpusa* je prevedena na grčki, raspoređena po novom sistemu i popunjena svim Novelama i „sholijama“, od 6. do kraja 9. stoljeća, odražavajući prilagodbu feudalnom Bizantu.

Najmanje izmjena u Bizantu je pretrpjelo obligaciono pravo, ugovori su uglavnom pismeni, uz prisustvo pet do sedam svjedoka, a poklon se nije upisivao u javne knjige. Inače su se kontrakti u praksi sveli na realne i konsenzualne. Zabranjen je anatocizam (kamata na kamatu), a uobičajena kamata na zajam je bila

34 Dževad Drino, *Komparativna pravna historija*, vlastito autorsko izdanje, Zenica, 2016, str. 123.

35 Isto.

36 Isto, str. 124.-125.

37 Isto, str. 125.

4% godišnje. Maksimalna kamata je iznosila 12%, što govori o crkvenom uticaju u regulisanju ugovora o zajmu.³⁸ Taj crkveni uticaj je naročito vidljiv u oblasti bračnog i porodičnog prava, koje se najviše mijenjalo u odnosu na naslijeđene rimske institute. Povećani su zabranjeni stepeni srodstva za sklapanje braka u odnosu na rimski period, a pravoslavna crkva, za razliku od katoličke, dozvoljava razvod.

U nasljednom pravu su prihvaćeni principi Justinijanovog prava, testamentalno nasljeđivanje je imalo prednost pred zakonskim, prvo su nasljeđivali descendenti, pa ascendenti, a potom pobočni srodnici. Autor Drino ističe jednu zanimljivost u vezi sa tendencijom u Bizantu ka sticanju velikih crkvenih imanja: „Za sticanje velikih crkvenih imanja zaslužna je novela Konstantina Porfirogeneta koja propisuje da jedna trećina imovine osobe koja je umrla bez testamenta i bez potomaka pripada crkvi, 'za spas duše'”.³⁹

Uticaj hrišćanstva na krivično pravo, kao što smo već napomenuli, naročito se osjeća u pogledu kažnjavanja, smrtna kazna se ograničava, ali je puno šire korištenje tjelesnih kazni u odnosu na rimsko pravo.⁴⁰

6. Modifikovano rimsko pravo kao izvor modernih građanskih kodifikacija

U većini država srednje i zapadne Evrope, buržoaska prava se temelje upravo na Justinijanovoj kodifikaciji, naravno u onim oblicima koja su rimskom pravu dali, kao što smo već ranije napomenuli, glosatori i postglosatori. Rimsko pravo je tako, sa svojim temeljnim načelima o neprikosnovenosti privatne svojine, slobodi ugovaranja i slobodi oporučnog raspolaganja, koja su upravo odgovarala nadolazećoj buržoaskoj klasi, potisnulo domaća partikularna prava. Pod uticajem romanističke tradicije, nastale su brojne moderne kodifikacije, koje su počivale na slobodi privatno-pravnih odnosa od državne kontrole i na slobodi ekonomskih aktivnosti. Osnovni izvor Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine je rimsko pravo, posebno u pogledu odgovornosti, zakonskog nasljeđivanja i imovinskog prava. Naravno, kao što smo već spominjali, rimsko pravo je bilo historijsko nasljeđe njemačkih zemalja, pa je logično bilo izvorom Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine. Posebno je vidljiv uticaj rimskog prava u dijelu koji se bavi obligacijama u Njemačkom građanskom zakoniku iz 1896. godine. Švicarski građanski zakonik iz 1907. godine temelji se, između ostalog, na učenju njemačke pandektističke škole, dakle na konceptima rimskog prava, premda u Švicarskoj nije bilo sveobuhvatne recepcije rimskog prava. Također, na romanističkoj pravnoj tradiciji, temelje se i talijanski Codice Civile iz 1865., španjolski iz 1889., te japanski građanski zakonik iz 1898. godine.

38 Isto, str. 126.

39 Isto.

40 Bliže o tome: F. Karčić, n.dj. str. 92., Dž. Drino, n.dj. str. 126.-127.

Što se tiče samih rimskih instituta na kojima se moderne kodifikacije temelje, naravno da su mnogi oblikovani i prilagođeni zahtjevima društvenopolitičkih okolnosti u pojedinim državnopravnim okvirima. Tako, recimo, dok su glosatori pod pojmom *causa* podrazumijevali onaj pravni posao zbog kojeg upravo i dolazi do sastavljanja obavezujuće isprave, već postglosator Baldus de Ubaldis smatra da je *causa* ona okolnost koja dokazuje ozbiljnost volje kod saugovarača. „Tako se dogodilo da su civilisti već u XV stoljeću postepeno prihvatili načelo da su svi neformalni ugovori utuživi, a ne samo ona četiri rimska konsenzualna ugovora, ali uz pretpostavku da imaju pravni razlog - *causa*.⁴¹ Kauza je u većini modernih zakonodavstava prihvaćena kao jedan od konstitutivnih elemenata valjanosti obaveznih ugovora. Međutim, kod nekih zakonodavstava, kao što je slučaj sa Njemačkim građanskim zakonikom, izbacuje se pojam kauze kao nepotreban.

Kod kupoprodaje rimskog i klasičnog i Justinijanovog prava, između ostalog, obilježja su da je ona obaveznopravni ugovor, dakle da na osnovu valjane prodaje dužnik ima samo obavezu da preda kupljenu stvar, dok je glavna obaveza prodavca da osigura kupcu miran posjed kupljene stvari, ne da mu prenese vlasništvo (samo mogućnost njegove dosjelnosti), te da na kupca prelazi opasnost slučajnog pogoršanja ili propasti stvari već trenutkom sklapanja prodaje. Međutim, u pojedinim pravnim sistemima, kao što je francuski, ipak se kupoprodaji priznaje i stvarnopravni učinak, pa već samim trenutkom sklapanja ugovora, vlasništvo prodane stvari prelazi na kupca, dakle odstupa se od jednog od osnovnih obilježja kupoprodaje, tj. da je prodavac dužan samo predati kupljenu stvar.

Ipak se zadržava karakteristika kupoprodaje da na kupca prelazi opasnost slučajnog pogoršanja ili propasti stvari, već trenutkom sklapanja ugovora. Što se tiče njemačkog modernog zakonodavstva, naročito je, kao što smo već spomenuli, uticaj rimskog prava bio izražen u oblasti obligacija. Sam Njemački građanski zakonik je bio rezultat učenja Njemačke pandektističke škole, i to, kako navodi autor Karčić, „... po svom jeziku, metodi, strukturi i konceptima – *dijete* dubokog, preciznog i apstraktnog učenja Njemačke pandektističke škole, sa svim prednostima i nedostacima koje ona podrazumijeva“⁴². Zakonik izražava formalnu slobodu i jednakost ugovornih strana, a samo su rijetke odredbe štatile ekonomski slabiju stranu u ugovorima. Tako recimo, čl. 138, između ostalog, propisuje da su ugovori nevaljani ako su *contra bonos mores*.⁴³ Prema modernom njemačkom pravu, prodavac se kod ugovora o kupoprodaji obavezuje ne samo na predaju stvari, kao u rimskom pravu, nego se prodavac obavezuje kupcu pribaviti i vlasništvo. Također je drugačije regulisana u odnosu na odredbe rimskog prava, opasnost slučajnog pogoršanja ili propasti stvari, tako da kod pokretnosti opasnost prelazi na kupca tek predajom prodane stvari, a kod nekretnina, upisom u javne knjige.

41 M. Boras, L. Margetić, n.dj. str. 283.

42 Fikret Karčić, *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006, str. 59.

43 Isto.

7. Zaključak

Tradicija rimskih pravnih instituta predstavlja najznačajniji dio cjelokupne pravne baštine evropskih naroda. Već od najstarijih vremena, kada Rim širi svoje uticaje van granica Apeninskog poluotoka, kada robnonovčani odnosi postaju frekventniji, kada trgovina, zanatstvo, bankarstvo i svi oblici novčarskih poslovanja dostižu takav nivo da se nametala potreba za detaljnom analizom i preciznom razradom i regulisanjem osnovnih pravnih instituta i odnosa, stvara se bogata podloga raznovrsnosti, ali i univerzalnosti rimskih pravnih instituta. Rimski pravници pokušavaju iznaći mogućnosti da se novonastale životne situacije podvedu pod odgovarajuće pravne norme. Stižući tako do današnjih pozitivnih prava, naravno, sa brojnim modifikovanjima i usklađivanjima sa potrebama odgovarajućih društvenopolitičkih okolnosti, rimski pravni instituti postaju najsvršenija forma pravne univerzalnosti.

Prve iznimke od formalizma starog civilnog prava bile su već u pogledu utuživosti najčešćih ugovora, dakle ugovora na kojima počiva pravni promet, kupoprodaje, najma, te društvene pogodbe. Ovi ugovori su stekli utuživost već na osnovu samog neformalnog sporazuma. Postepeno su, primjenom načela pravičnosti (*aequitas*), zaštićeni i novonastali odnosi u koje stranke ulaze samo na osnovu savjesnosti i poštenja. Stvaraju se nova pravna pravila pretorovom aktivnošću, te se pravo usklađuje sa stvarnošću. Nastale su promjene u porodičnom, stvarnom, obaveznom i nasljednom pravu, a sve u cilju uvođenja novih sredstava za zaštitu subjektivnih prava (*condictio, querella, interdictum, restitutio in integrum, exceptio*), te pojednostavljenja postupka i uopšte pravednije pravne zaštite. Najveći broj novina donosi period republike, gdje se pravna nauka razvila van aparata državne vlasti, kao privatna djelatnost vladajućeg sloja, koji upravo to bavljenje pravom smatra aktivnošću koja dolikuje uglednim ljudima. U prvom stoljeću pr.n.e. dodijeljeno je rimsko građanstvo Latinima, pa se tako i proširio krug punopravnih rimskih građana. Rimljani zajedno sa Latinima osnivaju kolonije, učvršćuju svoju vlast i šire svoju kulturu, a sama pravna nauka republikanskog perioda, dostiže visok nivo. U periodu principata, dolazi do procvata svih oblika kulturnog života, civilno i honorarno pravo se stapaju u jedinstven sistem, a rimska jurisprudencija postaje izvorom prava. Ipak će u periodu dominata feudalni elementi, nepoznati klasičnom pravu, prodrijeti u sve grane privatnog prava, te će tako doći do njegove vulgarizacije. Kasnije, postepenim prodorom buržoaskih odnosa u gradovima, rimsko se pravo počelo ponovno primjenjivati kao pozitivno pravo u mnogim državama srednje i zapadne Evrope. Njegovi osnovni postulati o neprikosnovenosti i zaštiti privatne svojine, slobodi ugovaranja te oporučnog raspolaganja, odgovarali su potrebama kasnog srednjovjekovnog gradskog stanovništva. Kroz djelatnost glosatora i postglosatora, stvoreni su preduslovi za recepciju rimskog prava, te se udaraju i temelji kolizionim normama međunarodnog privatnog prava. Istovremeno sa

oživljavanjem rimskog prava, formulišu se norme klasičnog kanonskog prava, što će zajedno dati osnovu opšteg srednjovjekovnog prava (*ius commune*) evropskih kontinentalnih zemalja.

Niz modifikacija donosi Justinijanovo pravo, od statusnih, pa do stvarnopravnih, obligacionih, krivičnih, tenasljednopravnihodnosa, prilagođavajući tako pravne institute sveukupnom političkom, privrednom i društvenom miljeu. Tako su kompilatori zastarjele pravne institucije zamijenili novim, pa je tradicija zamijenila mancipaciju, *pignus* fiduciju, a *in iure cessio* prelazi u novi institut – *cessio*. Također, krvno srodstvo potpuno potiskuje agnatsko. U zbornicima nakon Justinijana, njihovi donosioci nastoje prilagoditi rimske institute običajima i tradicijama evropskih naroda, a za vrijeme makedonske dinastije, kao pandan samoj Justinijanovoj kodifikaciji, izdaju se Bazilike - zbornik od 60 knjiga, koji po obimu prelazi samu Kodifikaciju i čiji je tekst preveden na grčki, te odražava potrebu ka vraćanju Justinijanu.

Brojne moderne kodifikacije nastale su upravo pod uticajem romanističke tradicije. Francuski građanski zakonik iz 1804., temelji se na institutima rimskog prava, posebno u pogledu odgovornosti, zakonskog nasljeđivanja i imovinskog prava. Kako rimsko pravo predstavlja historijsko nasljeđe njemačkih zemalja, logično da je bilo izvorom Austrijskog građanskog zakonika iz 1811., te Njemačkog građanskog zakonika iz 1896. godine. Iako u Švicarskoj nije bilo sveobuhvatne recepcije rimskog prava, Švicarski građanski zakonik iz 1907. godine temelji se uglavnom na učenju pandektističke škole. Naravno da su rimski instituti na kojima se moderne kodifikacije temelje oblikovani i prilagođavani novim prilikama i materijalnim potrebama života, čemu je pomoglo i temeljno izbjegavanje apstraktne pravne teorije i filozofije, odnosno, vješto operisanje pravnom tehnikom prilikom rješavanja pojedinih praktičnih slučajeva. Rimski pravni instituti, dakle, evoluirajući, te, dopunjujući se u svakoj zemlji njenim običajnim pravom i konkretnim potrebama, postaju savršena podloga evropskim pravnim sistemima.

Literatura:

1. Boras, Mile, Margetić, Lujo, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1980.
2. Danilović, Jelena, Stanojević, Obrad, *Tekstovi iz rimskog prava, praktikum za vežbe*, Službeni list Srbije, Beograd, 1970.
3. Drino, Dževad, *Komparativna pravna historija*, vlastito autorsko izdanje, Zenica, 2016.
4. Festić, Raifa, *Common Law i druge pravno-historijske teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008.
5. Festić, Raifa, *Stari kodeksi*, Magistrat, Sarajevo, 1998.
6. Festić, Raifa, *Opća historija države i prava*, Studentska štamparija Sarajevo, Sarajevo, 1998.

7. Horvat, Marjan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1977.
8. Imamović, Mustafa, *Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005.
9. Karčić, Fikret, *Pravni tekstovi*, „Štamparija Fojnica“ d.o.o. Fojnica, Sarajevo, 2004.
10. Karčić, Fikret, *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
11. Karčić, Fikret, *Komparativna pravna historija, drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012.
12. Kranjc, Janez, *Primeri iz rimskog prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2009.
13. Kurtović, Šefko, *Opća povijest prava i države*, autor i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1994.
14. Lučić, Zdravko, Šarac, Mirela, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
15. Margetić, Lujo, *Opća povijest prava i države*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1983.
16. Mousourakis, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Laws of The Nations Series, Routledge, 2003.
17. Ostrogorski, Georgije, *Istorija Vizantije*, Prosveta, Beograd, 1983.
18. *Oxford Dictionary of Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2001.
19. Padoa-Schioppa, Antonio, *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
20. Radić, Zrinka, „Uzroci heterogenosti besposjedovnih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, god. 52, 4/2015.
21. Samardžić, Đorđo, *Opšta istorija države i prava*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1978.
22. Schiller, A. Arthur, *Roman law: mechanisms of development*, Walter de Gruyter, The Hague – Paris – New York, 1978.
23. Stanojević, Obrad, *Rimsko pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2000.
24. Stein, Peter, *Rimsko pravo i Europa – Povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.
25. Wieacker, Franz, „Foundations of European Legal Cultrue“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, No. 1, 1990.

Amra Mahmutagić, PhD, Associate Professor

Faculty of Law of the Dzemal Bijedic University of Mostar

Šejla Maslo Čerkić, PhD, Assistant Professor

Faculty of Law of the Dzemal Bijedic University of Mostar

SOME REMARKS ON RECEPTION, MODIFICATION AND EVOLUTION OF ROMAN LAW PRINCIPLES AND INSTITUTIONS

Summary

The paper tackles with the process of modification of Roma law institutes, since the very beginnings and the development of *ius gentium*, to the activity of the *preator* and the application of the *aequitas* principle, culminating in Justinian's law, which, as a result of the work of glossators and postglossators, - in its new forms and aspects - gradually became the *ius positivum* in many countries of Central and Western Europe during the 15th and 16th centuries. Two parallel historical processes in legal development had taken place before this time – formulation of canonical law and revitalisation of Roman law – which in combination helped create the foundation of *ius commune*, as well as become the main source of modern legal codifications of the 19th century. The authors emphasise that the application of Roman legal institutions in modern age would not be possible without their modification and adjustment to socio-political circumstances of a specific historical setting. Examples of these transformations are numerous: under the canonistic influence, a position was gradually adopted that informal contracts are enforceable if there is a reason (*causa*). Furthermore, a sale, which largely remained ground for tradition (*traditio*) or delivery of thing, i.e. having effect under the law of obligations, was, on the other hand, transformed in, for example, modern French law, where ownership of the thing is conveyed to the buyer at the moment of contract formation, under the law of property rules. The modified institutions of Roman law which have been examined, have enabled its application and diversity of legal systems, legal cultures and traditions of European nations.

Keywords: Roman law, reception, modifications of Roman law principles and institutions, informal contracts, evolution, canonists, civilians

PREGLEDNI NAUČNI RADOVI

UPRAVNI AKT KAO PREDMET USTAVNE ŽALBE – OSVRT NA RJEŠENJA U BOSANSKOHERCEGOVAČKOM PRAVU-

Sažetak

U radu autorica razmatra mogućnost ustavnosudske zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda povrijeđenih pojedinačnim aktima i radnjama tijela uprave putem ustavne žalbe odnosno ustavne tužbe. U tom smislu u ovom radu se nakon analize samog pojma i osnovnih karakteristika upravnog akata, razmatra mogućnost ulaganja ustavne žalbe protiv tih akata u savremenim državama te Bosni i Hercegovini čiji ustavni sud također ima nadležnost da odlučuje o povredi osnovnih prava i sloboda putem apelacije pred Ustavnim sudom BiH. Razmatranje navedenog pitanja izvršeno je kroz analizu postojećih normativnih rješenja u uporednom i domaćem pravu te kroz analizu dosadašnje jurisprudencije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u ovoj oblasti. Na kraju rada dati su utemeljeni prijedlozi i preporuke za unaprjeđenje ovog vida zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda u našem pravnom sistemu po uzoru na rješenja u uporednom pravu.

Ključne riječi: upravni akt, ustavna žalba, apelacija, ustavni sud, ljudska prava i slobode

1. Uvodne napomene

Ustavna žalba predstavlja pravno sredstvo, institut ustanovljen u interesu zaštite ljudskih prava i sloboda zajamčenih ustavom. Ovo pravno sredstvo koje mnogi smatraju samim „vrhom pravne zaštite“ te nezamjenjivim institutom zaštite pojedinaca od štetnog postupanja organa vlasti je sve zastupljenije u uporednom pravu, o čemu svjedoči sve veći broj ustavnih žalbi koje savremeni ustavni sudovi iz godine u godinu zaprimaju.¹ U pravnoj teoriji kao i zakonodavstvu susrećemo se sa različitim definicijama ustavne žalbe. Tako neki smatraju da je ustavna žalba „ustavnopravno sredstvo zaštite prava i sloboda pojedinaca i pravnih grupa.“² Drugi smatraju da je ustavna žalba „sredstvo za zaštitu osnovnih

1 Prema statistici Saveznog ustavnog suda Njemačke, ovaj sud godišnje prima između 5000 i 6000 ustavnih tužbi- podaci dostupni na <http://www.bundesverfassungsgericht.de/oragisation/gb2008/A-1-2>

2 H. Steinberg, Judicial Protection of Human Rights at the national and International Level Report on the Federal Republic of Germany, in Judicial Protection of Human Rights at the National and

prava pred ustavnim sudom³ ili „zahtjev koji ustavnom sudu pod izvjesnim, vrlo ograničenim okolnostima, mogu direktno uputiti privatna (fizička ili pravna lica).“⁴ Definicije, odnosno određenja ustavne žalbe mogu biti i jesu različite. Svaka zemlja koja poznaje ovaj institut svojim aktima uređuje njene osobenosti, gradeći tako i osobene oblike ovog instituta. Ipak određeni zajednički elementi, odnosno suštinska obilježja su svugdje isti. Radi se o posebnom pravnom sredstvu koje stoji na raspolaganju građanima ukoliko su njihova prava i slobode povrijeđene aktima vlasti. Naravno to pravno sredstvo, ustavnu žalbu, građani i drugi subjekti mogu uložiti samo ukoliko su ispunjeni odgovarajući uslovi, odnosno pretpostavke kao što su: a) personalne pretpostavke, b) povreda prava i slobode zagarantovane ustavom, c) predmet ustavne žalbe, d) rok, i e) supsidijarnost.⁵

Jedna od pretpostavki je kao što vidimo „predmet ustavne žalbe“.

U skladu sa ustavnim i zakonskim odredbama, zaštita putem ustavne žalbe je moguća samo ukoliko je povreda ustavom zajamčenih prava i sloboda izvršena pojedinačnim aktima i radnjama tijela javne vlasti. Postojanje dakle takvog akta ili radnje predstavlja jedan od uslova za podnošenje ustavne žalbe. U uporednom pravu ožalbeni mogu biti uglavnom svi pojedinačni akti javne vlasti - kako sudski tako i upravni akti, naravno uz ispunjavanje drugih procesnih pretpostavki za ulaganje ustavne žalbe.

U Bosni i Hercegovini, također postoji ustavna žalba, odnosno njoj sličan institut. To je apelacija pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. Međutim, naš ustavotvorac se opredijelio za dosta „ograničeno“ određenje predmeta ustavne žalbe, te odredio da se apelacija može uložiti „protiv presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“⁶. S obzirom na ovakvo rješenje, postavlja se pitanje da li upravni akti, kao pojedinačni pravni akti tijela javne uprave u Bosni i Hercegovini može biti predmet apelacije, odnosno da li je i pod kojim uslovima dopuštena apelacija protiv upravnih akta.

2. Akti uprave

Uprava, u vršenju svoje djelatnosti, donosi i vrši brojne i različite akte i radnje koji se razlikuju kako po vrsti i oblicima, tako i po pravnoj prirodi. Osnovno, zajedničko obilježje svih tih akata uprave je činjenica da ih donosi (odnosno vrši) uprava kada je to zakonom i drugim propisima određeno.⁷

International Level, I, Milano 1991, 'p. 190.

3 F.Ermacora, Procedure et techniques de protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle Autrichienne, Revue internationale de droits de droits compare, N. 2, 1981, p. 422.

4 Theo Ohlinger, Object et portee de la protection des droit fondamentaux – Cour Constitutionnelle Autrichienne, Revue internationale de droits coompare, N. 2, 1981, p. 572.

5 Više o pretpostavkama za ulaganje ustavne žalbe vidjeti: Vladimir Đurić, Ustavna žalba, Beograd, 2000. str. 43-192.

6 Član VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine

7 Nikola Stjepanović, Stevan Lilić, Upravno pravo, Beograd, str. 189.

Podjela akata i radnji organa uprave može se izvršiti i vrši se s obzirom na različite kriterije.⁸ Ipak većina teoretičara podjelu akata uprave vrši imajući u vidu pravno dejstvo koje ti akti proizvode. S obzirom na navedeni kriterij akti uprave se dijele na pravne i materijalne akte. Pravni akti uprave su izjave volje učinjene sa namjerom da se proizvedu određeni pozitivni ili negativni pravni efekti (tj. da se izvrši neka promjena ili da se odbije izvršenje neke promjene u pravnom poretku). Oni sadrže pravnu normu i proizvode pravno dejstvo. Za razliku od njih, materijalni akti uprave ne sadrže, pravnu normu, njima se ne zasnivaju pravni odnosi. Materijalni akti predstavljaju radnje organa uprave kojima se obavlja djelatnost uprave. Njihovo vršenje je u pravilu regulirano pravnim propisima, ponekad i mnogo detaljnije nego donošenje pravnih akata.⁹

Pravni akti uprave su dakle samo jedna od vrsta akata koje u obavljanju svoje djelatnosti donose/vrše organi uprave. Međutim ni svi pravni akti – akti uprave nisu isti. I oni se međusobno razlikuju i to prvenstveno po stepenu opštosti norme koju sadrže, te prema pravnoj situaciji koju regulišu. Upravo s obzirom na dva navedena kriterija, pravni akti uprave se dijele na opće pravne akte uprave i pojedinačne pravne akte. Opći pravni akti uprave predstavljaju normative akte uprave, sadrže opću pravnu normu. Njima se propisuje neko opće i apstraktno pravilo za neodređen broj slučajeva i neodređen broj lica. Uglavnom se donose da bi se omogućila, odnosno olakšala primjena ili izvršenje nekog zakona. Općim pravnim aktima organa uprave ne mogu se ustanovljavati prava i obaveze građanima i pravnim licima, već se njima samo mogu bliže propisivati načini i uslovi izvršavanja zakona i drugih akata predstavničkog tijela i vlade. Prema našim propisima, u opće pravne akte - upravne propise, koji mogu donositi organi uprave spadaju: pravilnik, naredba, uputstvo i instrukcija.

Pojedinačni pravni akti uprave predstavljaju drugu skupinu pravnih akata uprave. Za razliku od općih pravnih akata uprava – upravnih propisa, pojedinačni pravni akti uprave sadrže pojedinačnu pravnu normu, odnosno pojedinačno i konkretno pravilo za određeni slučaj i određeno lice. Pojedinačni pravni akti uprave su prvenstveno upravni akti. Međutim, osim upravnih akata, uprava može donositi i druge pojedinačne pravne akte, od kojih su najznačajniji ugovori, odnosno posebna vrsta ugovora koji se nazivaju upravni ugovori.¹⁰

8 Uporedi: Ivo Krbek, *Pravo javne uprave*, Zagreb, 1960., Ivo Borković, *Upravno pravo*, Zagreb, 1984, str. 291-324., Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983, str. 230-270.

9 Npr. vršenje kancelarijskog poslovanja u organima uprave.

10 Za upravne ugovore se može reći da predstavljaju jednu posebnu kategoriju pravnih akata koja, kako se ističe, „idejno vuče korijen iz dualističke diobe prava na javno i privatno, te bi upravni ugovor imao biti na području javnog prava, ono što je ugovor na području privatnog prava.. Više vidjeti: Ivo Krbek, *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Zagreb, 1959, str. 382. Upravni ugovor je institut koji je razvila nauka upravnog prava. Nastaje saglasnom izjavom volja. Prva osobina ovog ugovora jeste da je jedna strana ugovornica država, odnosno javno tijelo. Druga osobina je cilj ovog ugovora, kojim se postiže neka javna svrha, zbog čega se ne može svrstati u ugovore građanskog prava. Treća osobina ovih ugovora se sastoji i u posebnim uslovima sklapanja ovih ugovora i u izvršenju prava i obaveza zasnovanih ovim ugovorom. Npr. otvaranje javnog konkursa ili isticanje poziva za stavljanje ponude za njegovo zaključivanje. Više vidjeti: Mustafa Kamarić, Ibrahim Festić, *Upravno*

Svi u radu spomenuti akti uprave imaju veoma veliki značaj za funkcionisanje same uprave. Njihovo donošenje, odnosno vršenje omogućava ostvarivanje cjelokupne funkcije tijela uprave u pravnom sistemu. Ipak u teoriji, ali i zakonodavstvu, najveća pažnja se poklanja upravo upravnim aktima, putem kojih se apstraktna pravna norma primjenjuje na konkretni društveni odnos, čime se pravni propisi oživotvoruju i primjenjuju na konkretan slučaj.

2.1.Upravni akti

Izraz upravni akt (*acte administratif*) je francuskog porijekla i nastao je kao izraz potrebe da uprava, na koju se primjenjuje načelo zakonitosti, dobije i svoj odgovarajući pravni institut, odnosno pojedinačni pravni akt.¹¹ Njegovu pojavu treba posmatrati kao posljedicu potrebe da se u upravnoj djelatnosti stvori određeni pravni instrument kojim će se, slično presudi u sudskoj djelatnosti, primjenjivati pravno pravilo kao konkretan slučaj.¹² Sam termin upravni akt nije prihvaćen u svim pravnim sistemima i danas se više primjenjuje u teoriji upravnog prava nego u zakonodavstvu i praksi. Zakonodavac za upravne akte upotrebljava posebne nazive, kao što su: rješenje, dozvola, saglasnost, uvjeti, zaključak i dr.

Određivanje samog pojma upravnog akta dugo vremena je bilo jedno od najtežih pitanja pravne teorije uopće, a posebno teorije upravnog prava. Pokušaji njegovog definiranja sezali su od najširih određenja po formalnom kriteriju (kad se pojam „upravni akt“ izjednačava sa pojmom „akti uprave“ što znači da bi svaki akt uprave bio upravni akt) do sužavanja pojma na samo one karakteristike koje su nužne za određivanje upravnog akta kao posebne pravne kategorije (pri čemu bi upravni akt bio samo onaj akt uprave koji karakteriziraju određene bitne značajke). Ovo drugo shvatanje odnosno određenje upravnog akta je preovladalo, te se pri njegovom definiranju naglasak stavlja na bitne elemente koji su svojstveni svakom upravnom aktu.¹³ Ti bitni elementi su: a) pojedinačnost, b) autoritativnost i jednostranost, c) konkretnost, d) pravno djelovanje.

Pojedinačnost je jedno od svojstava upravnog akta na osnovu kojeg se vrši distinkcija prema općim aktima uprave. Za te opće akte uprave karakteristično je kao što smo vidjeli da sadrže opću pravnu normu koja se odnosi na neodređen broj lica i slučajeva. Upravni akti su pojedinačni akti, sadrže samo dispoziciju, odnosno primarno pravilo ponašanja koje se primjenjuje na jedan konkretan slučaj. Radi se dakle o nepotpunim pojedinačnim pravnim aktima, koji ne sadrže dispoziciju i sankciju kao što je slučaj kod pojedinačnih potpunih akata. Kao takvi svrstavaju se u isti red sa sudskim aktima koji su također nepotpuni, pojedinačni. Od istih se

pravo, Magistrat, Sarajevo, 2004, str. 176-177.

11 Mustafa Kamarić, Ibrahim Festić, Upravno pravo, Magistrat, Sarajevo, 2004. str. 154.

12 Ivo Borković, Upravno pravo, Zagreb, Informator, str. 293.

13 Tako, npr. u francuskoj teoriji M. Walline ističe da upravni akt izražava svoje karakteristike u četiri točke: 1) to je upravni akt, 2) to je akt upravne vlasti ili, izuzetno, privatnih osoba sa prerogativima javne vlasti, 3) to je akt čiji je objekat uprava i 4) to je akt podoban za izvršavanje zakona ili vlasti koja proizilazi iz ustava

ipak razlikuju po tome što sudski akt sadrži sankciju.¹⁴ Sudski akt je sastavljen iz dva elementa koji su međusobno uslovljeni. Prvi element je konstatacija kojom se rješava nastali spor. Drugi element sudskog akta je odluka koja je logična posljedica konstatacije.¹⁵

Druga bitna karakteristika upravnih akata je njihova autoritativnost. Upravni akt je autoritativan akt. Njegov donosilac istupa prema drugim subjektima u upravnom odnosu s jačom voljom, čime se u takvom odnosu javlja subordinacija subjekata. Naglasak na jačoj volji donosioca upravnog akta oštro razdvaja upravni akt od građanskopravnog posla u kojem su pravne posljedice rezultat suglasnosti volje subjekata. Na autoritativnost upravnog akta nadovezuje se njegova jednostranost. Upravni akt je, opet za razliku od građanskopravnog posla, uvijek jednostran. Sadržaj samog akta stvar je isključivo njegovog donosioca. Subjekt u odnosu koji se reguliše upravnim aktom mora respektirati način na koji su uređena prava i obaveze u sadržaju upravnog akta.

Bitna karakteristika, svojstvo upravnog akta je njegova konkretnost. Konkretnost upravnog akta podrazumijeva da se upravni akt odnosi na tačno određeni konkretan slučaj. Dakle, kada se upravnim aktima regulišu prava i obaveze pojedinih subjekata, onda se iz njegove izreke (dispozitiva) tačno razabire o kojem se konkretnom slučaju radi,¹⁶ kao i na koje se subjekte odnosi.¹⁷

Najbitnija karakteristika upravnog akta je pravno djelovanje, odnosno činjenica da upravni akt proizvodi neposredni pravni učinak. U biti upravni akt se i donosi radi toga da bi se postigao određeni pravni efekt. Prema tome autoritativni istup kroz formu upravnog akta dovodi do toga da se neki pravni odnos: a) zasnjuje, mijenja ili ukine ili b) da se on utvrdi. U oba slučaja radi se o pravnom efektu koji je izazvao upravni akt.¹⁸ Pravno djelovanje upravnih akata usmjereno je prvenstveno prema njegovom adresatu, tj. stranci o čijim se pravima i obavezama rješavalo samim aktom. Međutim, upravni akt djeluje i prema svom donosiocu i tu se kao i kod djelovanja prema stranci može govoriti o njegovom neposrednom djelovanju.

Imajući u vidu sve navedene karakteristike upravni akt se najčešće definira kao pravni akt kojim se u slučajevima predviđenim u pravnoj normi, od strane državnih organa, odnosno organizacija i zajednica koje imaju javna ovlaštenja na jednostran i autoritativan način odlučuje o pravima, obavezama i pravnim interesima pojedinih subjekata u konkretnoj upravnoj stvari. Pojam upravnog akta,

14 Dr. Radomir D. Lukić:, Uvod u pravo, Beograd, 1985, str. 263.

15 O razlici između sudskih i upravnih akata više vidjeti: Dr Nurko Pobrić, Pravosnažnost upravnih akata, Slovo, Mostar, 2002, str. 18-19.

16 Npr. davanje dozvole za obavljanje određene djelatnosti izvjesnoj osobi, davanje otpusta iz državljanstva pojedincu, utvrđivanje poreske obaveze nosioca određene djelatnosti ili vlasnika neke imovine i sl.

17 Bez obzira na to kako oni bili označeni, tj. pojedinačno ili generalno.

18 U prvom slučaju pravno djelovanje upravnog akta je konstitutivno (kreatorno) a u drugom utvrđujuće (deklaratorno).

kao što smo već istakli, nije prisutan samo u teoriji, već i u zakonodavstvu. Stoga se uz teorijsko javlja i zakonsko određenje (definiranje) upravnog akta. Zakonsko određenje upravnog akta uglavnom se vrši procesnim propisima (zakonima o upravnom postupku ili zakonima o upravnom sporu). Ovim definicijama zakonodavac upućuje pravnu praksu na elemente koje jedno autoritativno odlučjenje u upravnoj djelatnosti mora sadržavati da bi imalo kvalitetu upravnog akta – kako ga poznaje pravna norma.

Kod nas, u Bosni i Hercegovini zakonsku definiciju upravnog akta sadrže zakoni o upravnom postupku i zakoni o upravnim sporovima.¹⁹ U prvim, zakonima o upravnom postupku, upravni akt se definiše posredno. Tako u članu 1. ZUP-a FBiH stoji “ Po ovom zakonu dužni su postupati organi uprave u Federaciji Bosne i Hercegovine..... kada u upravnim stvarima, neposredno primjenjuju propise, rješavajući o pravima, obavezama ili pravnim interesima građana, pravnih lica i drugih stranaka“. ²⁰ „Po ovom zakonu dužna su postupati i preduzeća (društva), ustanove i druga pravna lica kad u obavljanju javnih ovlaštenja....koja su im povjerena zakonom ili propisom gradskog ili općinskog vijeća, rješavaju u upravnim stvarima“. ²¹ Neposrednu definiciju upravnih akata nalazimo u zakonima o upravnim sporovima. Prema navedenim zakonima, upravni akt jeste akt kojim nadležni organ, organ uprave, upravna ustanova kao i institucija koja ima javna ovlaštenja, rješava o izvjesnom pravu ili obavezi pojedinca ili pravnog lica u nekoj upravnoj stvari. ²²

Domaća teorija upravnog prava i opća pravna doktrina upravni akt definišu, uglavnom, na osnovu pozitivno-pravnih normi, tako da se može ustvrditi da je pozitivno-pravni pojam upravnog akta po svom domašaju i sadržini blizak pojmu upravnog akta određenog u pravnoj teoriji.

Upravnim aktima njihovi donosioci (organi uprave, institucije koje imaju javna ovlaštenja kao i drugi državni organi) odlučuju o pravima, obavezama i pravnim interesima građana. Donoseći upravne akte, odnosno odlučujući o

19 U Bosni i Hercegovini, u skladu sa njenim složenim državnim uređenjem te utvrđenom raspodjelom nadležnosti, postoje četiri zakona o upravnim postupcima i upravnim sporovima i to: Zakon o upravnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“, br.29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13, 53/16- neslužbeni prečišćeni tekst), Zakon o upravnom postupku FBiH („Sl. novine FBiH, broj 2/98), Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske, „Sl. Glasnik RS“, br.13/2001, 87/2007 i 50/2010) i Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 3/00) s izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, brojevi 5/00, 9/02, 8/03, 8/04, 25/05, 8/07, 10/07, 19/07, 2/08, 36/09) Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10)), Zakon o upravnim sporovima FBiH („Službeni novine FBiH“, broj 9/05), Zakon o upravnim sporovima RS („Službeni glasnik RS“, broj 109/05) i Zakon o upravnim sporovima Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik BD BiH“, broj 4/00 i 1/01).

20 Član 1. stav 1. ZUP FBiH, („Službene novine FBiH, broj 2/98)

21 Ibid., stav 3.

22 Član 8. Zakona o upravnim sporovima BiH, član 8 Zakona o upravnim sporovima FBiH, član 6 Zakona o upravnim sporovima RS i Član 6 Zakona o upravnim sporovima BD.

navedenim pravima, obavezama i interesima, donosioci upravnih akata su dužni da iste donose u skladu sa zakonom i ustavom. Ipak u svom radu organi uprave veoma često krše ne samo načelo zakonitosti, već svojim aktima veoma često krše i prava i slobode građana zajamčene ustavom. Upravo iz tog razloga postavlja se pitanje da li građani imaju pravo tražiti zaštitu svojih ustavom zajamčenih prava i sloboda ukoliko su isti povrijeđeni upravnim aktima, odnosno da li upravni akt može biti predmet ustavne žalbe /tužbe.

3. Upravni akt kao predmet ustavne žalbe/tužbe

U pravnoj nauci, a ni u uporednom pravu ne postoji saglasnost o tome šta sve može biti predmet ustavne žalbe, odnosno koji sve akti mogu biti ožalbeni. Svaka zemlja koja poznaje ovaj institut samostalno određuje koji akti i pod koji uslovima mogu biti ožalbeni. Predmet ustavne žalbe određuje se ustavnim normama ili normama zakona o ustavnim sudovima, u nekim pravnim sistemima i poslovnica o radu ustavnog suda odnosno njegovim pravilima. Određenje predmeta ustavne žalbe može biti dosta uopćeno, kao npr. u Njemačkoj gdje predmet ustavne žalbe mogu biti sve mjere javne vlasti (*Masnahmen der öffentlichen Gewalt*) ili u Češkoj gdje su predmet ustavne žalbe odluke ili radnje organa javne vlasti. Negdje se predmet ustavne žalbe određuje dosta suženo te se izričito navodi koji akti mogu biti ožalbeni (npr. u Austriji gdje predmet ustavne žalbe mogu biti odluke upravne vlasti). Kao što vidimo predmet ustavne žalbe mogu biti različiti akti i radnje vlasti, kako izvršne, tako i zakonodavne i sudske vlasti. Da li u te akte svrstavamo i upravne akte odnosno da li i pod kojim uslovima upravni akt može biti predmet ustavne žalbe /tužbe.

U SR Njemačkoj, zemlji sa najdužom tradicijom u oblasti ustavnosudske zaštite prava i sloboda zajamčenih ustavom, predmet ustavne žalbe je dosta široko određen. To mogu biti sve mjere javne vlasti (*Masnahmen der öffentlichen Gewalt*)).²³ Ovako široko određenje predmeta ustavne žalbe izazvalo je određene nedoumice odnosno tražilo je odgovor na pitanje. Šta su sve mjere javne vlasti? Odnosno koji akti i radnje mogu biti ožalbeni? Odgovor na ovo pitanje dao je sam Savezni ustavni sud SR Njemačke koji je utvrdio da se pod mjerama javne vlasti podrazumijevaju mjere i akti sudske, zakonodavne i izvršne vlasti.²⁴ Svi akti i mjere upravne vlasti mogu biti predmet ustavne žalbe nezavisno od toga da li je jedan akt određen kao upravni akt.²⁵ Žalba se može uložiti protiv svih upravnih akata i radnji saveza, zemalja, općina i drugih nosilaca javne uprave. Izuzetak

23 Pravni osnov individualne ustavne žalbe – *Verfasunsbeswerde* nalazi se u članu 93.stav 1. Ustava koji propisuje da svako može podići ustavnu tužbu zbog zaštite nekog od osnovnih prava tvrdeći da ih je povrijedila javna vlast. Ovaj vid zaštite osnovnih prava i sloboda uveden je u Ustav tek ustavnim amandmanom iz 1969. godine, no bio je predviđen od samog početka u članovima 90.-95. Zakona o Saveznom ustavnom sudu.

. Vidjeti više, Edin Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne republike Njemačke*, Sarajevo, 2005, str. 83.

24 U SR Njemačkoj i „nečinjenje „ može biti predmet ustavne žalbe.

25 Vladimir Đurić, *Ustavna žalba*, Beograd, 2000. str. 50.

su pripremne upravne radnje - Vorbereitendes Verwaltungshandeln (saopštenja vlasti, objavljivanje odluke, objavljivanje budućih postupaka, upravni obrasci i uputstva), koji se ne smatraju „mjerama javne vlasti“.

Dakle u SR Njemačkoj upravni akt može biti predmet ustavne žalbe. Naravno dodatni uslov za izjavljivanje ustavne žalbe protiv navedenih upravnih akata je povreda ustavom zajamčenih prava i sloboda²⁶ i iscrpljenost pravnog puta.²⁷ Upravni akt može biti predmet ustavne žalbe, ukoliko su njime povrijeđena prava i slobode zajamčene ustavom, te ukoliko je podnosilac ustavne žalbe iscrpio pravni put, odnosno pravna sredstva koja mu stoje na raspolaganju. Izuzetno, ustavna žalba se može uložiti i prije iscrpljivanja pravnih puteva ukoliko je to od općeg značaja ili ako iscrpljivanje pravnih puteva iziskuje tešku i neotklonjivu štetu za žalioca.²⁸ Ako sud uvaži žalbu, tada ukida osporeni upravni akt.

U Austriji, u skladu sa izvornim ustavnim rješenjima ustavna žalba je dozvoljena isključivo protiv akata uprave (čl. 144 Ustava govori o Beschwerde gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden), naime protiv konkretnih – individualnih.–specijalnih akata.²⁹ Ustavna žalba se može uložiti protiv akata uprave koji moraju ispunjavati sljedeće uslove: da se radi o suverenim rješenjima upravne vlasti kojima se u pojedinačnim upravnim stvarima odlučuje prema individualno određenima licima, na formalan i za pravnu snagu sposoban način, o pravnim odnosima materijalne i procesnopravne prirode, bilo da se postojeći pravni odnosi utvrđuju, bilo da se stvaraju novi. Kao i u njemačkom pravu, dodatni uslov za ulaganje ustavne žalbe protiv upravnih akata je povreda prava i sloboda zajamčenih ustavom te iscrpljivanje administrativnog instancionog puta (nur nach Ershopfung des administrativen Instanzezuges)³⁰ Pod iscrpljivanjem instancionog puta austrijski ustavotvorac podrazumijeva iscrpljivanje redovnog instancionog puta.³¹ Rok za podnošenje ustavne žalbe Ustavnom sudu je šest sedmica od dana dostave konačnog upravnog akta, uz uslov da su prethodno iscrpljeni redovni pravni lijekovi. Ustavni sud Austrije, u slučaju povrede ustavom zajamčenih prava i sloboda, svojom odlukom utvrđuje kršenje tih prava, precizirajući o povredi kojeg prava se radi, i ukida osporenu odluku sa djelovanjem ex nunc.

U Španiji građani se mogu obratiti Ustavnom sudu putem posebnog pravnog sredstva – „amparo“ radi zaštite svojim prava i sloboda zajamčenih ustavom.

26 Njemački zakonodavac se opredijelio za metode numeracije i odredio koja se to prava i slobode koja se štite ustavnom žalbom. U skladu sa članom 90. Zakona o Saveznom ustavnom sudu to su osnovna prava ili prava iz člana 20(4), 33, 38, 101, 103 i 104. Osnovnog zakona (Grundgesetz)

27 Pod iscrpljenim pravnim putem Savezni ustavni sud smatra (odluka BVerfGE 4, 194 (198)) svaki, u jednoj normi predviđeni, institucionalni put.

28 Član 90. stav 2. Zakona o Saveznom ustavnom sudu

29 Theo Ohlinger, die Grundrechte in Oesterreich – ein systematischer Überblick, Eu GRZ, 1982, str. 24., navedeno prema V. Đurić, Ibid., str. 49.

30 Član 82. Zakona o Ustavnom sudu Republike Austrije.-Verfassungsgerichtshofgesetz (<http://www.vfgh.gv.at>)

31 D. Stojanović, Ustavno sudstvo i zaštita prava i sloboda, Pravni život, Beograd, br 12. 1995. str. 188.

Predmet ustavne žalbe, odnosno ampara mogu biti pravni akti i radnje kako izvršnih organa države tako i izvršnih organa autonomnih jedinica.³²

Amparo ima supsidijarni karakter, tako da je u svim slučajevima nužno iscrpljivanje redovnog pravnog puta. Rok za žalbu je 20 dana od dana dostavljanja akta koji se osporava.

Sve zemlje nastale na području bivše Jugoslavije također su dodijelile svojim ustavnim sudovima zaštitu prava i sloboda zajamčenih ustavom putem ustavne žalbe. U pogledu mogućnosti ulaganja ustavne žalbe protiv upravnih akata imamo slijedeća rješenja.

U Republici Sloveniji „Ustavna žalba se može uložiti radi povrede čovjekovih prava i osnovnih sloboda povrijeđenih pojedinačnim aktom, kojim je državni organ, organ lokalne samouprave ili nosilac javnih ovlaštenja odlučivao o pravima, obavezama ili pravnoj koristi pojedinca ili pravne osobe pod uslovima koji su određeni zakonom“³³ Međutim ustavna žalba nije dozvoljena, ukoliko se ne radi o kršenju ljudskih prava i osnovnih sloboda, koje bi imalo teške posljedice za podnosioca žalbe.³⁴ U skladu sa navedenim predmet ustavne žalbe mogu biti svi upravni akti (organa uprave, drugih državnih organa, organa lokalne samouprave i institucija koje imaju javna ovlaštenja) izuzev onih upravnih akata donesenih u sporovima male vrijednosti, ukoliko se ustavnom žalbom osporava odluka o troškovima postupka, ukoliko se ustavnom žalbom osporava akt donesen u sporu smetanja posjeda, ukoliko se radi o upravnom aktu izdatom u prekršajnom postupku.

U Republici Hrvatskoj je također predviđena da se ustavna žalba može podnijeti protiv pojedinačnog akta tijela državne vlasti, tjela jedinica lokalne samouprave i područne (regionalne) samouprave ili pravnog lica sa javnim ovlaštenjem, kojim je odlučeno o njegovim pravima i obavezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.³⁵ Predmet ustavne žalbe mogu biti upravni akti kako organa uprave, tako i upravni akti drugih državnih organa, jedinica lokalne samouprave te institucija koje imaju javna ovlaštenja.

I u ostalim državama nastalim na području bivše Jugoslavije upravni akti mogu biti predmet ustavne žalbe.³⁶ Srpski ustavotvorac se opredijelio za dosta široko određenje predmeta ustavne žalbe. U skladu sa članom 170. Ustava Republike Srbije, ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili

32 Ruiz. G.-Ruiz.R.: Ustavno sudstvo u Španiji, Pravni život, Beograd, Broj 11/1997, str. 922.

33 Član 50. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu Republike Slovenije („Uradni list RS“, št. 64/07)

34 Član 55a .stav 1. Zakona o Ustavnom sudu Republike Slovenije.

35 Član 62. Stav 1 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Hrvatske („Narodne novine RH“, broj 49/02.)

36 U Republici Srbiji ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su povjerena javna ovlaštenja, a kojima se povrijeđuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajamčene ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu- član 170 Ustava Srbije. Također i u Crnoj Gori, u skladu sa članom 49. Stav 1. Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore upravni akt može biti predmet ustavne žalbe.

radnji državnih organa ili organizacija kojima su povjerena javna ovlaštenja, a kojima se povrijeđuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajamčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. U skladu sa ovakvom definicijom ustavne žalbe predmet ustavne žalbe mogu biti prvenstveno pojedinačni pravni akti čiji su donosioci državni organi i institucije koje vrše javna ovlaštenja. Dakle upravni akt, kao i pojedinačni akti ostalih državnih organa, zakonodavnih i sudskih mogu biti predmet ustavne žalbe. Naravno, kao i u drugim sistemima, ustavna žalba protiv tih akata može se uložiti ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. Predmet ustavne žalbe u Srbiji mogu biti i radnje organa uprave s tim da je bitno naglasiti da se pod radnjom podrazumijeva kako aktivna radnja (činjenje), tako i propuštanje radnje (nečinjenje) odnosno uzdržavanje od radnje koju je trebalo poduzeti, s tim da propuštanje radnje mora imati za posljedicu onemogućavanje podnošenja ustavne žalbe u ostvarivanju nekog ustavnog prava ili slobode

U Crnoj Gori kao i u ostalim državama regiona predmet ustavne žalbe je određen Ustavom odnosno Zakonom o Ustavnom sudu. U skladu sa članom 149. stav 3. Ustava, Ustavni sud je nadležan da odlučuje o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda zajamčenih Ustavom nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava. Zakon o Ustavnom sudu dalje razrađuje ovu ustavnu odredbu. Saglasno članu 48. stav 1. „Ustavna žalba se može podnijeti protiv pojedinačnog akta državnog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave ili pravnog lica koje vrši javno ovlaštenje, zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajamčenih ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava“. Dakle upravni akt može biti predmet ustavne žalbe ukoliko su iscrpljene i druge pretpostavke.

Makedonski ustavni sud također ima u nadležnosti zaštitu prava i osnovnih sloboda putem ustavne žalbe. No za razliku od rješenja u uporednom pravu zaštitu uživaju samo neka prava i slobode. Naime u skladu sa članom 110. stav 3. Ustava Makedonije, Ustavni sud ima nadležnost da štiti prava i slobode čovjeka i građanina koje se odnose na slobodu uvjerenja, savjesti, misli i javnog izražavanja misli, političkog udruživanja i djelovanja i na zabranu diskriminacije građana po osnovu spola, rase, vjerske, nacionalne, socijalne i političke pripadnosti. Ustavna odredba o mogućnosti zaštite navedenih prava i sloboda detaljnije je regulisana Poslovníkom o radu Ustavnog suda Makedonije³⁷Kao što vidimo zaštita putem ustavne žalbe nije predviđena za sva prava i slobode utvrđene ustavom, već samo za naprijed navedena prava i slobode. Ta prava i slobode mogu se štititi ustavnom žalbom ukoliko je povreda izvršena pojedinačnim aktom ili radnjom u roku od dva mjeseca od dana dostavljanja konačnog ili pravosnažnog pojedinačnog akta, odnosno od dana kada je građanin saznao za radnju kojom je nanescena povreda, no ne kasnije od pet godina.³⁸ Iz navednog možemo zaključiti da predmet ustavne

37 Delovnik na Ustavnost sud na Republika Makedonija-Postapka za zaštita na slobodite i pravata od člen 110.alineja 3 od Ustavot na Republika Makedonija, član 51-58. (<http://www.usud.gov.mk>)

38 Član 51. Poslovníka o radu Ustavnog suda Republike Makedonije

žalbe mogu biti svi pojedinačni akti sudske izvršne zakonodave i upravne vlasti, dakle i upravni akti uz uslov da je tim aktima povrijeđeno neko od izričito navedenih ustavnih prava i sloboda. Ti akti moraju biti konačni ili pravosnažni.

4. Apelacija (ustavna žalba) protiv upravnih akata

Jedna od nadležnosti Ustavnog suda BiH je neposredna zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda zagarantovanih ustavom. Ustavni osnov za ovu nadležnost sadržan je u članu VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine koji glasi: „Ustavni sud također ima drugostepenu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu, kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“. Iz citirane odredbe Ustava Bosne i Hercegovine nije jasno šta se podrazumijeva pod pojmom „pitanja koja su sadržana u ovom Ustavu“. Da li se pod tim podrazumijevaju samo Ustavom utvrđena prava i slobode, ili se pod „pitanjem“ mogu posmatrati i utvrđivanje činjeničnog osnova presude, povrede procedure te neka druga pitanja³⁹. Odgovor na ovo pitanje je dao sam Sud, koji je u svojoj odluci broj U-62/01 objavljenoj u „Službenom glasniku BiH“, a u vezi sa ovom nadležnošću, konstatovao da se apelacija iz člana VI/3 b.) Ustava Bosne i Hercegovine ograničava na „pitanja koja su sadržana u ovom Ustavu“. Ustavni sud uopćeno govoreći, nije nadležan vršiti provjere utvrđivanja činjenica, kao ni ponovo tumačiti odluke redovnih sudova, osim ukoliko odluka redovnih sudova krši ustavna prava. To se dešava u slučaju kada odluka redovnog suda ne uključuje ili pogrešno primjenjuje ustavna prava, te u slučaju kada je relevantni zakon sam po sebi neustavan ili kada je došlo do povrede osnovnih procesnih prava (pravičan postupak, pristup sudu, efikasni pravni lijekovi i u drugim slučajevima.) Dakle, s obzirom da se pod pojmom „pitanja koja su sadržana u ovom Ustavu“ podrazumijevaju samo Ustavom utvrđena prava i slobode, onda se navedena apelaciona nadležnost, svodi na zaštitu osnovnih prava i sloboda čovjeka i građanina utvrđenih Ustavom.

Drugo pitanje koje se pojavilo u pogledu tumačenja ove ustavne odredbe je pitanje: koji akti se mogu osporavati? U skladu sa citiranom ustavnom odredbom o apelacionoj nadležnosti Ustavnog suda BiH, apelacija se može podnijeti protiv „.... presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“. Nesporno je da se pod pojmom „bilo koji sud“ podrazumijevaju prvenstveno redovni sudovi. Stoga predmet apelacije prvenstveno mogu biti presude redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, kojima je okončan građanski, upravni ili krivični spor. Vezano za tumačenje ove odredbe Ustava pojavilo se i pitanje da li predmet apelacije mogu biti samo presude ovih sudova ili i druge vrste odluka koje oni donose. Naime, sudovi, pored presuda, donose i druge vrste odluka (rješenja, naredbe i sl.). I ovim

³⁹ O ovom vidjeti više, Marko Arsović, sudija prvog saziva Ustavnog suda BiH, „Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda BiH, opšti pogled“ – referat na Okruglom stolu Ustavnog suda BiH na temu Apelaciona jurisdikcija Ustavnog suda BiH, Sarajevo 29. novembra 1999. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2001. godine, str. 13., te Azra Omeragić, sudija Ustavnog suda, također referat na istom Okruglom stolu, str. 23.

aktima pravna stvar može da se riješi u suštini, ili da se barem okonča procedura u modelu koji uvodi načelo „non bis in idem“. Problem je nastao zbog toga što je u Ustavu upotrebljen termin „presuda“, a ne odluka čime bi ovaj problem bio riješen. Ovu dilemu je riješio sam Sud koji je svojim odlukama⁴⁰ i Pravilima odredio da se apelacija može uložiti protiv presude odnosno odluke suda, čime je omogućeno ulaganje žalbe i protiv ostalih odluka uz sljedeće uslove: a) da se tim odlukama okončava sudska procedura, i b) da se njima rješava pitanje koje može da povrijedi Ustavom garantovana prava i slobode.

Također bitno je naglasiti da se apelacija može uložiti i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koja štiti Ustav BiH ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini⁴¹ Imajući u vidu navedenu odredbu Pravila, te član 6. stav 1. Evropske konvencije, Ustavni sud je prihvatao i one apelacije koje su se odnosile na slučajeve u kojima je izostalo donošenje sudske odluke, a apelant smatra da su njegova prava i slobode zajamčene Ustavom povrijeđene.⁴² Dakle, ako jedan sud ne reaguje na određen zahtjev, iako mu je to obaveza prema članu 6. stav 1. Evropske konvencije, nedonošenje sudske presude nije prepreka za podnošenje apelacije Ustavnom sudu BiH.⁴³ Apelacija podnesena u ovakvim situacijama, međutim može biti prihvatljiva samo ukoliko su osnovani njeni navodi da postoji kršenje nekog ustavnog prava apelanta i da pored toga, ne postoji drugi pravni lijek koji je djelotvoran u otklanjanju te povrede. U skladu sa standardima pravičnog suđenja iz navedenog člana 6. Evropske konvencije, Sud je zauzeo stav da se pravilo iscrpljivanja pravnih lijekova mora primjenjivati uz određen stepen fleksibilnosti i bez pretjeranog formalizma, te se prilikom donošenja odluke rukovodio kriterijima koje u istim predmetima primjenjuje Evropski sud za ljudska prava: složenost činjeničnih i pravnih pitanja u konkretnom slučaju, ponašanje aplikanata u predmetnom sudskom sporu i način provođenja postupka od strane redovnih sudova.

Odlučujući o apelacijama u ovim predmetima Ustavni sud BiH je, pod određenim okolnostima, konstatovao povredu prava apelanta na suđenje u razumnom roku i nalogao redovnom sudu kod kojeg je postupak u toku da, u

40 U predmetu U 15/00 Ustavni sud BiH je ukinuo rješenje Vrhovnog suda Republike Srpske sa obrazloženjem da terminu presuda iz člana VI/3.b Ustava treba dati široko tumačenje, i u principu on treba obuhvatiti sve odluke sudova bez obzira na njihov naziv.

41 Član 18. stav 2. Pravila Ustavnog suda BiH.

42 Odluka Ustavnog suda U 23/00, Bilten Ustavnog suda BiH.

43 Ovakvim stavom odnosno odlukom Ustavni sud BiH je odgovorio preporukama Venecijanske komisije, koja je u vezi sa obavezom prenosa nadležnosti Doma za ljudska prava na Ustavni sud BiH, bila zagovornica ekstenzivnog tumačenja člana VI/3. b) Ustava BiH. Prema njihovom mišljenju u cilju zadržavanja istog nivoa sudske zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda u BiH, apelaciona nadležnost treba biti shvaćena na takav način da Ustavni sud ima nadležnost da presudi u slučaju da ne postoji sudska zaštita na nižem nivou.- O ovome više vidjeti u Izveštaju radne grupe o spajanju Doma za ljudska prava i Ustavnog suda BiH od 16.06. 2000. godine dostupan na Internet stranici: <[www.venice.coe.int/docs/2000/CDL\(2000\)047fin-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL(2000)047fin-e.asp)>

utvrđenim rokovima ili bez daljnjeg odlaganja, okonča postupak i donese odluku o predmetu spora.⁴⁴ Ovakvim odlukama, ustavni sud dakle vrši jedan vid intervencije u redovnom sudskom postupku kako bi okončao stanje povrede apelantovog ustavnog prava, što eksepciju principa supsidijarnosti i meritorno odlučivanje u ovakvim slučajevima čini opravdanim. Ovakav vid intervencije do sada se javljao u svim vrstama sudskih postupaka (parničnim, krivičnim, izvršnim, upravnim i vanparničnim),⁴⁵ pod uslovom primjenjivosti standarda i principa pravičnog suđenja iz člana II/3 e) Ustava BiH i člana 6.stav 1 Evropske konvencije, ne samo u postupcima koji su u toku već i u slučajevima kada je redovni sudski postupak okončan i donesena konačna odluka.

Pored navedenog Ustavni sud je meritorno odlučivao i u onim slučajevima kada je apelacijom ukazivano da je redovni sud svojom neaktivnošću počinio povredu prava na pristup sudu. Tako je u odluci broj AP-994/04 od 13. septembra 2005. godine, Ustavni sud utvrdio postojanje povrede ovog prava jer redovni sud u periodu od četiri godine nije preduzeo niti jednu procesnu radnju o tužbi koju je apelantica podnijela radi naknade štete.⁴⁶ Pored navedenih slučajeva, Sud je uspostavio praksu prema kojoj povreda prava na djelotvoran pravni lijek postoji ne samo u slučaju neprocesuiranja tužbe, već i onda kada nadležni sudski organ ne pristupi izvršenju vlastitog rješenja o izvršenju u određenom roku.⁴⁷

Naš ustavotvorac se odlučio za prilično restriktivno određenje predmeta apelacije te naveo da se ista može uložiti protiv „presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini“. Shodno tome, kod nas nije dozvoljena apelacija protiv pojedinačnih pravnih akata drugih državnih organa – zakonodavnih, izvršnih i upravnih te protiv akata institucija koje imaju javna ovlaštenja. Ovakvo rješenje koje proizilazi iz same citirane ustavne odredbe o apelacionoj nadležnosti svojom odlukom potvrdio je i sam Ustavni sud. Odlučujući u predmetu U 3/96, u svojoj Odluci objavljenoj u Službenom glasniku BiH, broj 5/98, Ustavni sud BiH je odbacio apelaciju ne iz razloga *ratione temporis*, nego iz razloga što Ustavni sud nije u principu, nadležan da preispituje rješenja općinskih organa. Ustavnosudska zaštita prava i sloboda povrijeđenih pojedinačnim aktima uprave moguća je dakle samo u onim upravnim postupcima koji se okončavaju upravnim sporom. U svojoj dosadašnjoj praksi, Ustavni sud je u više navrata o povredi ustavnih prava apelanata izvršenoj pojedinačnim aktima organa uprave, doduše, posredno, odlučujući o odlukama redovnih sudova koji su u upravnim sporovima odlučivali o zakonitosti konačnih upravnih akata. U tim odlukama, ukoliko bi našao da je došlo do povrede ljudskih prava i sloboda, Ustavni sud BiH je kasirao ne samo

44 Vidjeti Odluku o dopustivosti i meritumu, broj AP-2497/06 od septembra 2008. godine, Bilten Ustavnog suda BiH 2008. godina- II dio, Sarajevo, 2009, str. 249-261.

45 Odluka AP-2497/06 od septembra 2008. godine, Odluka broj AP-2621/07 od decembra 2009., Odluka broj AP-45/02 od juna 2004. i Odluka broj AP-2706/06 od oktobra 2008. godine,

46 Ovakva praksa potvrđena je i odlukom broj AP-1199/06 od 13. juna 2006. godine objavljenoj u „Službenom glasniku BiH“, broj 77/06.

47 Vidjeti Odluku broj AP-912/06 od septembra 2007. godine

upravnosudske odluke, već nerijetko i odluke upravnih organa vlasti⁴⁸, čime je pojedinačni upravni akt posrednim putem postao predmet apelacije.

Usko vezano za gore analizirano pitanje je i pitanje mogućnosti ulaganja apelacije protiv radnji državnih organa. S obzirom da se apelacija podnosi u slučaju kada je do povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda došlo odlukom suda, materijalne radnje ne mogu biti predmet apelacije. Ukoliko je materijalnom radnjom organa javne vlasti i došlo do povrede ustavnih prava građana, oni protiv takvih radnji mogu koristiti djelotvorna pravna sredstva pred redovnim sudovima. Tek nakon toga, eventualno se može podnijeti apelacija koja će se tada odnositi na određeni akt državnog organa, a ne na radnju. Upravo zbog ovih razloga, apelacije protiv materijalnopравnih radnji organa javne uprave su u dosadašnjoj praksi podnošene izuzetno i to u specifičnim pitanjima. Razmatrajući te malobrojne primjere neposrednog podnošenja apelacije protiv materijalnih radnji organa javne vlasti, Ustavni sud je u predmetu prisilnog zadržavanja apelanata u kazneno-popravnim zavodima na izdržavanju mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, zauzeo stav da se apelacija može ponijeti i protiv materijalnih radnji organa javne vlasti, jer nisu postojali djelotvorni pravni lijekovi koji su dostupni apellantima, a koje bi trebalo da iscrpe. Naime, u ovom slučajevima, a u skladu sa novom zakonskom regulativom, te u skladu sa standardima Evropske konvencije⁴⁹ trebalo je ova lica pustiti iz kaznenih zavoda i premjestiti ih u ustanove pod nadzorom centara za socijalni rad. No bez obzira na to, ova lica su i dalje prisilno zadržavana u kaznionicama, čime im je po mišljenju Ustavnog suda povrijeđeno pravo na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava BiH i člana 5.stav 1e i stav 4. Evropske konvencije.⁵⁰ Prema mišljenju Ustavnog suda, navedena lica prema pozitivnim propisima nisu imala mogućnost „... da ostvare zaštitu prava koja traže, budući da ih sudovi upućuju na centre za socijalni rad, a centri za socijalni rad se pravdaju da nemaju potrebne uslove da bi preuzeli brigu o apellantima.“. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da ne postoje djelotvorni pravni lijekovi koji su dostupni apellantima, a koje bi trebalo da iscrpe. U ovim okolnostima Ustavni sud nije spriječen da razmatra apelaciju.

5. Zaključak

U pravnoj nauci, a ni u uporednom pravu ne postoji saglasnost o tome šta sve može biti predmet ustavne žalbe, odnosno koji sve akti mogu biti ožalbeni. Svaka zemlja koja poznaje ovaj institut samostalno određuje koji akti i pod koji uslovima

48 Vidjeti odluku o dopustivosti i meritumu, broj AP-979/04 od 23.septembra 2005. godine kojom je pored presude Kantonalnog suda ukinuto i rješenje prvostepenog i drugostepenog organa uprave koje je doneseno u postupku povrata stana u posjed.

49 Vidjeti presudu Winterwerp protiv Holandije, od 24.oktobra 1979.godine

50 Odluka broj AP-672/07 od decembra 2009. godine, Ustavni sud BiH, Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2009. godine, Sarajevo, 2010. str. 783-796.

mogu bit ožalbeni. U najvećem broju država, predmet ustavne žalbe je po uzoru na SR Njemačku dosta široko određen pa se ustavna žalba može uložiti protiv svih pojedinačnih akata i radnji državnih organa, odnosno institucija koje imaju javna ovlaštenja, naravno ukoliko je tim aktima povrijeđeno neko od ustavom zaštićenih prava i sloboda. U Bosni i Hercegovini, također postoji ustavna žalba, odnosno njoj sličan institut. To je apelacija pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. Međutim, naš ustavotvorac se opredijelio za dosta „ograničeno“ određenje predmeta ustavne žalbe, te odredio da se apelacija može uložiti „protiv presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini. Shodno tome, kod nas nije dozvoljena apelacija protiv pojedinačnih pravnih akata drugih državnih organa – zakonodavnih, izvršnih i upravnih te protiv akata institucija koje imaju javna ovlaštenja. Ovakvo rješenje koje proizilazi iz same citirane ustavne odredbe o apelacionoj nadležnosti svojom odlukom potvrdio je i sam Ustavni sud. Odlučujući u predmetu U 3/96, u svojoj Odluci objavljenom u Službenom glasniku BiH, broj 5/98, Ustavni sud BiH je odbacio apelaciju ne iz razloga *ratione temporis*, nego iz razloga što Ustavni sud nije u principu, nadležan da preispituje rješenja općinskih organa. Ustavnosudska zaštita prava i sloboda povrijeđenih pojedinačnim aktima uprave moguća je dakle samo u onim upravnim postupcima koji se okončavaju upravnim sporom. U svojoj dosadašnjoj praksi, Ustavni sud je u više navrata odlučivao o povredi ustavnih prava apelanata izvršenoj pojedinačnim aktima organa uprave, doduše, posredno, odlučujući o odlukama redovnih sudova koji su u upravnim sporovima odlučivali o zakonitosti konačnih upravnih akata. U tim odlukama, ukoliko bi našao da je došlo do povrede ljudskih prava i sloboda, Ustavni sud BiH je kasirao ne samo upravnosudske odluke, već nerijetko i odluke upravnih organa vlasti,⁵¹ čime je pojedinačni upravni akt posrednim putem postao predmet apelacije.

Literatura :

Knjige, članci

Borković, Ivo, Upravno pravo, Zagreb, 1984,

Đurić, Vladimir, Ustavna žalba, Beograd, 2000.

Ermacora, Federico, *Procedure et techniques de protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle Autrichienne*, *Revue internationale de droits de droits compare*, N. 2, 1981.

Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Zagreb, 1983,

Kamarić, Mustafa; Festić Ibrahim, *Upravno pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2004

Ruiz. G.-Ruiz.R.: *Ustavno sudstvo u Španiji*, *Pravni život*, Beograd, broj 11/1997

Krbek, Ivo, *Pravo javne uprave*, Zagreb, 1960.

⁵¹ Vidjeti odluku o dopustivosti i meritumu, broj AP-979/04 od 23.septembra 2005. godine kojom je pored presude Kantonalnog suda ukinuto i rješenje prvostepenog i drugostepenog organa uprave koje je doneseno u postupku povrata stana u posjed.

Ohlinger, T., Object et portee de la protection des droit fondamentaux – Cour Constitutionnelle Autrichienne, Revue internationale de droits coompare, N. 2, 1981,

Pobrić, Nurko, Pravosnažnost upravnih akata, Slovo, Mostar, 2002,

Steinberg, H., Judicial Protetcion of Human Rights at the national and International Level Report on the Federal Republic of Germany, in Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level, I, Milano 1991

Stjepanović, Nikola; Lilić Stevan, Upravno pravo, Beograd,

Stojanović, D, Ustavno sudstvo i zaštita prava i sloboda, Pravni život, Beograd, br 12. 1995.

Šarčević, Edin, Ustavno uređenje Savezne republike Njemačke, Sarajevo, 2005

Pravni izvori

Ustav Bosne i Hercegovine

Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovineprečišćeni tekst („Službeni glasnik BiH“, broj 100/15)

Zakon o upravnom postupku BiH,(“Službeni glasnik BiH“, br.29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13, 53/16- neslužbeni prečišćeni tekst),

Zakon o upravnom postupku FBiH,(“Sl.novine FBiH, broj 2/98),

Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srpske, „Sl. Glasnik RS“, br.13/2001, 87/2007 i 50/2010) i

Zakon o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, broj 3/00) s izmjenama i dopunama Zakona o upravnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, brojevi 5/00, 9/02, 8/03, 8/04, 25/05, 8/07, 10/07, 19/07, 2/08, 36/09)

Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, br. 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10))

Zakon o upravnim sporovima FBiH („Služben novine FBiH“, broj 9/05),

Zakon o upravnim sporovima RS („Službeni glasnik RS“, broj 109/05)

Zakon o upravnim sporovima Brčko Distrikta BiH(„Službeni glasnik BD BiH“, broj 4/00 i 1/01).

Zakon o Ustavnom sudu Republike Austrije.-Verfassungsgerichtshofgesetz (<http://www.vfgh.gv.at>)

Ustavni zakona o Ustavnom sudu RepublikeHrvatske („Narodne novine RH“, broj 49/02.)

Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine RH“, broj 29/02)

Zakon o Ustavnom sudu Republike Slovenije („Uradni list RS“, št. 64/07-uradno prečišćeno besedilo in 109/12)

Amra Jašarbegović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law of the Dzemal Bijedic University of Mostar

**ADMINISTRATIVE ACT AS THE SUBJECT OF A CONSTITUTIONAL
COMPLAINT – A REVIEW OF THE SOLUTIONS IN BOSNIAN-
HERZEGOVINIAN LAW-**

Summary

The author examines the possibility of constitutional protection of human rights and fundamental freedoms violated by individual acts and acts of the administrative bodies through a constitutional complaint or constitutional suit. In this regard, after analyzing the very concept and basic characteristics of the administrative act, the possibility of lodging a constitutional complaint against these acts in modern states and Bosnia and Herzegovina, which constitutional court also has jurisdiction to decide on violation of basic rights and freedoms through an appeal before the Constitutional Court Court of BiH. Consideration of this issue was done through the analysis of the existing normative solutions in comparative and domestic law and through the analysis of the previous jurisprudence of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in this area. At the end of the paper, substantiated proposals and recommendations for improving this aspect of protection of human rights and fundamental freedoms in our legal system are modeled on the solutions in comparative law.

Keywords: administrative act, constitutional complaint, appeal, constitutional court, human rights and freedoms

ULOGA, ZNAČAJ I RAZVOJ LJUDSKIH PRAVA U MEĐUNARODNIM ODNOSIMA I PRAVU

Sažetak

Prema tradicionalnoj definiciji međunarodnog prava kao prava koje uređuje odnose isključivo između nacionalnih država, koja je nakon Drugog svjetskog rata obuhvatila i razne novostvorene međuvladine organizacije priznajući im neka vrlo ograničena prava, individualna ljudska bića su smatrana prije objektima, nego subjektima i kao takvim nisu im bila priznata međunarodna subjektivna prava. Ovakvo stajalište napušteno je u periodu između Prvog i Drugog svjetskog rata, ali je najznačajniji progres u internacionalizaciji i standardizaciji ljudskih prava postignut tek nakon Drugog svjetskog rata, kada dolazi, iako rijetko i nesistematično, do tzv. humanitarnih intervencija. Danas je u shvatanju (međunarodnih) ljudskih prava preovladavajući internacionalistički model koji smatra da je "međunarodna zajednica" zajednica država, kao i nevladinih organizacija i pojedinaca koji su formalno ili neformalno inkorporisani u međunarodne političke procese, a međunarodna aktivnost u sferi ljudskih prava dozvoljena je samo u skladu i do mjere do koje to dopuštaju norme međunarodne zajednice. U radu se analiziraju: uloga, značaj i razvoj ljudskih prava u međunarodnim odnosima i pravu, evolucija ljudskih prava posebno u međunarodnom pravu ljudskih prava, internacionalizacija ljudskih prava, teoretski modeli međunarodnih ljudskih prava i odnos ljudskih prava i suverenosti državne vlasti.

Ključne riječi: ljudska prava, međunarodni odnosi, međunarodno pravo, međunarodni politički sistem, suverenost državne vlasti, internacionalizacija ljudskih prava

1. Uvod

Tradicionalno shvatanje državne suverenosti kao apsolutno neograničene državne vlasti nad svojim stanovništvom i na svom teritoriju podrazumijevalo je i nužnost neintervencionizma, odnosno "obaveze nemiješanja u pitanja koja su prvenstveno stvar unutrašnje jurisdikcije suverene zemlje"¹, a ljudska prava su uobičajeno smatrana upravo takvim pitanjem unutrašnje jurisdikcije.

Prema tradicionalnoj definiciji međunarodnog prava kao prava koje uređuje

¹ Donelly, Jack, Međunarodna ljudska prava, Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, juni/lipanj 1999., str. 11.

odnose isključivo između nacionalnih država, koja je nakon Drugog svjetskog rata obuhvatila i razne novostvorene međuvladine organizacije priznajući im neka vrlo ograničena prava, individualna ljudska bića su smatrana prije objektima, nego subjektima i kao takvim nisu im bila priznata međunarodna subjektivna prava. "U mjeri u kojoj su države imale bilo kakve međunarodnopravne obaveze u odnosu prema pojedincima, smatralo se da se radi o obavezama prema državama čiji su oni državljani."²

Iz suštine ovih teorija proizilazi zaključak da način na koji je država postupala sa svojim državljanima nije bio uređen međunarodnim pravom, nije uticao na prava drugih država, a pošto se međunarodno pravo nije primjenjivalo na povrede ljudskih prava koje je činila država protiv svojih državljana, smatralo se da je to u isključivoj nadležnosti svake države i bilo je zabranjeno drugim državama da se umiješaju ili intervenišu u korist državljana države koja ih je zlostavljala.

Ovakvo stajalište napušteno je u periodu između Prvog i Drugog svjetskog rata, ali je najznačajniji progres u internacionalizaciji i standardizaciji ljudskih prava postignut tek nakon Drugog svjetskog rata, kada dolazi, iako rijetko i nesistematično, do tzv. humanitarnih intervencija.

„Posmatrano sociološki, kao i kroz prizmu etičkih načela i čovek, pojedinac je član međunarodne zajednice. Međutim, na međunarodnopravnom terenu on može ta svoja prava ostvariti i pretvoriti u konkretnu akciju, po pravilu, samo posredstvom države čiji je državljanin. Posle Drugog svjetskog rata činjeni su ozbiljni napor da se i pojedinac neposredno veže za međunarodnu zajednicu, da mu se prizna svojstvo subjekta međunarodnog prava. Ti zahtevi polazili su od potreba da se ljudski problemi izazvani industrijskom revolucijom, političkim procesima, demografskom ekspanzijom, reše na jednom širem sveobuhvatnom planu. Međutim, ideološke suprotnosti, pri čemu se spoljna politika pojedinih zemalja identifikovala sa određenom ideologijom, hladni rat i vojni savezi, ojačali su ulogu države i ostavili malo mesta za rešavanje opštih ljudskih problema. Umesto toga eksponirana je i na međunarodnom planu opšta opasnost koja pretila čovečanstvu, a koju je moguće sprečiti samo posredstvom jakih i organizovanih država. To su razlozi da su i pokušaji čvrstog vezivanja čoveka za međunarodnopravni poredak dali relativno slabe rezultate, iako treba podvući, da se pitanju osnovnih ljudskih prava i sloboda posvetila ogromna pažnja.“³

Za razliku od ranije dugog i upornog tretiranja ljudskih prava kao unutrašnje stvari svake zemlje, pri tom se zaklanjajući za državni suverenitet, veliki broj država danas prihvata ljudska prava kao element međunarodnog javnog poretka i njihovo kršenje smatra narušavanjem međunarodnih obaveza država. Koristeći se opštepriznatim načelom međunarodnog prava po kojem država svoj suverenitet može ograničiti ugovorom, države mogu zaključiti ugovor kojim se usaglašavaju

2 Buergethal, Thomas, Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Sarajevo, 1998., prema Oppenheim, L., International Law, vol. 1, str. 362. (2. izd. 1912.)

3 Avramov, Smilja, Kreća, Milenko, Međunarodno javno pravo, Beograd, 1999., str. 74.

da će svojim državljanima priznavati određena ljudska prava, i time su države, u domašaju tog sporazuma, internacionalizirale to konkretno pitanje.⁴

Ovo načelo odigralo je značajnu ulogu u razvoju međunarodnih ljudskih prava i postepenoj internacionalizaciji ljudskih prava, procesu koji je započeo u 19. vijeku zaključivanjem Ugovora o zabrani trgovine robljem i međunarodnim sporazumima o zaštiti hrišćanskih manjina u Otomanskom carstvu, a potom nastavljen posebno značajnim i zanimljivim Berlinskim ugovorom iz 1878. godine koji je priznao specijalni status nekim vjerskim grupama i poslužio kao model za sistem manjina koji je kasnije ustanovljen u okviru Društva naroda.

Međunarodna ljudska prava danas se prihvataju ne samo kao tema o kojoj se jako često raspravlja u velikom broju zemalja, nego i kao uobičajen dio međunarodnih odnosa.

2. Pojam, značaj i razvoj ljudskih prava

Ljudskim pravima utvrđuje se pravni položaj pojedinca u odnosu na državnu vlast, najvećim brojem ljudskih prava država se ograničava kako bi se ostvarile ljudske slobode ili se od nje traži djelovanje u cilju zaštite ljudskih prava. Ljudska prava su jedan od najizražajnijih indikatora prema kojima se određuje karakter države. Prema modernoj ustavnopravnoj i političkoj teoriji, za određivanje jednog ustavnog, odnosno političkog sistema, najvažnije je kakav položaj u tom sistemu ima čovjek (građanin), tj. kako je u tom sistemu određen odnos: vlast - čovjek (građanin). "Ustavni položaj ljudskih prava, u demokratskoj državi morao bi ispunjavati slijedeće premise: u ustavnom poretku države ljudska prava moraju imati apsolutni prioritet, kako u pogledu svoje egzistencije, tako i u pogledu svoje zaštite, ustavni poredak mora osigurati ustaljenu interpretaciju u vezi sadržine i opsega ljudskih prava, kako bi se u toj sferi izbjegla arbitrarnost i proizvoljnost u tumačenju, ljudska prava moraju imati efikasnu institucionalnu zaštitu i eventualne promjene u sferi ljudskih prava (promjena interpretacije, ograničavanje starih, uvođenje novih ljudskih prava) mora biti rezultat racionalne i demokratske rasprave i procedure uz jednako reprezentiranje interesa svih članova političke zajednice."⁵

Ideja ljudskih prava odigrala je ključnu ulogu u borbi protiv političkog apsolutizma kasnog 18. i ranog 19. vijeka. Druga polovina XX vijeka donosi internacionalizaciju ljudskih prava, kvalitetno novu dimenziju ljudskih prava u smislu njihovog normiranja, ostvarivanja i zaštite, zahvaljujući i ujedno time čineći krupan napredak institucionalizacije međunarodne zajednice, gdje su se u okviru Organizacije ujedinjenih nacija okupile gotovo sve države svijeta, na podlozi Povelje UN-a, čiji se sadržaj bazira upravo na opredjeljenju za mir, slobode i ljudska prava. Upravo ljudska prava i osnovne slobode i jesu područje u kojem je međunarodno pravo daleko najviše napredovalo stalnim širenjem korpusa ljudskih

4 Vidjeti šire: Buerghenthal, Thomas, nav. djelo, str. 19.

5 Pobrić, Nurko, Ustavno pravo, Mostar, 2000., str. 381.

prava i detaljnošću u njihovom normiranju, ali i sve većom institucionalizacijom staranja o njihovom ostvarivanju i zaštiti, uključujući i posebne, sada od ključnog značaja instrumente i institute te zaštite na međunarodnom nivou.

Kako bi se zajednički usaglasilo koja se sve prava imaju smatrati "ljudskim pravima" i kako ih najefikasnije štiti, Vijeće Evrope je koncipiralo "Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda." Ova konvencija je mnogo više od jednostavne proklamacije niza prava i sloboda za svakoga ko živi u zemljama potpisnicama. Sigurno je da su njihova prava zaštićena Evropskim sudom za ljudska prava. To znači da svako ko smatra da je njegovo ili njeno pravo ugroženo može podnijeti tužbu protiv bilo koje države koju smatra odgovornom za to. Osim što preuzima i potvrđuje sva ljudska prava nabrojana u Univerzalnoj deklaraciji i obezbjeđuje efikasne mehanizme za njihovu zaštitu, Konvencija uvodi u međunarodno pravo jednu do tada potpuno nepoznatu novinu. Konvencijom je, u cilju što potpunije zaštite prava čovjeka i polazeći od toga da suverenost mora odstupiti pred zaštitom prava pojedinca, napravljen izuzetak od opšteg i generalno važećeg pravila međunarodnog prava da pojedinac ne može da se spori sa državom pred nekim međunarodnim sudskim organom, a pogotovu je bilo nezamislivo da se državljanin neke zemlje pojavljuje ravnopravno sa vlastitom državom kao stranka u sporu pred međunarodnim sudom. Države potpisnice Evropske konvencije o ljudskim pravima su se obavezale da će u skladu sa svojom jurisdikcijom osigurati svakom pojedincu zagwarantovana građanska i politička prava i slobode utvrđene Konvencijom. Historijski i bez presedana korak u međunarodnom pravu, napravljen Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, predstavljala je saglasnost suverenih država da dozvole da nadnacionalni sud revidira sudske odluke domaćih pravosuđa i da one budu obavezujuće u odnosu na njegove presude, koje mogu podrazumijevati zahtjev da određena država mijenja zakone i plaća kompenzacije, čime u praksi zaživljava teorija o fundamentalnom karakteru ljudskih prava, izdizanjem prava iznad zakona i prakse jedne države. „Konvencija, kao prvo, sadrži obavezu za države-članice Savjeta (ratifikacija Konvencije je uslov za prijem u članstvo) da u određenom roku usaglase svoje zakonodavstvo sa odredbama Konvencije, a, potom, one su obavezne da prihvate nadležnost organa Saveta, političku, ali i sudsku, kad je reč o nadzoru nad poštovanjem prava unetih u Konvenciju. Svako lice koje se nađe na teritoriji države-članice Saveta (dakle, ne samo državljani zemalja koje su Konvenciji pristupile, već čak i apatridi ili osobe koje dolaze iz država koje se Konvencijom nisu obavezale što je takođe u međunarodnom pravu izuzetak od opšteg pravila da pogodnosti iz nekog međunarodnog ugovora mogu koristiti samo državljani države ugovornice, a smatra da su mu prava zagwarantovana Konvencijom prekršena, može, pošto je iscrpelo sve pravne lekove u zemlji u kojoj je bilo žrtva prekršaja, da se obrati organima Saveta Evrope, pa pod određenim uslovima i Evropskom sudu za ljudska prava, kako bi njegovo pravo koje je data država prekršila bilo zaštićeno, a ono samo dobilo odgovarajuću

reparaciju."⁶ Kasnije je Vijeće Evrope dopunilo Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ostalim tekstovima kao što su: Evropska socijalna povelja i Evropska konvencija o sprječavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretiranja ili kažnjavanja.

Reći da postoji opšta prihvaćenost osnovnih principa ljudskih prava na državnom i međunarodnom nivou ne podrazumijeva i istovjetnost shvatanja o njihovoj prirodi i obimu primjene. Još su i danas prisutna teorijska razilaženja o porijeklu, opravdanosti, značaju i načinu primjene pojedinih ljudskih prava.

Ako je pravo predodređeno da služi ljudima, čineći čovjeku društvo u kojem živi predvidivim i dajući mu pravnu sigurnost, onda su ljudska prava - prava globalnog karaktera nastala kao izraz društveno-historijskih previranja i sa vjerom u bolje sutra čovječanstva.

S obzirom na društvenu prirodu ljudskih prava i sloboda izvršena je podjela ljudskih prava na građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna. Dok građanska prava karakteriše čovjekova autonomija u odnosu na državu, političkim pravima (nazivanim još i pravima participacije) pripadaju ona prava koja znače čovjekovo učešće u upravljanju državnim i inače javnim poslovima. I građanska i politička prava se primarno baziraju na načelu slobode.

Politička prava, sadržana su, u pravilu, u katalogu ljudskih prava i predstavljaju dio ustavnih odredbi sa kojima su, po principu ustavnosti i zakonitosti, usklađeni čitav pravni sistem i zakonska zaštita ljudskih prava i sloboda. Kao klasična politička prava i slobode smatraju se politička prava koja uključuju slobodu mišljenja, govora, vjeroispovijesti, pisanja, okupljanja, udruživanja, pravo na informisanje, aktivno i pasivno biračko pravo, pravo na demokratske izbore i političke predstavnike, pravo na učešće u zajednici, vlasti, javnom i političkom životu.

Politička prava, zajedno sa građanskim pravima, pripadaju klasičnim, najstarijim ljudskim pravima, pravima prve generacije, koja su se posebno značajno razvijala unutar zapadnoevropske historije, a vrijednosti njima zaštićene, bile su i jesu, svakako, poznate i štice i u ostalim društveno-historijskim i kulturno-civilizacijskim krugovima, možda izražene na nešto drugačiji način. Svojim sadržajem politička prava uglavnom garantuju imperativ zaštite prava pojedinca i temeljnih vrijednosti, poštovanje prostora slobode zaštićenog od neovlaštenog i nezakonitog uplitanja trećih lica i sugeriraju demokratski oblik državnog uređenja, vladavinu prava i politički i pravni sistem u kojem je zaštita temeljnih prava i sloboda građana neodvojiv dio pravnog poretka. Upravo zadiranje političkih prava u srž pravnog i političkog sistema rezultiralo je duboko ideologiziranim pristupom prilikom rada na njihovoj kodifikaciji u Ujedinjenim nacijama, na način da su zemlje komunističkog političkog sistema minimizirale njihov značaj u ukupnom korpusu ljudskih prava, a temeljeno na promjenama koje su donijele socijalističke revolucije inspirisane vraćanjem digniteta čovjeku

6 Obradović, Konstantin, Pravna država i ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, www.management.org.you/obradov2.php, str. 6.

u jednom novom poimanju slobode i ljudskih prava, dok je oprečno stanovište naglašavalo da su građanska i politička prava, za razliku od drugih, poseban oblik moralnih prava koja predstavljaju prava svih ljudi u svim vremenima, te da imajući na umu vrijednosti koje štite i obavezu njihovog poštovanja, ova prava čine suštinu i okosnicu pojma ljudskih prava. Diskriminacija osoba po bilo kojem osnovu (rasa, boja, spol, jezik, vjera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, imovno stanje, rođenje ili svaka druga okolnost) u uživanju građanskih i političkih prava predstavlja povredu ljudskih prava.

Katalogom ljudskih prava, između ostalih, utvrđena su sljedeća politička prava:

sloboda mišljenja i izražavanja, sloboda mirnog okupljanja, sloboda udruživanja, uključujući i slobodu sindikalnog udruživanja, pravo učestvovanja na svim razinama vlasti u državi. Građanska i politička prava koja su se nalazila u ustavima zapadnoevropskih zemalja, dobila su međunarodni karakter i postala su zajednička baština čovječanstva usvajanjem Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948. godine, Rezolucijom 217 (III), a osim Univerzalne deklaracije na politička prava posebno se, između ostalih, odnose: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,⁷ Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,⁸

Drugi fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,⁹ Konvencija o političkim pravima žena,¹⁰ Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije,¹¹ Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena.¹²

„Kao istovremeni oblik ljudskih prava i nužni preduvjet njihovom postojanju i zaštiti stoje demokratska država, vlast koja legalitet temelji na volji građana kao nosioca suvereniteta, pravna država i vladavina prava u koje su inkorporirana ljudska prava, podijeljene zakonodavna, izvršna i sudska vlast kao jedna od garancija da će temeljna prava i slobode građana biti zaštićeni, javnost djelovanja državnih organa kao jedan od načina kontrole u vršenju vlasti, politička i pravna odgovornost nosilaca vlasti, pravna pred zakonom i politička pred biračkim tijelom. Izostanak političkih i pravnih pretpostavki ostavlja građanska i politička

7 Usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje Rezolucijom Generalne skupštine 2200A (XXI) od 16.12.1966. godine, stupio na snagu 23.3.1976. u skladu sa članom 49.

8 Usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje Rezolucijom Generalne skupštine 2200 (XXI) od 16.12.1966. godine, a stupio na snagu 23.3.1976. godine u skladu sa članom 9.

9 Prihvaćen i proglašen Rezolucijom Generalne skupštine 44/128 od 15.12.1989. godine.

10 Usvojila je Generalna skupština 20.12.1952. godine.

11 Usvojena i otvorena za potpis i ratifikaciju Rezolucijom Generalne skupštine 2106 (XX) od 21.12.1965., a stupila na snagu 4.1.1969. u skladu sa članom 19.

12 Usvojena i otvorena za potpis Rezolucijom Generalne skupštine 34/180 od 18.12.1979. Stupila na snagu 3.9.1971. u skladu sa odredbama člana 27

prava u praznom prostoru proklamacije.¹³ Građanska i posebno politička prava počivaju na sljedećim pretpostavkama: narodni suverenitet, podjela vlasti, pravna država i vladavina prava, te prožimanje političkog i pravnog sistema ljudskih prava. Narodni suverenitet podrazumijeva da se osnov svake vlasti nalazi u narodu, pri čemu narod označava sve građane jedne države bez obzira na spol, nacionalne, etničke, religijske ili bilo koje druge razlike i gdje narodu, kao nosiocu suvereniteta, pripada pravo na političko samoopredjeljenje, na slobodni izraz političke volje, a uz ideju suvereniteta naroda i slobodnog izražavanja političke volje direktno se vezuje pojam demokracije kao oblika političke vlasti u kojem narod posjeduje stvarnu mogućnost za nesmetan izraz svoje slobodne političke volje koja je neizostavni dio ljudskih prava. Upravo ideja o narodnom suverenitetu i pravo na samoopredjeljenje prisutni su u građanskim i političkim pravima priznatim u Ujedinjenim nacijama, u oba pakta o ljudskim pravima, u Deklaraciji o davanju nezavisnosti kolonijalnim zemljama i narodima.

Ekonomska, socijalna i kulturna prava su historijski nastala kasnije nego građanska i politička prava. Ova prava imaju društvenu funkciju da ljude dovedu u što ujednačeniji i pravedniji društveni položaj. Smatra se da je njihovo postojanje uslov za uživanje građanskih i političkih prava, jer ih čovjek koji je neobrazovan, siromašan i u okolnostima socijalne bijede zaista teško može ostvarivati. Načela jednakosti i solidarnosti su njihov primarni oslonac.

Postoji stanovište da su ekonomska, socijalna i kulturna prava manje važna od građanskih i političkih prava, ali i stanovište (posebno došlo do izražaja u periodu "realnog socijalizma") da su građanska i politička prava sekundarna i "luksuzna", pa i da smetaju društvenom razvoju. Prva prava se još kvalifikuju "pozitivnim", karakterističnim po tome što traže da drugi obezbijede aktivnu podršku za njihovo ostvarivanje), a druga (građanska i politička) "negativnim pravima" - jer se smatra da samo zahtijevaju suzdržavanje drugih da bi ona bila ostvarena. No, teško je prihvatiti ovakve isključive klasifikacije, iz prostog razloga što sva ljudska prava predstavljaju cjelinu, što njihovoj afirmaciji ne služi podjela na važnija i manje važna, te što u osnovi svako to pravo istovremeno zahtijeva i suzdržavanje i pozitivnu akciju.¹⁴

Pojam "prava čovjeka i građanina" često se upotrebljava kod normiranja i stručno-naučnog izražavanja ljudskih prava i pri tome se pod pravima čovjeka podrazumijevaju uglavnom tzv. klasična (prirodna) prava, koja pripadaju svakom čovjeku bez obzira na njegovu državljansku i drugu pripadnost, a prava građanina se vežu za čovjekov državljanski status. Ovakvo razlikovanje ljudskih danas je prisutno uglavnom na području kategorije tzv. političkih prava.

Ljudska prava u pravnoj doktrini i zakonodavstvu (domaćem i međunarodnom) dijele se još i na individualna i kolektivna ljudska prava – u ukupnoj društvenoj funkciji prava čovjek kao pojedinac njegov je osnovni subjekt,

13 Bakšić-Muftić, Jasna, nav. djelo, str. 191.

14 Miličević, Nedo, Ljudska prava, Sarajevo, 2007., str. 13.

ali još češće individualno pravo pojedinca je limitirano realnim stanjem tog prava u društvenom kolektivitetu kojem on pripada.

U međunarodnim pravnim aktima novijeg datuma, pri normiranju ljudskih prava čije se uživanje garantuje čovjeku kao pojedincu, sve češće dodaju i pojmovi "pojedinačno ili u zajednici s drugima", "u zajednici s drugima" itd. Društvena prava su takva prava koja se mogu realizirati samo u odnosu na druge članove društva. U društvena prava spadaju prava na komunikaciju, kao što su: sloboda vjeroispovijesti, sloboda okupljanja i sloboda (pravo) vlasništva. Politička prava vezana su za demokratiju. Ona, kao minimalni uvjet demokratije, podrazumijevaju: jednako biračko pravo, jednak pristup svim javnim službama i jednak tretman u vezi zaposlenja, poziva i imenovanja¹⁵.

Državljanški status, kao javnopravna veza, odnos između pojedinca i države uslov je za uživanje mnogih ljudskih prava u određenoj državi, jer su pojedincu – državljaninu, uz odgovarajuće obaveze, formalnopravno dostupna sva građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava, neovisno od toga da li se pojedinac – državljanin nalazi na domaćoj ili stranoj državnoj teritoriji. Država, u pravilu, samo svojim državljanima u potpunosti osigurava uživanje ljudskih prava, posebno političkih prava na svojoj teritoriji, te osigurava posebnu pravnu zaštitu u inostranstvu, a korelacija tim pravima su posebne dužnosti državljana prema državi (vojna obaveza, plaćanje poreza, pokoravanje ustavu i zakonima i dr.).

Podjela ljudskih prava prema pravnom režimu zaštite politička prava svrstava u prava koja su relativno zaštićena, i prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: sloboda izražavanja i sloboda udruživanja spadaju u prava koja su podložna restrikciji u duhu klauzule općeg poretka; pravo na slobodne izbore je pravo koje se može derogirati (dakle, može se suspendirati na određeno vrijeme), ali nije podložno restrikciji.

„Klauzula javnog poretka znači da vršenje spomenutih prava može biti objekt predviđenih restrikcija koje su propisane zakonom i koje su neophodne u demokratskom društvu radi zaštite javnog poretka. Da bi, dakle, bilo dopušteno miješanje države u ova garantirana prava, potrebna su tri uvjeta: dje predviđeno zakonom, što znači da je to dato zakonom, da je dostupna odredba građaninu i da su precizno definirani uvjeti i modaliteti ograničenja prava, da se radi o legitimnom cilju kao što su nacionalna bezbjednost, javna sigurnost, ekonomsko blagostanje države, odbrana poretka, prevencija krivičnih djela, zaštita zdravlja i javnog morala i zaštita prava i sloboda drugih, da je neophodno u demokratskom društvu, znači da se radi o miješanju države u društvo u kojem vladaju pluralizam, tolerancija i duh otvorenosti, dalje, da odgovaraju neophodnim socijalnim potrebama i da su srazmjerne legitimnom cilju.“¹⁶

15 Neuman, Franz, nav. rad, str. 100 – 103. prema Pobrić, Nurko, nav. djelo, str. 390.

16 Sadiković, Čazim, Evropsko pravo ljudskih prava, Sarajevo, 2003., str. 56.

Sve klasifikacije i grupisanja ljudskih prava i sloboda doprinose potpunijem shvatanju njihovog smisla i suštine, s tim što se uvijek mora imati u vidu da ta prava predstavljaju cjelinu.

3. Ograničenja ljudskih prava i osnovnih sloboda

Odbredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima predviđene su tri vrste ograničenja ljudskih prava i osnovnih sloboda: derogacija, izuzeci i restrikcije.

Derogacija ili stavljanje van snage određenih ljudskih prava i osnovnih sloboda je najprisutniji oblik ograničavanja ljudskih prava u vanrednim okolnostima kakve su rat, unutrašnji neredi i postojanje drugih javnih opasnosti čiji intenzitet mora biti tako velik da ozbiljno ugrožava normalno funkcioniranje instituciji države i prijeti fizičkom opstanku naroda u cjelini ili nekog njegovog dijela. U izuzetnim okolnostima država kao osnovni obaveznik u zaštiti ljudskih prava derogacijom stiče jedan od načina da se "odbrani" od obaveze zaštite ljudskih prava, jer za odredbe koje se inače moraju poštovati i koje moraju imati безусловnu zaštitu, u vanrednim stanjima, u doba rata ili druge javne opasnosti koja prijeti opstanku nacije, važi princip "nužda zakon mijenja".¹⁷ I Povelja UN-a predviđa mogućnost derogacije. U članu 2. stav 7. ističe se da ništa ne ovlašćuje UN da se miješaju u pitanja koja se po suštini nalaze u unutrašnjoj nadležnosti svake države, osim kada je to potrebno radi održavanja ili ponovnog uspostavljanja mira i sigurnosti. Pošto je odredbama o derogaciji data mogućnost državi da ograniči određena ljudska prava, ali samo u mjeri u kojoj je to potrebno, za državu iz tih odredbi proizilaze mnoga iskušenja u smislu rizika da države prekorače granice dopuštenog i opravdanog postupanja i da time budu postignuti sasvim suprotni efekti od onih koje se imalo na umu kod odredbi o derogaciji.

"Formalni uvjeti pod kojima je moguće moguće izvesti derogaciju: 1. Predmet derogacije ne mogu biti apsolutno zaštićena prava kao što su pravo na život, zabrana mučenja, nehumanog ili degradirajućeg postupanja, ropstva i potčinjenosti i zabrane retroaktivnosti krivičnih zakona; 2. Države moraju obavijestiti generalnog sekretara Savjeta Evrope o mjerama i motivima za poduzimanje mjera ograničenja u slučaju člana 15; 3. Derogacija mora biti vremenski ograničena. Suštinski uvjeti nužni za uvođenje derogacije: 1. Postojanje javne opasnosti koja ugrožava život nacije; 2. Derogacija mora odražavati stanje nužde i to samo u mjeri u kojoj je to neophodno i u kojoj situacija zahtijeva; 3. Mjere koje poduzima država u svrhu derogacije ne smiju biti u nesaglasnosti sa drugim obavezama koje je država prihvatila u međunarodnom pravu, posebno npr. u pogledu Pakta o ljudskim pravima."¹⁸

"Da bi se izvršila ograničenja ljudskih prava potrebna su tri uvjeta: ograničenje mora biti zasnovano na zakonu, ograničenje mora biti izvršeno u

17 Vidjeti šire: Sadiković, Čazim, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Sarajevo, 2001., str. 57-59.

18 Ibid., str. 58.

svrhe ostvarenja nekog legitimnog cilja i ograničenje mora biti izvršeno u interesu demokratskog društva.¹⁹

Međutim, kako država ne bi izašla iz okvira dozvoljenih odredbama Konvencije, potrebno je postojanje adekvatne kontrole ograničenja ljudskih prava koja mora ostvariti dvostruki zadatak: onemogućavanje prelaska granica dopuštenih Konvencijom i dopuštanje državama da imaju zonu slobodnog djelovanja.

Pakt o građanskim i političkim pravima sadrži i "odredbu o derogaciji". Odredba o derogaciji dopušta državama ugovornicama da "u vrijeme javne opasnosti koja ugrožava život nacije" suspendiraju sva, osim sedam najosnovnijih prava. Takođe, Pakt dopušta državama da ograniče i suze vršenje prava koja on proklamira. Za primjer se može uzeti član 18. Pakta kojim se garantira sloboda vjere i propisuje potom u stavu 3. da se "sloboda ispoljavanja vjere ili vjerovanja može podvrgnuti samo takvim ograničenjima koja su propisana zakonom i potrebna su za zaštitu javne sigurnosti, reda, javnog zdravlja ili morala, ili osnovnih prava i sloboda drugih".²⁰

Izuzeci, za razliku od derogacija, predstavljaju stalnu mogućnost za državu i ujedno su stalni predmet kontrole Evropskog suda za ljudska prava. To su ograničenja stalne prirode određena odredbama samog ljudskog prava zaštićenog Konvencijom, pa se stoga govori o "doktrini ugrađenih ograničenja".

Restrikcije su, kao i izuzeci, trajni oblici ograničenja ljudskih prava i najčešće su izraženi u pravnom standardu "neophodno u demokratskom društvu". Prihvata se suverenost država i poštuje se državno "područje procjene" prihvatljivosti tog standarda, a sve što je van tog područja slobodne procjene, jeste područje kontrole Evropskog suda za ljudska prava. Restrikcije imaju nešto širi obim od derogacija, pošto se radi o kontroli kompatibilnosti od Suda koji priznaje zonu „slobodnog djelovanja“ države.

4. Pravo međunarodnih ljudskih prava – internacionalizacija ljudskih prava

Pravo međunarodnih ljudskih prava ima svoje historijske preteče u mnogim međunarodnopravnim doktrinama i institutima, od kojih su najznačajniji humanitarna intervencija, odgovornost države za štete strancima, zaštita manjina, sistemi mandata i manjina Društva naroda i međunarodno humanitarno pravo i može se reći da, u onom obimu u kojem su sačuvani do danas, čine sastavni dio savremenog prava međunarodnih ljudskih prava.

Suština doktrine humanitarne intervencije koju je još u 17. vijeku izložio Hugo Grotius je u postavlci da je zakonita upotreba sile od jedne ili više država radi zaustavljanja neke države u zlostavljanju njenih državljana, kada je to

19 Ibid., str. 59.

20 Vidjeti šire: Buergenthal, Thomas, nav. djelo, str. 37.

zlostavljanje bilo „toliko brutalno i rašireno da vrijeđa savjest zajednice naroda“.²¹ Iako u prošlosti nerijetko zloupotrebljavana i korištena kao izgovor za okupaciju ili invaziju slabijih država, doktrina humanitarne intervencije prva je izrazila ideju o postojanju granice slobode država prema svojim državljanima u međunarodnom pravu.

Vijeće sigurnosti Ujedinjenih nacija ima ovlaštenja koje mu daje Glava VII Povelje UN koja se odnosi na situacije i mjere za poduzimanje u slučaju "prijetnje miru, kršenja mira ili čina agresije".

Modernim oblikom kolektivne humanitarne intervencije može se također smatrati i osnivanje i djelovanje Međunarodnog suda za bivšu Jugoslaviju sa ciljem da se kazne odgovorni za zločine protiv čovječnosti, genocid i ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije, kako bi se procesuirala i kaznila masovna kršenja ljudskih prava.

Iako osnivački akt i ustav Društva naroda, Pakt Društva naroda iz 1920., nije sadržavao bilo kakve opšte odredbe o ljudskim pravima, jer saznanje da ljudska prava treba međunarodno zaštititi nije bilo prihvaćeno od zajednice naroda, niti je ozbiljno razmatrano pri sastavljanju Pakta, Pakt je sadržavao dvije odredbe: član 22. kojim je ustanovljen sistem mandata Društva naroda i član 23. koji se bavio pitanjima koja se tiču "pravičnih i humanih usova rada za muškarce, žene i djecu", što je bilo u skladu sa razvojem prava međunarodnih ljudskih prava. Društvo naroda imalo je značajnu ulogu i u razvijanju međunarodnog sistema za zaštitu manjina pri čemu je Društvo naroda svoje nadležnosti izvodilo iz niza ugovora zaključenih nakon Prvog svjetskog rata, od kojih je prvi bio Ugovor između Glavnih savezničkih i udruženih sila i Poljske iz juna 1919. kojim su se države, na koje se odnosio manjinski sistem, obavezale da neće vršiti diskriminaciju pripadnika zaštićenih manjina i da će im dati posebna prava za očuvanje njihovog etničkog, vjerskog ili jezičkog integriteta, uključujući pravo na službenu upotrebu njihovog jezika, pravo na održavanje njihovih škola i pravo na vršenje njihovih vjerskih obreda. Za poštovanje preuzetih obaveza međunarodnog karaktera garantovalo je Društvo naroda, razvijajući sistem peticija, a po potrebi Stalni sud međunarodne pravde pozivan je da izloži svoja savjetodavna mišljenja o spornim pravnim pitanjima. Neka moderna međunarodna rješenja imaju značajne sličnosti sa institutima za upravljanje sistemom manjina, prvobitno razvijenim od Društva naroda.

Ujedinjene nacije i druge međunarodne organizacije, tokom mnogih godina nakon osnivanja, bile su uglavnom orijentisane na individualna prava, nediskriminaciju i jednaku zaštitu, dok su slabo interesovanje pokazivale za zaštitu prava manjina.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima je usvojena 1948. godine od Generalne skupštine UN-a kao rezolucija koja nema pravnu snagu, ona nije ugovor.

²¹ Ibid., str. 18.

Međutim, tokom decenija, od njenog osnivanja do danas, Deklaracija je doživjela snažnu transformaciju, tako da su danas rijetki pravnici koji bi poricali da je "Deklaracija normativni instrument koji stvara barem neke, pravne obaveze za države članice UN-a".²² U središtu rasprava o njenom pravnom karakteru nisu tvrdnje da Deklaraciji nedostaje bilo kakva pravna snaga, nego pitanje da li su ljudska prava koja ona proklamira obavezujuća i pod kojim okolnostima, kao i pitanje izvora njenog obavezujućeg karaktera: da li je to njen status autoritativnog tumačenja obaveza prema ljudskim pravima sadržanim u Povelji UN-a, njen status običajnog međunarodnog prava, ili njen status općeg načela prava.

Pravni značaj procesa transformacije Univerzalne deklaracije do sada je analiziran na najmanje tri načina.

Neki međunarodni pravnici i vlade tvrde da stalno oslanjanje UN-a na Univerzalnu deklaraciju u primjeni odredaba o ljudskim pravima Povelje UN-a upućuje na zaključak o tome da se Deklaracija počela prihvatati kao autoritativno tumačenje tih odredbi.

Drugo stanovište, koje zastupa više pristalica, "vidi u tom stalno ponavljanom oslanjanju i pozivanju na Univerzalnu deklaraciju, od vlada i međunarodnih organizacija, onu neophodnu praksu država koja je potrebna da bi se moglo govoriti o nastanku običajnog međunarodnog prava. Ova teorija navodi na zaključak da je Deklaracija, ili, u najmanju ruku, bar neke od njenih odredaba, postala običajno međunarodno pravo."²³

Pristalice trećeg stanovišta tvrde da je Deklaracija kao autoritativno nabranje ljudskih prava, obavezujući sve države, a ne samo članice Ujedinjenih nacija, postala osnovna komponenta međunarodnog običajnog prava.

Dva međunarodna sporazuma o ljudskim pravima: Pakt građanskim i političkim pravima i Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, koji zajedno sa Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima čine, kako se to ponekad naziva, Međunarodnu povelju o ljudskim pravima (Međunarodni zakonik o ljudskim pravima), predstavljaju autoritativni dokument o međunarodnim normama ljudskih prava i standardima ponašanja kojima bi sve zemlje trebalo da teže. Međunarodni paktovi o ljudskim pravima, odnosno Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. usvojeni od Generalne skupštine UN-a, kao ugovori stvaraju pravne obaveze za države ugovornice, što znači da u odnosu na njih, pitanja koja se odnose na poštovanje i uživanje prava zagaranovanim Paktovima, postaju pitanja međunarodnog značaja i time izlaze iz domena njihove unutrašnje jurisdikcije. Kao ugovori, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, stvaraju pravne obaveze za države ugovornice, što znači da u odnosu na njih, pitanja koja se odnose na poštovanje i uživanje prava zagaranovanih Paktovima postaju pitanja međunarodnog značaja i time izlaze iz domena njihove unutrašnje jurisdikcije. U

²² Buergenthal, Thomas, nav. djelo, str. 33.

²³ Ibid., str. 34.

članu 2. stav 1. Pakta o građanskim i političkim pravima utvrđene su obaveze koje država preuzima ratifikacijom: "Svaka država ugovornica ovog Pakta obavezuje se da će poštovati i osigurati svim pojedincima, na svom području i pod njenom jurisdikcijom, prava priznata u ovom Paktu bez obzira na razlike u pogledu rase, boje kože, pola, jezika, vjere, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovine, rođenja ili neke druge okolnosti", a ova odredba je dopunjena članom 2.2., koji zahtijeva da države ugovornice „usvoje takve zakonodavne i druge mjere koje su potrebne da se oživotvore prava", zagarantovana Paktom, u slučaju da takve odredbe već ne postoje u njihovom unutrašnjem pravu. Dok Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima poziva na postepenu implementaciju u skladu sa mogućnostima države, Pakt o građanskim i političkim pravima državama ugovornicama nameće bezuslovnu obavezu poštovanja i garantovanja Paktom proklamiranih prava i poduzimanje svih mjera neophodnih za ostvarenje te obaveze. Fakultativni protokol uz Pakt o građanskim i političkim pravima predstavlja dopunu mjera implementacije Pakta, i omogućava privatnim licima, koja tvrde da su žrtve kršenja Pakta, podnošenje individualnih podnesaka ili pritužbi Komitetu za ljudska prava, s tim da se pritužbe mogu podnositi samo protiv država ugovornica Pakta koje su ratificirale Protokol.

Sedamdesetih godina dolazi do eksplicitnog uvođenja ljudskih prava u spoljnu politiku i značajnog porasta broja i opsega djelovanja nevladinih organizacija za ljudska prava u čijem fokusu su aktivnosti odbrane žrtava kršenja ljudskih prava, objavljivanje kršenja ljudskih prava i lobiranje za promjenu prakse država i međunarodnih organizacija.

U domenu ljudskih prava, tokom osamdesetih godina, istaknute su multilateralne, bilateralne i nevladine aktivnosti, te dalji razvoj i institucionalizacija.

Devedesete godine karakterišu kontinuitet i promjene u posthladnoratovskom periodu.

Na rastuću snagu ideje međunarodnih ljudskih prava ukazuje i donošenje same odluke o potrebi održavanja Svjetske konferencije o ljudskim pravima.

Ipak, zaštita ljudskih prava na međunarodnom planu, s obzirom na to da se provodi na način i u skladu sa pristankom države članice, može biti ostvarena posrednim putem: dovođenjem države u situaciju da promijeni postojeću praksu pod političkim pritiscima sadržanim u ocjeni podnesenih izvještaja, traženju pojašnjenja, dodatnih informacija, upoređivanjem i ispitivanjem podataka o kršenjima ljudskih prava dobivenih iz drugih izvora i animiranjem međunarodne javnosti.²⁴

Suverenost države je još uvijek čvrsta i legitimna. Znatno je ograničena ustavnim, odredbama i načelima međunarodnog prava, prava ljudskih prava i poštovanjem unaprijeđenja civilnog društva. Međutim, zemlje koje se nađu na meti pritiska međunarodnih ljudskih prava i dalje se pozivaju na državni suverenitet. Bitno je i ohrabrujuće naglasiti da danas većina zemalja prihvata da su ljudska

24 Vidjeti šire: Bakšić-Muftić, Jasna, Sistem ljudskih prava, Sarajevo, 2002., str. 277.

prava legitimna briga ne samo države, nego i drugih država i međunarodnih organizacija.

5. Teoretski modeli međunarodnih ljudskih prava, odnos ljudskih prava i suverenosti državne vlasti i ljudska prava u međunarodnim odnosima i pravu

Za shvatanje odnosa ljudskih prava i suverenosti državne vlasti svakako je bitno razmotriti tri teoretska modela međunarodnih ljudskih prava u čijem središtu interesovanja je mjesto ljudskih prava u međunarodnim odnosima u vezi sa različitim koncepcijama karaktera međunarodne zajednice. Shvatanje suverenosti država i odnosa suverenosti država i ljudskih prava doživjelo je posebno tokom posljednjih decenija fundamentalne promjene u ranije dominantnom međunarodnom određenju opsega ovog pojma. Odnos vlast - čovjek (državljanin) kao pravni položaj pojedinca u odnosu na državnu vlast bitno je određen priznavanjem i obezbjeđivanjem od države efikasnih mehanizama zaštite ljudskih prava, te njihovom dosljednom primjenom.

Tradicionalni etatistički model, prema aktuelnoj konstelaciji odnosa i dešavanja globalne svjetske politike umnogome prevladan, smatra "ljudska prava prije svega pitanjem suverene nadležnosti države"²⁵. Iako "savremeni pobornici etatističkog modela spremno priznaju da ljudska prava ne štiti više isključivo država, i da ona više nije jedini značajan međunarodni akter (ukoliko je to ikada bila)", oni ipak ustrajavaju na stanovištu da su ljudska prava "i dalje prvenstveno stvar suverene nadležnosti države i da su najvećim dijelom periferna za međunarodne (međudržavne) odnose"²⁶, negirajući postojanje nezavisne međunarodne zajednice i međunarodnog tijela sa pravom da djeluje u cilju zaštite ljudskih prava.

Kosmopolitski model međunarodnih ljudskih prava pojedinca vidi prije kao članove globalne političke zajednice ("kosmopolis"), nego kao građane država i razmatra globalan svjetski politički proces čiji su bitni aktivni učesnici pojedinci i drugi nedržavni akteri.

Između dviju krajnosti, etatističkog i kosmopolitskog modela, situiran je internacionalistički model po kojem je "međunarodna zajednica" zajednica država, kao i nevladinih organizacija i pojedinaca koji su formalno ili neformalno inkorporisani u međunarodne političke procese, a međunarodna aktivnost u sferi ljudskih prava dozvoljena je samo u skladu i do mjere do koje to dopuštaju norme međunarodne zajednice. Kosmopolitski model predstavlja viziju koja bi trebalo da se ostvari u budućnosti, etatistički model ostaje za nama, a internacionalistički model nalazi primjenu u danas još značajnom suverenitetu država, koji je, međutim, više-manje ograničen objektivnim međunarodnopravnim poretkom.

²⁵ Donelly, Jack, nav. djelo, str. 34.

²⁶ Ibid.

Ljudska prava su predmet interesovanja i u sferi međunarodnih odnosa tek posljednjih nekoliko decenija.

Međunarodni odnosi zasnovani su na zakonskoj fikciji o isključivoj jurisdikciji države nad svojom teritorijom, stanovnicima, bogatstvima i relevantnim dešavanjima i većina osnovnih međunarodnih normi, pravila i prakse polazi od premise suverenosti i formalne jednakosti suverenih država.

U modernoj demokratskoj državi suverenitet koji se izražava kroz samostalni pravni poredak države, prije svega kroz ustav, važećim normama međunarodnog prava posebno u segmentu ljudskih prava, koje se odnose na sve države jednako i gdje je princip suverene jednakosti država predviđen i u Povelji UN-a, u suštini ostaje nedirnut.

Moderni međunarodni sistem često neosnovano datiran u 1648. godinu kada je Vestfalskim sporazumom okončan tridesetogodišnji rat, zasnovan je na suverenitetu država što je imalo za neposrednu posljedicu odsustvo ljudskih prava iz prva tri vijeka savremenih međunarodnih odnosa.

Upravo slabost sistema međunarodne zaštite ljudskih prava jeste ograničenost svake ozbiljnije intervencije međunarodnih organa u pogledu zaštite ljudskih prava suverenitetom države, pa je put zaštite u principu moguć stvaranjem političkog pritiska koji je sadržan u ocjeni podnesenih izvještaja.

Danas je u shvatanju (međunarodnih) ljudskih prava preovladavajući internacionalistički model koji, situiran između tradicionalnog etatističkog modela i kosmopolitskog modela međunarodnih ljudskih prava, smatra da je "međunarodna zajednica" zajednica država, kao i nevladinih organizacija i pojedinaca koji su formalno ili neformalno inkorporisani u međunarodne političke procese, a međunarodna aktivnost u sferi ljudskih prava dozvoljena je samo u skladu i do mjere do koje to dopuštaju norme međunarodne zajednice. Slabost međunarodnog sistema zaštite ljudskih prava jeste ograničenost svake ozbiljnije intervencije međunarodnih organa u pogledu zaštite ljudskih prava suverenitetom države, jer se pojedine države, odupirući se pritiscima izvana, budući da je suverenost države još uvijek efikasna i legitimna, pozivaju na nju.

6. Zaključna razmatranja

Pojam, sadržaj i značaj ljudskih prava prve, druge i treće generacije (građanskih i političkih prava, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, te kolektivnih prava) posmatrani u društveno-historijskom, pravno-političkom i kulturno-civilizacijskom kontekstu, nisu ostali nepromijenjeni od postanka i priznavanja do danas, nego je evidentna evolucija ljudskih prava generalno u međunarodnom pravu i odnosima.

Uz to, i shvatanje suverenosti država, kao osnovnih aktera u međunarodnim odnosima, ličnosti sa političkom i suverenom vlašću na svom teritoriju koje stvaraju pravni poredak i čija vlast se, zasnovana na monopolu legalne fizičke prisile i izvodi iz pravnog poretka, doživjelo je posebno tokom posljednjih decenija

fundamentalne promjene u ranije dominantnom međunarodnom određenju opsega ovog kroz historiju pravne, politološke filozofske i sociološke misli višeznačnog i kompleksnog pojma, u velikoj mjeri zahvaljujući činjenici da su moć i vrhovna vlast savremene pravne demokratske države određeni i ograničeni ustavnim propisima o organizaciji države, te ustavom, odredbama i principima međunarodnog prava i međunarodnim dokumentima deklarisanim i zaštićenim pravima i slobodama čovjeka i građanina.

Evolucija ljudskih prava ukazuje na trend promjena shvatanja ljudskih prava, korelacije suverenosti država i ljudskih prava, te odnosa građanin – vlast, u pravnom i političkom smislu, u državi, međunarodnim odnosima i pravu, posebno u kontekstu internacionalizacije ljudskih prava.

Suverenost države je još uvijek čvrsta (efikasna) i vrijednosno nesporna (legitimna), ali je danas ipak znatno ograničena ustavnim, odredbama i načelima međunarodnog prava, (međunarodnog) prava ljudskih prava i poštovanjem unaprjeđenja civilnog društva.

Literatura:

Avramov, Smilja, Kreća, Milenko, Međunarodno javno pravo, Beograd, 1999.

Bakšić-Muftić, Jasna, Sistem ljudskih prava, Sarajevo, 2002.

Buergenthal, Thomas, Međunarodna ljudska prava u sažetom obliku, Sarajevo, 1998.

Degan, Vladimir – Đuro, Međunarodno pravo, Zagreb, 2011.

Donelly, Jack, Međunarodna ljudska prava, Helsinški komitet za ljudska prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, juni/lipanj 1999.

Miličević, Nedo, Ljudska prava, Sarajevo, 2007.

Obradović, Konstantin, Pravna država i ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, www.management.org.you/obradov2.php

Pobrić, Nurko, Ustavno pravo, Mostar, 2000.

Sadiković, Ćazim, Evropsko pravo ljudskih prava, Sarajevo, 2003.

Softić, Sakib, Međunarodno pravo, Sarajevo, 2012.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima

THE ROLE, SIGNIFICANCE AND DEVELOPMENT OF HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL RELATIONS AND LAW

Summary

According to the traditional definition of international law as a law regulating relations exclusively between national states which, after World War II, included various newly established intergovernmental organizations recognizing them very limited rights, individual human beings were considered objects rather than entities and as such they were not recognized international subjective rights.

This attitude was abandoned in the period between the First and Second World War, but the most significant progress in internationalization and standardization of human rights was achieved only after the Second World War, when it came, although rarely and unsystematically, to so-called "humanitarian interventions". Today, in the understanding of (international) human rights, the overriding internationalist model, which lies between the traditional ethatist model and the cosmopolitan model of international human rights, considers that the "international community" is a community of states as well as non-governmental organizations and individuals formally or informally incorporated into international political processes, and international human rights activities are allowed only in accordance with and to the extent permitted by international community norms.

The paper analyzes the role, significance and development of human rights in international relations and law, the evolution of human rights, especially in the international law of human rights, the internationalization of human rights, theoretical models of international human rights, and the relationship between human rights and the sovereignty of state power.

Keywords: human rights, international relations, international law, international political system, sovereignty of state power, internationalization of human rights

Dr. sc. Denis Pajić, docent

Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

Mr. Sunčica Hajdarović, viša asistentica

Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

MEĐUNARODNI STANDARDI U OBLASTI ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI PRIBAVLJENE KRIVIČNIM DJELOM

Sažetak

U radu se detaljno analiziraju temeljni međunarodni propisi koji se odnose na oduzimanje imovinske koristi pribavljene činjenjem krivičnih djela. Spisak međunarodnih propisa koji svojim regulama dotiču oblast oduzimanja dobiti od kriminala impresivan je, a ovo bogatstvo obezbijedilo je nove metode istrage i krivičnog gonjenja krivičnih djela organizovanog kriminala, privrednog kriminala, korupcije, ali i svih drugih imovinsko motivisanih krivičnih djela, uz istovremeno nametanje novih zahtjeva pred organe istrage i gonjenja. Rezultati navedene analize ukazuju na postojanje brojnih međunarodnih standarda u oblasti oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

Autori u radu daju ocjenu implementacije relevantnih međunarodnih pravnih standarda u normiranju materije oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u okviru pozitivnih zakonskih propisa u Bosni i Hercegovini, pri tome ukazuju na uočene nedostatke te predlažu potrebu daljnje harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti. Također, ukazuju na potrebu što veća međusobna usaglašenost zakonskih propisa u BiH koji regulišu predmetnu materiju, jer bez njihovog međusobnog usaglašavanja nema ni mogućnosti adekvatnog oduzimanja imovinske koristi. U suprotnom, problem neharmoniziranog zakonodavstva u BiH će vrlo brzo imati za posljedicu nejednak položaj građana pred zakonom, a u korist kriminala i kriminalnih grupa.

Ključne riječi: krivični postupak, oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, međunarodni standardi

1. Uvod

Svjedoci smo da su savremeni oblici kriminaliteta u najvećoj mjeri motivisani namjerom sticanja imovinske koristi. Misli se prije svega na organizovani kriminal kod kojeg je stjecanje profita pokretačka snaga i osnovni motiv njegovog postojanja; ali i na druge oblike imovinski motivisanog kriminala (privredni kriminal, koruptivna krivična djela i dr.). Jedan od instrumenata koji

se u naučnim i stručnim krugovima sve više ističe kao efikasno sredstvo u borbi protiv ovih oblika kriminala jeste oduzimanje imovinske koristi pribavljene kriminalnom djelatnošću. U pravnim sistemima institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom pojavljuje se kao vrsta krivične sankcije, pravna posljedice presude¹ ili kao krivičnopravna mjera *sui generis*, koja omogućava ostvarenje jednog od osnovnih pravnih načela, a to je da niko ne smije zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Regulisanje i primjena ovog instituta na nacionalnom, ali i na međunarodnom nivou, ima brojne efekte. Njime se vrši prevencija krivičnih djela kod kojih je imovinska korist motiv učinjenja krivičnih djela, spriječava se infiltriranje nezakonitih prihoda u legalnu ekonomiju, ukidaju se sredstva za buduće činjenje krivičnih djela, te se podržava vladavina prava i moralni princip da niko ne može imati korist od krivičnog djela.

Razvoj međunarodnih kriminalnopolitičkih inicijativa, koje su se intenzivirale posljednjih decenija, u znatnoj mjeri je aktuelizirao, inovirao i adaptirao institut oduzimanja imovinske koristi, stavljajući ga u sasvim novi kontekst efikasnijeg suzbijanja svih oblika organizovanog kriminala. S obzirom na ovo, može se reći da je normativno uređenje instituta oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u okvirima nacionalnih zakonodavstava u znatnoj mjeri determinisano međunarodnim razvojem u ovom području, koji se desio usvajanjem većeg broja međunarodnih ugovora koji u svojim odredbama sadrže materiju posvećenu ovom pitanju.² Ti izvori međunarodnog prava su na sasvim inovativan način pristupili normiranju materije oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, što za posljedicu ima da se nacionalnim zakonodavcima nameću obaveze propisivanja privremenih mjera osiguranja oduzimanja, osiguranje instrumenata efikasne međunarodne krivičnopravne saradnje, te mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, a koje mogu imati različiti obim i širinu.

Među univerzalnim izvorima najznačajniju ulogu imaju pravni instrumenti doneseni pod okriljem Ujedinjenih naroda koji su među prvima pokrenuli značajne inicijative u cilju suprotstavljanja organizovanom kriminalu, korupciji, pojavi pranja novca i s tim u vezi potrebi identifikovanja, zamrzavanja, privremenog i trajnog oduzimanja imovinske koristi ostvarene činjenjem spomenutih krivičnih djela. U skupinu regionalnih izvora, posebnu pažnju zaslužuju oni doneseni od strane Vijeća Evrope. Veliki broj dokumenata Vijeća Evrope bavi se upravo problematikom organizovanog kriminala, korupcije, pranja novca i s tim u vezi oduzimanja imovinske koristi stečene činjenjem takvih krivičnih djela. BiH kao članica Vijeća Evrope je većinu tih dokumenata ratifikovala i time preuzela

1 „Pravne posljedice presude nisu krivičnopravne sankcije, već posebne krivičnopravne mjere koje po sili zakona kao posljedica osude za krivično djelo, pogađaju osuđenog na taj način što ograničavaju njegova određena prava ili mu nameću određene zabrane.“ Bačić, F., *Krivično pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1995., str. 427.

2 Bejatović, S., Mujanović, E., Golub, S., Oduzimanje nezakoniti stečene imovinske koristi u BiH (zakonska regulativa i praksa), *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini (sadašnjost i izazovi za budućnost)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2013, str. 19.

obavezu njihove implementacije u domaćem zakonodavstvu. Konačno, jedan od suštinskih izazova integracijskih procesa predstavlja i usklađivanje zakonodavstva BiH s pravnim sistemom Evropske unije. Iz ovog zahtjeva proizilazi potreba približavanja domaćih zakona sa zakonima država članica Evropske unije. Među brojnim pravnim aktima Evropske unije koji se većim ili manjim dijelom svog sadržaja odnose na oduzimanje imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom, moguće je istaći nekoliko najrelevantnijih, usmjerenih prvenstveno na efikasno oduzimanje imovinske koristi ostvarene aktivnostima organizovanog kriminala i unaprjeđenje saradnje između država članica Evropske unije. Većinu tih dokumenata BiH ima obavezu potpisati, odnosno ratifikovati u cilju pristupa Evropskoj uniji, čime će preuzeti obavezu da u okviru postavljenih standarda uspostavi zakonske mehanizme za otkrivanje, zamrzavanje, privremeno i trajno oduzimanje, kao i upravljanje imovinom pribavljenom na nezakonit način.

2. Dokumenti Ujedinjenih naroda

Konvencija Ujedinjenih naroda protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih tvari (u daljem tekstu: Bečka konvencija)³ predstavlja prvi međunarodni dokument koji na sveobuhvatan način reguliše problematiku zloupotrebe i prodaje droge. Nezakonit promet droga uz sebe veže i druge organizovane kriminalne aktivnosti koje kao takve potkopavaju ekonomiju i ugrožavaju stabilnost, sigurnost i suverenitet država iz čega proizilazi i potreba uklanjanja uzroka problema zloupotrebe opojnih droga i psihotropnih tvari, uključujući i oduzimanje ogromnog profita stečenog njihovim nezakonitim prometom.⁴ Kako je problem droge rješiv isključivo na globalnom nivou, nameće se logična potreba za poduzimanjem čvrstih, sveobuhvatnih i hitnih međunarodnih mjera, koje će, rješavajući problem droge, postaviti i temelje suzbijanja pranja novca i oduzimanja imovinske koristi ostvarene kriminalnim aktivnostima.⁵

Bečka konvencija predviđa inkriminacije, vezano za nezakonitu trgovinu opojnim drogama, među koje je uključeno i pranje novca, te predviđa posebne sankcije i procedure za oduzimanje imovine stečene nezakonitim prometom opojnim drogama.⁶ U tom smislu posebno se insistira da države stranke u nacionalnim zakonodavstvima predvide „zaplenu“, odnosno urede mjere osiguranja oduzimanja imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima zloupotrebe

3 Konvencija Ujedinjenih naroda protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih tvari od 19. decembra 1988. godine, potvrđena je Zakonom od 15. novembra 1990. godine (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori 14/1990).

4 Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, United Nations Publication, New York, 1998, str. 3.

5 Mitsilegas, V., Money Laundering Counter-measures in the European Union: A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles (European Business Law and Practice), Kluwer Law International, The Hague, 2003, str. 42.

6 Petrović, B., Mujanović, E., Krivično djelo pranja novca u uporednom pravu, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, godina LII, Sarajevo, 2009, str. 306.

opojnih droga, kao i oduzimanje protuvrijednosti te daljnje imovinske koristi (čl. 5. st. 6.). Posebno je važno istaknuti da će prihod koji je promijenio oblik ili je pretvoren u neku drugu imovinu također podlijeđati mjerama zaplijene, kao i prihod pomiješan sa imovinom stečenom iz zakonitih izvora. Također, član 5. stav 1. tačka a) Bečke konvencije propisuje da će svaka strana potpisnica usvojiti neophodne mjere da bi se omogućila zapljena prihoda koji potiču iz predikatnih krivičnih djela ili svojine čija vrijednost odgovara vrijednosti takve dobiti.⁷ Osim toga, Bečka konvencija predviđa mogućnost obrnutog tereta dokazivanja u vezi sa legitimnošću dobiti ili drugog vlasništva koje podliježe oduzimanju, u mjeri u kojoj je takva radnja u skladu sa osnovnim načelima zakona određene države te prirodom sudskih i drugih postupaka (čl. 5. st. 7.).

Međunarodna konvencija o sprječavanju finansiranja terorizma⁸ predviđa obaveznu inkriminaciju finansiranja terorizma, čime se po prvi put promoviše novi pristup u suprotstavljanju terorizmu na globalnom planu rušenjem „ekonomskih poluga moći“ terorističkih organizacija.⁹ U svrhu oduzimanja, u odnosu na takva krivična djela, države stranke obavezuju se na poduzimanje adekvatnih mjera, u skladu sa svojim domaćim pravnim načelima, za identifikaciju, otkrivanje i zamrzavanje ili zapljenu svih finansijskih sredstava korištenih ili određenih u svrhu njihovog počinjenja, te njime pribavljene koristi (čl. 8. st. 1.).¹⁰ Interesantno je da se konvencijske odredbe o oduzimanju imovinske koristi primjenjuju i na treće osobe, bez obzira da li je ta treća osoba djelovala u dobroj vjeri (čl. 8. st. 5.).

Posebna pažnja posvećena je uključenju finansijskih institucija i drugih profesija koje rade u domenu finansijskog poslovanja u sprječavanju počinjenja krivičnih djela iz domena finansiranja terorizma. Predlaže se, između ostalog, korištenje najefikasnijih mjera koje su na raspolaganju za identifikaciju njihovih uobičajnih i povremenih korisnika, kao i za identifikaciju korisnika u čije ime su otvoreni računi kako bi se posvetila posebna pažnja neobičnim i sumnjivim transakcijama i kako bi se izvještavalo o transakcijama za koje se sumnja da proizilaze iz kriminalne djelatnosti (čl. 18. st. 1. (b)).

7 Ova odredba zapravo reguliše mogućnost oduzimanja i zakonite imovine kao zamjenske u slučaju da su nelegalni prihodi ostvareni činjenjem krivičnih djela iz člana 3. stav 1. Bečke konvencije na neki način potrošeni ili otuđeni.

8 Međunarodna konvencija o sprječavanju finansiranja terorizma od 9. decembra 1999. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH“, Međunarodni ugovori, br. 3/2003.

9 Mijalković, S., Bošković, G., Nikač, Ž., Međunarodnopravni napor u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma, *Strani pravni život*, br. 1/2011, Beograd, 2011, str. 118.

10 Za potrebe Konvencije „*pribavljena korist*“ ili „*dobit*“ znači sva sredstva koja, izravno ili neizravno, proizilaze iz krivičnog djela utvrđenog u čl. 2. ili su njime stečena.

Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organizovanog kriminala¹¹ (u daljem tekstu: Konvencija iz Palermo), promoviše uspostavljanje međunarodne saradnje s ciljem efikasnije prevencije i suzbijanja transnacionalnog organizovanog kriminala.¹² S obzirom na značaj oduzimanja imovinske koristi kao mjere suzbijanja organizovanog kriminala, pored glavnih konvencijskih odredbi, Konvencija iz Palermo detaljno normira obavezu država stranaka da donesu i urede mjere oduzimanja i privremenog oduzimanja (čl. 12.). Države stranke se obavezuju da će donijeti, maksimalno u okviru svojih domaćih pravnih sistema, mjere koje su nužne da bi se omogućila identifikacija, praćenje, zamrzavanje ili privremeno oduzimanje koristi od krivičnih djela utvrđenih Konvencijom iz Palermo ili imovine čija vrijednost odgovara toj koristi, a sve u cilju konačnog oduzimanja (čl. 12. st. 1. i 2.). Oduzet će se i ona imovinska korist od krivičnog djela koja je djelimično ili u cjelosti zamjenjena ili konvertirana u drugu vrstu imovine, a u slučaju da je imovinska korist od krivičnog djela izmješana s imovinom stečenom na zakonit način, i ta će imovina biti predmetom oduzimanja do procijenjene vrijednosti izmješane koristi (čl. 12. st. 3. i 4.). Predviđa se oduzimanje i dalje imovinske koristi proizašle iz prvobitno pribavljene imovinske koristi (čl. 12. st. 5.). Kad je riječ o zaštiti prava trećih osoba, treba upozoriti i na odredbu člana 12. stav 8. Konvencije iz Palermo, koja predviđa zaštitu prava trećih osoba koje su imovinsku korist stekle *bona fide*. Naime, pomenuti član propisuje da se odredbe o oduzimanju i privremenom oduzimanju iz člana 12. neće tumačiti na štetu prava trećih osoba stečenih u dobroj vjeri.

Konvencija iz Palermo je značajna i zato što sadrži rješenja o prebacivanju tereta dokazivanja u vezi porijekla imovine „pod sumnjom“ na optuženog za krivično djelo iz područja pranja novca, korupcije i ometanja pravosuđa, sve to u slučaju ukoliko je to krivično djelo po prirodi međunarodno i ukoliko uključuje kriminalnu grupu. Iz ovoga je vidljivo kako je mogućnost prebacivanje tereta dokazivanja ograničeno na kataloška krivična djela i to u situaciji ostvarenja dodatnih kumulativnih uslova, odnosno da je krivično djelo međunarodnog karaktera i da je počinjenja u sastavu grupe. Naravno, naglašava se da mogućnost primjena prebacivanja tereta dokazivanja na optuženog zavisi od usklađenosti sa načelima nacionalnog prava te sa prirodom sudskih i drugih postupaka (čl. 12. st. 7.).

Konvencija UN-a protiv korupcije¹³ (u daljem tekstu: Konvencija) u svojoj preambuli naglašava da nezakonito stjecanja ličnog bogatstva predstavlja opasnost za državnu ekonomiju, demokratske institucije i vladavinu prava, te da

11 Konvencija UN-a protiv transnacionalnog organizovanog kriminala usvojena je 15.12.2000. godine. Predsjedništvo BiH je odluku o njenoj ratifikaciji donijelo 5.02.2002. godine, a objavljena je u „Službenom glasniku BiH“, Međunarodni ugovori, br. 3/2002.

12 Detaljnije o Konvenciji i definiciji organizovanih kriminalnih grupa vidi: Calderoni, F., *Organized Crime Legislation in the European Union*, Springer – Verlag, Berlin, 2010, str. 30-35.

13 Ovaj najznačajniji međunarodnopravni dokument za borbu protiv korupcije BiH je potpisala 16.09.2005. godine, a Predsjedništvo BiH je odluku o ratifikaciji donijelo na svojoj redovnoj sjednici 27.03.2006. godine („Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori“, br. 05/2006).

je u tom smislu potrebno na efikasan način sprječavati, otkrivati i zaustavljati međunarodno prenošenje nezakonito stečene imovine uz jačanje međunarodne saradnje u pogledu povrata imovine.

Član 31. Konvencije odnosi se na zamrzavanje sredstava, zaplijenu i konfiskaciju imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima predviđenih Konvencijom ili imovine čija vrijednost odgovara toj imovinskoj koristi.¹⁴ Ovaj član Konvencije sadrži obavezu država stranaka da u nacionalnim zakonodavstvima predvide potrebne mjere radi identifikacije, ulaženja u trag, zamrzavanja ili zapljene bilo kojeg predmeta u svrhu moguće konfiskacije (čl. 31. st. 2.). Predviđeno je i oduzimanje one imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom koja je preoblikovana ili prerađena, djelimično ili u cjelosti, u drugu imovinu, kao i one imovinske koristi koja je dijelom sjedinjena s imovinom stečenom iz zakonitih izvora, naravno do procjenjene vrijednosti s njom sjedinjene imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom (čl. 31. st. 4. i 5.). Predviđa se i oduzimanje prihoda ili druge koristi proizašle iz prvobitne imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom (čl. 31. st. 6.).

Pored toga, veoma interesantno rješenje nudi i stav 8. člana 31. Konvencije u kojem se državama potpisnicama Konvencije sugerije da razmotre mogućnost da zahtjevaju od izvršioca krivičnog djela da dokaže zakonito porijeklo imovinske koristi navodno ostvarene krivičnim djelom ili druge imovine podložne konfiskaciji. Na ovaj način, kako se može vidjeti, teret dokazivanja se sa tužioca prebacuje na osumnjičenog odnosno optuženog, koji treba dokazivati zakonitost svoje imovine. Naravno, treba naglasiti da u ovom članu postoje određene zaštitne klauzule za državu potpisnicu „u mjeri uolikoj je takav zahtjev u skladu sa osnovnim načelima njihovog krivičnog zakonodavstva i prirodom sudskih i drugih postupaka“.¹⁵

Konvencija obavezuje države stranke da donesu, u skladu sa svojim domaćim pravom, zakonodavne i druge mjere potrebne kako bi se uredilo upravljanje od strane nadležnih vlasti zamrznutom, zaplijenjenom, ili konfiskovanim imovinom (čl. 31. st. 3.). Posebna pažnje posvećena je sprječavanju i otkrivanju prijenosa imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom putem finansijskih institucija (čl. 52.), te je u skladu s tim svaka država stranka dužna ovlastiti svoje sudove i druga nadležna tijela za izricanje naloga za stavljanje na uvid ili zapljenu bankovnih, finansijskih ili poslovnih podataka, bez mogućnosti odbijanja i pozivanja na tajnost bankovnih podataka (čl. 31. st. 7.). Državama strankama se sugerije da razmotre osnivanje finansijske obavještajne jedinice koja će biti zadužena

14 *zamrzavanje*“ ili „*zapljena*“ označava privremenu zabranu prijenosa, konverzije, raspolaganja ili premještanja imovine ili privremeno preduzimanje čuvanja ili nadzora nad imovinom na temelju naloga koji izda sud ili drugo nadležno tijelo; „*konfiskacija*“ , koja, kada je to primjenjivo, uključuje zapljenu, označava trajno oduzimanje imovine na temelju naloga suda ili drugog nadležnog organa; „*imovinska korist ostvarena krivičnim djelom*“ označava svaku imovinu koja je, direktno ili indirektno, proizašla iz počinjenja krivičnog djela ili je pribavljena njegovim počinjenjem.

15 Milanović, N., Usporedna analiza bosanskohercegovačkog zakonskog okvira sa Konvencijom Ujedinjenih Nacija protiv korupcije, Transparency International BiH, 2008, str. 25.

za primanje, analiziranje i pružanje informacija o sumnjivim transakcijama nadležnim tijelima (čl. 58.). Interesantno rješenje nudi odredba člana 54. stav 1. tačka c) koja državama strankama sugerise da, u skladu sa svojim domaćim pravom, razmotre preduzimanje mjera koje su nužne da se omogući konfiskacija imovine i bez pravosnažne presude, u slučajevima kada se protiv počinioca ne može voditi krivični postupak zbog smrti, bijega, odsutnosti ili u drugim odgovarajućim slučajevima.

3. Dokumenti Vijeća Evrope

Konvencija Vijeća Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog krivičnim djelom (u daljem tekstu: Strazburška konvencija)¹⁶ u svojoj Preambuli ukazuje na potrebu objedinjavanja napora u borbi protiv organizovanog i ostalih oblika kriminala kroz vođenje zajedničke kriminalne politike, korištenje savremenih metoda na međunarodnom nivou u borbi protiv teških krivičnih djela, lišavanje učinioca krivičnih djela prihoda stečenih krivičnim djelom i ustanovljavanje efikasnog sistema međunarodne saradnje.¹⁷ Glavni cilj nastanka Strazburške konvencije bio je da omogući sistem pravila koja će se primjenjivati u svim fazama krivičnog postupka, te olakšati međunarodnu saradnju i uzajamno pružanje pravne pomoći u istraživanju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda pribavljenog kriminalnim aktivnostima.

Prema članu 2. Strazburške konvencije predviđeno je da države članice usvoje takve zakonodavne i druge mjere ne temelju kojih se može izvršiti oduzimanje sredstava i nezakonitog prihoda ili imovine vrijednost koje odgovara takvom nezakonitom prihodu.¹⁸ Konvencija, dakle, obavezuje države da prihvate takve zakonodavne mjere koje omogućavaju oduzimanje bilo koje imovine vrijednost koje odgovara nezakonitom prihodu a ne samo obavezivanja na isplatu novčanog iznosa srazmjernog pribavljenoj imovinskoj koristi u slučaju kada nije moguće oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u obliku u kojem je pribavljena krivičnim djelom.

16 Konvencija o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog krivičnim djelom (ETS 141) – sastavljena u Strasbourgu 8. novembra 1990. godine, a stupila na snagu 1. septembra 1990. godine. Od strane Bosne i Hercegovine, potpisana 30.03.2004., ratificirana 30.03.2004., stupila na snagu 01.07.2004. („Službeni glasnik BiH“ br. 04/06 – Međunarodni ugovori).

17 Govedarica, M., Oduzimanje imovinske koristi i usaglašenost sa međunarodnim standardima, *Pravo i pravda*, godina IX, br. 1, Sarajevo, 2012, str. 465.

18 U članu 1. Strazburške konvencije date su, između ostalog, definicije upotrebe termina: (a) „*nezakoniti prihod*“ označava bilo kakvu imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Ona se može sastojati od bilo koje vrste imovine u skladu sa definicijom u tački b); (b) „*imovina*“ označava bilo koju vrstu imovine, bilo da se sastoji u stvarima ili u pravima, bilo pokretna ili nepokretna, kao i pravne akte i dokumente koji dokazuju naslov ili pravo na takvoj imovini; (c) „*oduzimanje*“ označava kaznu ili mjeru, određenu od strane suda nakon provedenog sudskog postupka za jedno ili više krivičnih djela, koje za posljedicu ima konačno lišavanje imovine.

Strazburška konvencija u članu 3. predviđa istražne i privremene mjere kao mjere potrebne za identifikaciju i ulaženje u trag imovini koja podliježe oduzimanju, te istovremeno za sprečavanje svih oblika trgovanja, prenošenja ili raspolaganja takvom imovinom. Također, u članu 4. Strazburška konvencija predviđa i posebne istražne radnje i tehnike u smislu primjene onih mjera koje su potrebne radi davanja sudovima ili drugim nadležnim vlastima ovlasti za izdavanje naloga da se spisi bankarske, finansijske ili komercijalne prirode stave na raspolaganje ili da se privremeno oduzmu u svrhu provođenja mjera navedenih u članu 2. i 3. (mjere oduzimanja i privremene mjere). Kao posebne istražne tehnike koje olakšavaju identifikaciju i ulaženje u trag nezakonitim prihodima i prikupljanju dokaza vezanih za njih preporučuju se nadziranje, promatranje, presretanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i predočavanje određenih dokumenata. Svaka država, stranka, dužna je prihvatiti takve zakonodavne i druge mjere potrebne da bi se osobama pogođenim mjerama oduzimanja ili privremenog oduzimanja osigurali efikasni pravni lijekovi i cilju očuvanja njihovih prava (čl. 5.).

Važno je spomenuti da član 6. stav 1. Strazburške konvencije državama strankama nameće obavezu da u svoja zakonodavstva uvedu sljedeća krivična djela, ako su počinjena sa umišljajem: (a) konverzija ili prijenos imovine za koju se zna da predstavlja nezakoniti prihod, sa svrhom prikrivanja ili maskiranja nezakonitog porijekla takve imovine ili pomaganje bilo kojoj osobi uključenoj u izvršenje glavnog krivičnog djela da izbjegne zakonske posljedice svojih djela; (b) prikrivanje ili maskiranje prave prirode, porijekla, mjesta, raspolaganja, premještanja te postojanja prava, odnosno vlasništva na imovini za koju se zna da predstavlja nezakonit prihod; (c) stjecanje, posjedovanje ili upotreba imovine za koju se zna da je u vrijeme primanja predstavljala nezakonit prihod i (d) učestvovanje u izvršenju, udruživanje ili zavjera radi izvršenja, pokušaj izvršenja i pomaganje, podstrekavanje, olakšavanje i davanje savjeta u izvršenju bilo kojeg od krivičnih djela utvrđenih kao pranje novca.

U smislu primjene odredaba člana 6. Starsburške konvencije predikatno krivično djelo jeste ono djelo kojim je zapravo pribavljena imovinska korist, a koja može biti predmet pranja novca. Naime, pranje novca se i javlja kao subsidijarno krivično djelo jer je njegovo postojanje zavisno od prethodno izvršenog drugog krivičnog djela čiji je učinitelj motivisan namjerom pribavljanja protupravne imovinske koristi ili druge nezakonite dobiti.¹⁹ Šta više u dijelu pravne teorije smatra se da je „potreba za inkriminacijom krivičnog djela pranja novca zapravo rezultat nemoći države (pa i cijele međunarodne zajednice) da se efikasno suprotstavi kriminalu, posebno organizovanom transnacionalnom kriminalu kojim se ostvaruje ogromna finansijska moć“.²⁰ Navedena obaveza inkriminiranja pranja

19 Graham, T., Bell, E., Elliott, N., *Money Laundering*, Butterworths Compliance Series, London, 2003, str. 30.

20 Više: Buzley, S., Foster, C., *Money Laundering: business compliance*, London, 2005, str. 78-92. Prema Filipović, G., Međunarodni standardi suzbijanja pranja novca, *Pravo i pravda*, godina IX, br.

novca koju Strazburška konvencija nameće državama strankama ograničena je ustavnim načelima i temeljnim konceptima pravnog sistema određene države, koji za tu državu predstavljaju prvenstvenu obavezu (čl. 6. st. 1. b) Strazburške konvencije). Postojanje znanja, namjere ili svrhe kao elemenata krivičnog djela pranja novca ili predikatnog krivičnog djela, može se izvoditi iz objektivnih činjeničnih okolnosti (čl. 6. st. 2. c) Strazburške konvencije).

Konačno, Strazburška konvencija kao jedno od temeljnih načela određuje dužnost država stranaka da u najvećoj mogućoj mjeri međusobno sarađuju u svrhu provođenja istražnih i sudskih postupaka usmjerenih na oduzimanje sredstava i nezakonitog prihoda, te da usvoje zakonodavne i druge mjere koje su nužne da bi se oduzeli pojedini predmeti iz imovine koja predstavlja nezakonit prihod ili sredstvo, kao i oduzimanje nezakonitog prihoda koji se sastoji u zahtjevu za plaćanjem novčanog iznosa koji odgovara vrijednosti nezakonitog prihoda. Ovo podrazumijeva i pomaganje u istrazi i primjeni privremenih mjera usmjerenih na bilo koji od oblika oduzimanja (čl. 7. Strazburške konvencije). Među odredbama o privremenim mjerama, Strazburška konvencija predviđa mjere poput zamrzavanja ili privremenog oduzimanja radi sprječavanja svake trgovine, prijenosa ili raspolaganja vlasništvom nad imovinom koja bi kasnije mogla biti predmetom zahtjeva za oduzimanje (čl. 11. st. 1.).

Krivičnopravna konvencija o korupciji²¹ (u daljem tekstu: Konvencija o korupciji) u svojoj Preambuli naglašava da je korupcija prijetnja vladavini prava, demokratiji i ljudskim pravima, da podrija načela dobre uprave, pravednosti i društvene pravde, da uništava konkurenciju, te da otežava ekonomski razvoj i izlaže opasnosti stabilnost demokratskih institucija i moralnih temelja društva. Cilj Konvencije o korupciji jeste kreiranje zajedničke kriminalne politike u svrhu zaštite društva od korupcije, postavljajući opšte principe međunarodne saradnje između država potpisnica, te davanjem preporukama za usvajanje odgovarajućih zakonodavnih i preventivnih mjera u borbi protiv koruptivnih krivičnih djela. Između ostalog, državama potpisnicama se nalaže obaveza da usvoje takve zakonodavne i druge mjere koje su nužne za izvršavanje zapljene ili nekog drugog načina oduzimanje sredstava i koristi stečene činjenjem krivičnih djela ustanovljenih u skladu sa Konvencijom o korupciji, ili imovine u vrijednosti koja odgovara toj stečenoj koristi (čl. 9. st. 3.).

Od izuzetne važnosti su odredbe iz člana 23. Konvencije o korupciji koje predviđaju mogućnost primjene posebnih istražnih tehnika u svrhu prikupljanja dokaza u vezi sa koruptivnim krivičnim djelima, kao i primjenu drugih pogodnih mjera u cilju identifikacije, pronalaženja, zamrzavanja i zapljene sredstava i koristi stečene korupcijom. Također, države potpisnice se obavezuju da će donijeti nužne pravne i druge mjere kojima će opunomoćiti svoje sudove ili druge odgovorne vlasti da izdaju nalog prema kojem se mogu podnijeti ili zaplijeniti bankovne,

1, Sarajevo, 2010, str. 265.

21 Krivičnopravna konvencija o korupciji („Službeni glasnik BiH“ br. 3/01 – Međunarodni ugovori).

finansijske ili trgovinske bilješke u svrhu izvršavanja prethodno spomenutih mjera. Pri tome bankarska povjerljivost neće predstavljati prepreku u izvršenju tih mjera.

Konvencija Vijeća Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenog krivičnim djelom i o finansiranju terorizma (u daljem tekstu: Varšavska konvencija)²² u svojoj Preambuli naglašava da borba protiv teških krivičnih djela zahtjeva korištenje modernih i efikasnih metoda na međunarodnom nivou. Jedna od tih metoda sastoji se u oduzimanju počiniocima krivičnih djela nezakonitog prihoda i predmeta pribavljenih krivičnim djelom.

Mjere koje treba donijeti na nacionalnom nivou, uređene su od člana 3. do člana 14. Varšavske konvencije. Tako član 3. nalaže potpisnicama da donesu takve zakonodavne i druge moguće mjere, kako bi mogla oduzeti predmete i imovinsku korist ili imovinu, koja po vrijednosti odgovara takvoj imovinskoj koristi i „opranoj“ imovini. Svaka država potpisnica se obavezuje da donese takve zakonske ili druge moguće mjere, kojima garantuje, da u slučaju težeg krivičnog djela, za koja se opredjeli u okviru nacionalnog zakonodavstva, učinitelj krivičnog djela mora otkriti izvor imovinske koristi ili druge imovine koja se može oduzeti, ako je takav zahtjev u skladu sa principima nacionalnog zakonodavstva. Varšavska konvencija donosi i dvije novosti. Prvo, oduzimanje imovinske koristi ograničeno je samo na krivična djela za koja je predviđena kazna zatvora ili donesena odluka o pritvoru u trajanju više od jedne godine, ili na listu tačno određenih krivičnih djela. Drugo, član 3. stav 4. Varšavske konvencije predviđa obrnuti teret dokazivanja u vezi sa težim krivičnim djelima, ali je u vezi sa ovom odredbom moguće uložiti rezervu. Važno je naglasiti da član 53. Varšavske konvencije dozvoljava više izjava i prigovora, koje se odnose na član 3.

Članovi 4. i 5. Varšavske konvencije uređuje materiju zamrzavanja, konfiskacije i oduzimanja imovine, te predviđaju da se ove mjere prošire i na imovinu, u koju se imovinska korist pretvorila ili promjenila; imovinu pribavljenu iz zakonitih izvora, ako je imovinska korist u cjelini ili djelimično pomješana s takvom imovinom, do ocjenjene vrijednosti imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom; na prihod ili drugu korist ostvarenu iz imovinske koristi ili iz imovine u koju se ona pretvorila. Član 6. Varšavske konvencije obavezuje potpisnice ugovora da donesu zakonske ili druge moguće mjere kojima se garantuje odgovarajuće upravljanje zamrznutom ili konfiskovanim imovinom.

Posebnu pažnju Varšavska konvencija posvećuje problematici istraživanja krivičnih djela povezanih sa ostvarivanjem imovinske koristi. U tom smislu, izuzetan značaj posvećen je obavezi država potpisnica da u sklopu nacionalnog zakonodavstva organima krivičnog gonjenja omoguće pribavljanje podataka o bankovnim računima i transakcijama, te primjena drugih metoda kojima se olakšava

²² Konvencija Vijeća Evrope o pranju, traganju, privremenom oduzimanju i oduzimanju prihoda stečenoga kaznenim djelom i o financiranju terorizma (CETS 198) – od strane Bosne i Hercegovine potpisana 19.01.2006., ratificirana 11.01.2008., stupila na snagu 01.05.2008.

praćenje i prikupljanje dokaza u vezi sa nezakonito pribavljenom imovinskom koristi (posmatranje, presretanje poruka poslanih preko telekomunikacijskih sredstava, pristup kompjuterskim sistemima, listing i dr.).U skladu sa njenim osnovnim ciljevima, član 12. Varšavske konvencije obavezuje primjenu mjera nužnih za osnivanje finansijsko-obavještajnih jedinica (u daljem tekstu: FIU²³). Nadalje svaka potpisnica ugovora donosi takve zakonske i druge moguće mjere, kojima garantuje, da njena FIU ima blagovremeno neposredni ili posredni pristup do potrebnih finansijskih, upravnih ili policijskih podataka, potrebnih za pravilno sprovođenje njenih zadataka, uključujući i analizu poruka o sumnjivim transakcijama.²⁴

Varšavska konvencija u svojim odredbama posebnu pažnju posvećuje međunarodnoj saradnji u postupku otkrivanja i oduzimanja nezakonitih prihoda pribavljenih krivičnim djelom. Riječ je o Glavi IV (čl.15-45) koja razrađuje opšta pitanja načela i mjera međunarodne saradnje i Glavi V (čl. 46-48) koja je posvećena saradnji finansijskih obavještajnih službi. Prema opštim načelima međunarodne saradnje propisanim Varšavskom konvencijom, od država potpisnica traži se saradnja u najširoj mogućoj mjeri koja treba da obuhvati saradnju u istrazi i donošenju privremenih mjera u cilju oduzimanja nezakonitih prihoda i sredstava pribavljenih krivičnim djelom ili uplate novčanog iznosa koji odgovara vrijednosti pribavljenoj kriminalom.

Preporuka (2001)11 Odbora ministara Vijeća Evrope o vodećim načelima borbe protiv organizovanog kriminala²⁵ (u daljem tekstu: Preporuka VE) u svojoj Preambuli naglašava potrebu zajedničkog djelovanja u borbi protiv organizovanog kriminala, te naglašava da ekonomska moć, međunarodna povezanost kriminalnih skupina i sofisticirane metode i tehnike djelovanja narušavaju temelje pravnog društva i demokratije.

U materiji identifikacije i oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom predviđa nekoliko značajnih načela generalne prevencije protiv organizovanog kriminala, u okviru kojih je moguće izdvojiti sljedeće: (a) predviđanje u nacionalnim zakonodavstvima mjeru oduzimanja imovine za koju postoji razumna sumnja da potiče od aktivnosti organizovanog kriminala, u skladu sa temeljnim ustavnim načelima (čl. 11. Preporuke VE); (b) uvođenje istražnih strategija za potrebe oduzimanja imovine od organizovanih kriminalnih

23 U engleskoj se terminologiji izraz „finansijsko-obavještajna jedinica“ javlja pod nazivom „Financial Intelligence Unit“ pa otuda i skraćenica FIU koja se vrlo često koristi u međunarodnim okvirima.

24 Jakulin, V., Konvencija Saveta Evrope o pranju, otkrivanju, konfiskaciji i oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, i o finansiranju terorizma: mere koje treba doneti na nacionalnom nivou, *Pravna riječ*, Udruženje pravnika Republike Srpske, godina VI, br. 19/2009, Banja Luka, 2009, str. 19.

25 Recommendation Rec(2001)11 of the Committee of Ministers to member states concerning guiding principles on the fight against organised crime (Adopted by Committee of Ministers on 19 September 2001 at the 765th meeting of the Minister's Deputies).

grupa putem međusobno povezanih finansijskih istraga, uključujući predviđanje određenih izuzetaka od čuvanja bankovne tajne, kao i izuzetaka od obaveze čuvanja profesionalne tajne od strane bankara, računovođa, notara i advokata. U slučaju svjedočenja ovim osobama je potrebno pružiti odgovarajuću zaštitu. (čl. 14. Preporuke VE); (c) usvajanje zakonskih mjera za efikasnije traganje, zamrzavanje, privremeno i trajno oduzimanje imovine koja potječe iz organizovanih kriminalnih aktivnosti (čl. 15. Preporuke VE) i (d) uvođenje mogućnosti oduzimanja imovine od organizovanog kriminala u sudskom postupku, neovisno o drugim postupcima, a izuzetno i redukciju tereta dokazivanja nezakonitog porijekla te imovine (čl. 16. Preporuke VE).²⁶

4. Pravni dokumenti Evropske unije

Akcijski plan Evropskog vijeća za suzbijanje organizovanog kriminala od 28. aprila 1997. godine²⁷ istaknuo je da je glavna pokretačka snaga organizovanog kriminala upravo težnja za finansijskom dobiti. Stoga je Evropsko vijeće ukazalo na važnost da svaka država članica ima dobro razvijeno zakonodavstvo u području oduzimanja imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom.²⁸ Jedna od karakteristika ovog dokumenta jeste insistiranje na preventivnom pristupu u borbi protiv organizovanog kriminala. Kao preventivne mjera u borbi protiv organizovanog kriminala spominje se između ostalog razvijanje antikorupcijske politike, smanjenje potražnje za ilegalnim proizvodima i uslugama, onemogućavanje ili otežavanje pristupa određenim resursima, efikasnija kontrola finansijskih institucija i dr.²⁹

Zajednička akcija o pranju novca, istragama, zamrzavanju, oduzimanju i konfiskaciji predmeta i prihoda od krivičnog djela³⁰ (u daljem tekstu: Zajednička akcija) od 3. decembra 1998. godine bila je prvenstveno usmjerena na konkretizaciju i dodatno osiguravanje ispunjenja obaveza koje su države članice preuzele u nekim postojećim međunarodnopravnim dokumentima, ponajprije u Strazburškoj konvenciji iz 1990. godine. Težište je stavljeno na „ubrzavanje te olakšavanje saradnje i pružanja pravne pomoći među državama

²⁶ Combating organised crime: best-practice surveys of the Council of Europe, Council of Europe Publishing, Strazbourg, 2007, str. 280.

²⁷ Council Action Plan to Combat Organised Crime of 28 April 1997, Official Journal L 251, 15 August 1997.

²⁸ Vettori, B., *Tough on Criminal Wealth, Exploring the Practice on Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Springer, 2010, str. 5.

²⁹ Više o preventivnim mjerama vidi u: Van de Bunt, H., Van de Schoot, C., *Prevention of Organised Crime*, WODC, Den Haag, 2003, str. 18-20.

³⁰ Joint Action of 3 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Money Laundering, the Identification, Tracing, Freezing, Seizing and Confiscation of the Instruments and of the Proceeds from Crime, Official Journal L 333, 9 December 1998.

članicama, izbjegavanje formalnosti koje su u praksi često pokazuju glavnim preprekama efikasnije međudržavne saradnje³¹.

S obzirom da je prvenstvena svrha Zajedničke akcije bila ograničiti mogućnost država članica da izbjegavaju obaveze preduzete Strazburškom konvencijom, važno je spomenuti sljedeće odredbe, kojima se države članice obavezuju na: (a) suzdržavanje od stavljanja rezervi na primjenu člana 2. Strazburške konvencije (mjere oduzimanja), sa izuzetkom krivičnih djela kažnjivih prema poreznom zakonodavstvu, načelno u slučajevima krivičnih djela sa maksimalnom kaznom u trajanju dužem od jedne godine (čl. 1. st. 1. a) Zajedničke akcije); (b) suzdržavanje od stavljanja rezervi na primjenu člana 6. Strazburške konvencije (krivična djela pranja prihoda stečenog krivičnim djelom) u slučajevima teških krivičnih djela, za koja je predviđena kazna zatora u trajanju dužem od jedne godine, ili eventualno u određenim slučajevima dužem od šest mjeseci; (c) u svojim zakonodavstvima moraju predvidjeti oduzimanje protuvrijednosti, osim u slučajevima beznačajnih krivičnih djela (čl. 1. st. 2. Zajedničke akcije); (d) omogućavanje pružanja pomoći već u najranijim fazama istrage te u tom smislu ograničiti upotrebu osnova za odbijanje saradnje u odnosu na druge države članice (čl. 1. st. 3. Zajedničke akcije) i (e) stručno osposobljavanje svih pravosudnih i drugih djelatnika koji učestvuju u provođenju međunarodne saradnje u procesu identifikacije, pronalaženja, zamrzavanja ili oduzimanja predmeta i prihoda od krivičnog djela (čl. 6. Zajedničke akcije).

U Službenom listu Evropske unije objavljen je **Akcijski plan Evropskog vijeća od 27. marta 2000. godine „Sprječavanje i kontrola organizovanog kriminala: Strategija Evropske unije za početak novog milenija“**³² (u daljem tekstu: Strategija). U Strategiji se navodi da je glavni motiv organizovanog kriminala upravo stjecanje finansijske dobiti uz zaključak da se efikasna prevencija i suzbijanje organizovanog kriminala mora zasnivati na pronalaženju i zamrzavanju kao i na privremenom i trajnom oduzimanju imovinske koristi stečene krivičnim djelom.³³ „Ovakvim pristupom izmjenjena je kriminološka postavka na kojoj su se temeljile dosadašnje norme, pa se sa koncepta zaštite privatne imovine od moguće agresije kriminala prešlo na shvatanja da se i samo bogatstvo može smatrati opasnim ako ne potiče iz legalnih izvora“.³⁴

31 Ivičević, E., *Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom*, Hrvatsko udruženje za kaznenu znanost i praksu i Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2004., str. 144.

32 Council Action Plan of 27 March 2000 „The Prevention and Control of Organised Crime: A European Union Strategy for the Beginning of the New Millennium“, Official Journal C 124, May 2000.

33 Dragičević-Dičić, R., Oduzimanje protupravno stečene imovinske koristi – međunarodni standardi i uporednopravna rešenja, Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji, *Organizovani kriminal i korupcija u uporednom i međunarodnom pravu*, Beograd, 2008, str. 294.

34 Radovanović, S., Oduzimanje imovine stečene organizovanim kriminalom u svetlu savremenog, evropskog i domaćeg zakonodavstva, *Primena međunarodnog krivičnog prava – organizirani kriminal*, Beograd, 2007, str. 79.

U Strategiji se preporučuje razmatranje mogućnosti da se nakon osude nekog lica za teško krivično djelo ublaži teret dokazivanja vezano za porijeklo imovine koja je vezana za izvršenje krivičnog djela povezanog sa organizovanim kriminalom (Preporuka 19). Interesantno je da se u Strategiji predviđa mogućnost oduzimanja imovinske koristi i u onim situacijama kada učinitelj nije prisutan u postupku, dakle u slučajevima kada je učinitelj umro ili je nedostupan (Preporuka 20).³⁵

Okvirna odluka Evropskog vijeća od 26. juna 2001. godine, o pranju novca, identifikaciji, pronalaženju, zapljeni i oduzimanju sredstava i prihoda od krivičnog djela³⁶ (u daljem tekstu: Okvirna odluka iz 2001.) nastoji da koriguje određene odredbe Zajedničke akcije iz 1998. godine koje su se vremenom pokazale kao neadekvatne. Tako se prema članu 1. tačka a) Okvirne odluke iz 2001. države članice obavezuju na suzdržavanje od stavljanja rezervi na primjenu člana 2. Zajedničke akcije (mjere oduzimanja), u pravilu u slučajevima krivičnih djela kod koji je zapriječena maksimalna kazna zatvora u trajanju dužem od jedne godine. Istovremeno predviđena je iznimka kod poreznih krivičnih djela.

Okvirna odluka iz 2001. predviđa obavezu konfiskacije vrijednosti, ali je tačno preciziran izuzetak od te obaveze, pa države mogu isključiti oduzimanje vrijednosti ako bi oduzeti iznos bio manji od 4000 eura (čl. 3. Okvirne odluke iz 2001.). Predviđen je i jednak stepen prioriteta postupanja na temelju zahtjeva država članica i domaćih postupaka identifikacije, pronalaženja, zapljene i oduzimanja sredstava i prihoda od krivičnog djela (čl. 4. Okvirne odluke iz 2001.).

Okvirna odluka Evropskog vijeća o izvršenju naloga za zamrzavanje imovine i dokaza u Evropskoj uniji³⁷ od 22. jula 2003. godine (u daljem tekstu: Okvirna odluka iz 2003.) posebno je značajna jer uvodi načelo uzajamnog priznanja na kojem bi se temeljila primjena mjere zamrzavanja, čime se izbjegavaju formalnosti i omogućuje brzo osiguranje dokaza i zapljena imovine u bilo kojoj državi članici, na zahtjev bilo koje države članice. Prema Okvirnoj odluci iz 2003. zamrzavanje je moguće već u ranoj fazi postupka, na temelju naloga koji izdaje nadležna sudska vlast države moliteljice, te ga šalje direktno nadležnom organu druge države. U slučajevima učinjenja nekog od 32 taksativno navedena krivična djela, ako su u državi moliteljici za njih propisane kazne zatvora sa gornjom

³⁵ Vettori, B., *op. cit.*, str. 6.

³⁶ Council Framework Decision of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, Official Journal of the European Communities, 5.7.2001, L 182/1-2.

³⁷ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, Official Journal of European Union, 2.8.2003, L 196/45-55.

granicomod najmanje tri godine (čl. 3. st. 2.), nalog nije uslovljen primjenom načela dvostruke kažnjivosti (*double criminality*).³⁸

Nadalje, predviđena je obaveza države primatelja da prizna i bez daljih formalnosti odmah izvrši nalog za zamrzavanje, ako je moguće u roku od 24 sata, osim ako postoji neki od taksativno navedenih razloga za odbijanje (čl. 7. st. 1.). države članice u svojim zakonodavstvima moraju predvidjeti pravo zainteresirane strane, uključujući treće osobe koje su postupale u dobroj vjeri, na podnošenje pravnog lijeka nesuspendivnog karaktera protiv naloga za zamrzavanje (čl. 11. st. 1.) pred sudom države moliteljice ili zamoljene države. Ako bi neka od zainteresiranih strana zbog izvršenja naloga za zamrzavanje pretrpjela štetu, koju bi morala nadoknaditi država primateljica zahtjeva, predviđeno je da onda država moliteljica državi primateljici naloga nadoknadi taj iznos (čl. 12. st. 1.). „Saradnja u smislu ove Okvirne odluke podrazumijeva postojanje povjerenja da su odluke koje se uzajamno priznaju i izvršavaju donijete u skladu sa principima zakonitosti, supsidijarnosti i svrsishodnosti“.³⁹

Okvirna odluka Evropskog vijeća od 24. februara 2005. godine o oduzimanju prihoda, sredstava i imovine povezane s krivičnim djelom⁴⁰ kao moguće alternative, predviđa tri osnovna modela proširenog oduzimanja imovinske koristi (čl. 3.). Prvi model predviđa mogućnost proširenog oduzimanja u slučajevima kada bi nacionalni sud, na temelju određenih činjenica, bio potpuno uvjeren da je određena imovina stečena kriminalnim djelatnostima osuđene osobe u toku određenog vremenskog perioda koji je prethodio osuđujućoj presudi za krivično djelo organizovanog kriminala i terorizma, koje sud smatra razboritim s obzirom na okolnost konkretnog slučaja (čl. 3. st. 2. t. a). Drugi model uređuje mogućnost proširenog oduzimanja u slučajevima kada bi nacionalni sud, na temelju određenih činjenica, bio potpuno uvjeren da je određena imovina stečena sličnim kriminalnim djelatnostima osuđene osobe u toku određenog vremenskog perioda koji je prethodio osuđujućoj presudi za krivično djelo organizovanog kriminala ili terorizma, koje sud smatra razumnim s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja (čl. 3. st. 2. t. b). Ovaj model sužava mogućnost proširenog oduzimanja jer, za razliku od prvog modela, uvjetuje da je imovina pribavljena „sličnim kriminalnim djelatnostima“ onima zbog kojih je počiničac osuđen, što bi isključilo oduzimanje imovinske koristi stečene „običnim“ krivičnim djelom. Konačno, treći model predviđa prošireno oduzimanje u slučajevima u kojima je utvrđeno da je vrijednost imovine osuđene osobe u nesrazmjeru s njenim zakonitim prihodima, a nacionalni je sud, na temelju određenih činjenica, potpuno uvjeren da je ta imovina stečena

38 Ivičević - Karas, E., *Komentar Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*, Narodne novine, Zagreb, 2011, str. 22.

39 Bošković, G., Mijalković, S., *Međunarodna saradnja u oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom, Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, br. 1/2009, Beograd, str. 200.

40 Council Framework Decision of 24 February 2005 on Confiscation of Crime Related Proceeds, Instrumentalities and Property, Official Journal of the European Union, 15.3.2005., L 68/49-51.

kriminalnim djelatnostima osuđene osobe (čl. 3. st. 2. t. c) Okvirne odluke. Ovaj posljednji model ujedno omogućuje najširi zahvat u počiničevu imovinu.⁴¹

Za sva tri navedena modela karakteristično je da, kao jedan od uslova za primjenu mjere proširenog oduzimanja imovinske koristi, u slučaju osuđujuće presude za krivično djelo organizovanog kriminala ili terorizma, mora postojati čvrsto utemeljena pretpostavka da imovina osuđene osobe potiče od krivičnih djela, odnosno sud mora biti potpuno uvjeren u kriminalno porijeklo određene imovine. „Pretpostavka o kriminalnom porijeklu imovine mora biti utemeljena na određenim činjenicama, koje mogu biti indicije, a opravdava se težinom krivičnih djela organizovanog kriminala i terorizma. Osuđena osoba mora imati mogućnost da ospori navedene pretpostavke, odnosno mogućnost dokazivanja zakonitog porijekla svoje imovine“.⁴²

U preambuli **Direktive o zamrzavanju i oduzimanju imovinske koristi ostvarene krivičnim djelom u Evropskoj Uniji**⁴³ od 14. marta 2014. godine (u daljem tekstu: Direktiva) naglašava se da je glavni motiv prekograničnog organizovanog kriminala, uključujući kriminalne organizacije kriminalnog tipa, upravo finansijska dobit. Stoga, bi nadležna tijela trebala raspolagati sredstvima za praćenje, zamrzavanje i oduzimanje imovinske koristi ostvarene krivičnim djelima te upravljanje njome.

Predmet Direktive određen je u članu 1. i odnosi se na utvrđivanje minimalnih pravila o zamrzavanju imovine s ciljem mogućeg naknadnog oduzimanja i o oduzimanju imovine u krivičnim stvarima. Donošenjem minimalnih pravila uskladit će se režimi država članica u vezi zamrzavanja i oduzimanja te će se na taj način omogućiti uzajamno povjerenje i efikasna prekogranična saradnja. Direktiva u članu 4. uspostavlja minimalne standarde u postupku za oduzimanje imovinske koristi bez krivične presude (situacije kada je osumnjičeni, odnosno optuženi bolestan ili u bjekstvu). Način ostvarenja ovog cilja može biti različit i zemlje članice mogu donijeti propise o oduzimanju imovne bez sudske presude pred krivičnim sudom ili bilo kojim drugim sudom.⁴⁴ Pri tome bi države članice trebale preduzeti sve razumne mjere da se te osobe pozovu na sud ili upoznaju s postupkom oduzimanja. Isto tako, njihova odsutnost ne bi trebala utjecati na pravo da ih tokom postupka zastupa branilac.

Prošireno oduzimanje imovinske koristi propisano je članu 5. Direktive i nalaže državama članicama da donesu potrebne mjere kako bi se omogućilo oduzimanje, u potpunosti ili djelimično, imovine u posjedu osobe osuđeno za krivično djelo koje može direktno ili indirektno dovesti do ekonomske koristi,

41 Ivičević-Karas, E., *Komentar Zakona...*, op. cit., str. 22-23.

42 Pradel, J., Corstens, G., Vermeulen, G., *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2009, str. 535-536. Prema: Ivičević-Karas, E., *Komentar Zakona ...*, op. cit., str. 23.

43 Directive on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the EU (PE-CONS 121/13).

44 Huremagić, R., Oduzimanje imovinske koristi i finansijske istrage – aktuelna događanja na nivou Evropske Unije, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini (sadašnjost i izazovi za budućnost)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2013, str. 234.

u slučaju da sud, na temelju okolnosti slučaja, uključujući posebne činjenice i dostupne dokaze (npr. da je vrijednost vlasništva u nesrazmjeru sa zakonitim prihodima osuđenika), smatra da i ta imovina potiče od krivičnih djela. Dakle, prošireno oduzimanje trebalo bi biti moguće ako sud smatra da je i takva imovina stečena kriminalnim radnjama. To ne znači da je nužno i utvrditi sa sigurnošću kriminalno porijeklo imovine. Države članice mogu predvidjeti da bi, npr. moglo biti dovoljno da sud na temelju odmjeravanja vjerovatnoće smatra ili da može opravdano pretpostaviti da je vjerovatnije da dotična imovina kriminalnog porijekla. U tom kontekstu, sud mora razmotriti posebne okolnosti slučaja, uključujući činjenice i dostupne dokaze na temelju kojih se može donijeti odluka o proširenom oduzimanju. Činjenica da imovina osobe nije u skladu sa njezinim zakonitim prihodom može biti jedna od činjenica na temelju kojih se dolazi do zaključka suda da imovina proizilazi iz kriminalnih radnji. Države članice mogle bi i odrediti zahtjeve za određena razdoblja u kojima se može smatrati da imovina potiče iz kriminalnih radnji.

5. Međunarodni standardi i njihova implementacija u bosanskohercegovačko krivično zakonodavstvo

Prethodna analiza ukazuje na postojanje brojnih međunarodnih dokumenta koji se na neposredan, odnosno posredan način bave problematikom oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Jedan od ključnih ciljeva njihovog donošenja jeste pružanje adekvatnog krivičnopravnog odgovora na kriminalne aktivnosti motivisane namjerom sticanja imovinske koristi, kako bi se osiguralo da se takva imovinska korist može legitimno oduzeti bez obzira na različite prepreke koje se mogu javiti u samom postupku oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Neka od tih rješenja svakako podrazumijevaju: (1) da nazivi normi koje regulišu problematiku oduzimanja imovinske koristi treba da budu usaglašeni i da odgovaraju smislu – cilju sadržaja koji regulišu norme, (2) da je potrebno precizno i ujednačeno definisati pojam imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i drugih relevantnih pojmova i s tim u vezi odrediti obim imovine i prihoda kriminalnog porijekla koji podliježu oduzimanju, kao i normiranje mogućnost oduzimanja zakonite, odnosno zamjenske imovine u protivrijednosti nezakonito pribavljene imovine, (3) da je potrebno jasno precizirati obim primjene zakona, (4) da se oduzimanje imovinske koristi sve više uređuje kao *in rem* (dakle objektivni postupak u kojem krivnja nije uslov za primjenu ove mjere) postupanje institucija krivičnog pravosuđa koje se bavi otkrivanjem, osiguranjem, oduzimanjem i upravljanjem oduzetom imovinom, pribavljenom krivičnim djelom, (5) da se sa stanovišta *ratione temporis* vođenje postupka za oduzimanje imovinske koristi može voditi u svim procesnim situacijama (odakle je proizašla potreba za propisivanjem posebnih postupaka za oduzimanje imovinske koristi u kojima nije donesena presuda u krivičnom postupku) (6) da se u nacionalna zakonodavstva uvodi prošireno oduzimanje

imovinske koristi uz redukciju postupka dokazivanja i podjelu tereta dokazivanja, (7) da se pred nadležne institucije koje se bave identificiranjem, praćenjem i osiguranjem imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom postavljaju zahtjevi za povećanom efikasnošću, (8) da se inoviraju i primjenjuju posebne istražne tehnike kojima se otkriva, prati i osigurava imovinska korist za koju se sumnja da je pribavljena na nezakonit način (finansijska istraga), (9) da se propisuju standardi u vezi sa normiranjem privremenog oduzimanja imovine kao i standardi čuvanja i upravljanja privremeno i trajno oduzetom imovinom, (10) da se predvide adekvatni instrumenti zaštite prava trećih osoba koje učestvuju u postupku oduzimanja imovinske koristi (osoba koje su postupale *bona fides* u odnosu na okolnosti porijekla imovine, (11) da se uzajamna saradnja tih institucija na nacionalnom, regionalnom i univerzalnom nivou mora podići na viši nivo, i dr.⁴⁵ Sve ovo ukazuje kako su izvori međunarodnog prava koji uređuju predmetnu materiju nezaobilazan faktor u analizama efikasnosti domaćeg zakonodavstva u području primjene oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

U cilju usklađivanja domaćeg krivičnog zakonodavstva u BiH sa međunarodnim standardima u oblasti oduzimanja imovinske koristi zakonodavac se na entiteskom nivou i na nivou BD BiH odlučio da materiju oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelima preciznije uredi posebnim zakonima. Prvi posebni zakon usvojen je u RS, i to Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela u RS⁴⁶ (ZOISIKD RS ili posebni zakon RS), čija primjena je počela 1.7.2010. godine. U FBiH je Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom⁴⁷ (ZONSIKD FBiH ili posebni zakon FBiH) usvojen 2014. godine, a počeo se primjenjivati 1. marta 2015. godine.⁴⁸ Na nivou Brčko distrikta je takođe usvojen novi Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine⁴⁹ (ZONSI BD ili posebni zakon BD). Na nivou države BiH ne postoji poseban zakon posvećen ovoj materiji, već se primjenjuju isključivo KZ BiH i ZKP BiH. Ipak, trenutno je u pripremi Nacrt zakona koji će pokrivati oblast upravljanja imovinom oduzetom u vezi s krivičnim postupcima. Bez namjere da dataljno analiziramo odredbe pomenutih zakonskih tekstova u nastavku ćemo

45 Isto: Govedarica, M., *Oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela (preventivni-represivni aspekt)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2013, str. 48. Ferhatović, A., Mujanović, E., *Samostalno oduzimanje imovinske koristi (oduzimanje u odsustvu osuđujuće presude)*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVIII, Sarajevo, 2015, str. 34.

46 Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela ("Službeni glasnik RS" br. 12/2010).

47 Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom („Službene novine FBiH“ br. 71/14).

48 Zakon je u Federaciji BiH donesen u paketu tzv. seta antikorupcijskih zakona, kao jedan od alata u odlučnom suprotstavljanju korupciji. Međutim primjena osnovnog Zakona o suzbijanju korupcije i organizovanog kriminala u FBiH, kojim se uspostavljaju Posebni odjeli pri Federalnom tužilaštvu FBiH i Vrhovnom sudu FBiH još uvijek nije započela jer se za to nisu stekli materijalno-tehnički uslovi. U tom smislu i ZONISKD je zamišljen da funkcioniра u korelaciji sa ovim osnovnim zakonom tj. kao alat Posebnog odjela Tužilaštva FBiH.

49 Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine („Službeni glasnik BD BiH“ br. 29/16).

samo ukazati na njihove osnovne karakteristike i to u odnosu na ranije pomenute međunarodne standarde u regulisanju materije oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom.

(1) Zajednička karakteristika ovih zakonskih tekstova tiče se prije svega ključnih pitanja koja čine njihov sadržaj. To su: definisanje pojmova vezanih za imovinu stečenu kriminalnim aktivnostima, preciziranje pretpostavki za njeno oduzimanje (privremeno i trajno), propisivanje postupka oduzimanja, vrste i nadležnosti subjekata za odlučivanje u postupku oduzimanja imovine za koju se pretpostavlja da potiče iz kriminalnih aktivnosti i preciziranje nadležnosti, načina i uslova čuvanja i raspolaganja oduzetom imovinom. Uvažavajući prethodno smatramo da nazivi zakona u RS (Zakon o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela), FBiH (Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine krivičnim djelom) i BD (Zakon o oduzimanju nezakonito stečene imovine) ne odgovaraju smislu sadržaja koji regulišu, a to je prvenstveno „*postupak oduzimanja imovinske koristi*“ što nije vidljivo iz spomenutih zakonskih naziva.

(2) Posebno zakonodavstvo sadrži odredbe kojim su definisani određeni ključni pojmovi korišteni u tim zakonima, među kojima pojam imovine, imovinske koristi stečene krivičnim djelom, trećih lica, povezanih lica i dr. Međutim razlike u tim definicijama su veoma značajne, a što se direktno odražava na obim primjene tih zakona i razvoj buduće sudske prakse. Kao i ostale različitosti, i ove mogu dovesti do različitog obima prava koja uživaju različiti učesnici u postupku oduzimanja imovine na teritoriji BiH. Ujednačavanje pojmovnog definisanja osnovnih termina korištenih u posebnim zakonima, osnovni je preduslov za njihovo približno jednako razumijevanje i primjenu. Konačno, definisanje pojmova imovina i imovinska korist predstavlja međunarodni standard i uobičajna je praksa u zakonskom normiranju predmetne materije u uporednim zakonodavstvima.

(3) U cilju što potpunijeg oduzimanja nezakonito stečene imovine i sprečavanja eventualnih zloupotreba u tom postupku, međunarodni standardi propisuju da mjera privremenog i trajnog oduzimanja obuhvata i imovinu u koju su prihodi kriminalnog porijekla transformisani; imovinu stečenu iz zakonitih izvora, ako su se prihodi pomiješali, u cjelini ili djelimično sa takvom imovinom kao i dobit ili druge koristi proistekle iz prihoda stečenih kriminalom od imovine u koju su se prihodi stečeni kriminalom transformisani ili od imovine sa kojom su prihodi stečeni kriminalom pomiješani do visine procijenjene vrednosti pomiješanih prihoda. U pogledu ovog kriterija posebni zakoni u FBiH i BD BiH, kao i krivični zakoni (KZ FBiH i KZ BD BiH) ispunjavaju ovaj kriterij, posebno u pogledu mogućnosti oduzimanja imovinske koristi koja je sjedinjena sa zakonski stečenom imovinom ili transformirana u drugi oblik imovine, kao i prihoda i druge koristi iz imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, ili iz imovine u koju je imovinska korist pretvorena ili iz imovine s kojom je imovinska korist sjedinjena. S druge strane KZ RS ne ispunjava ovaj kriterij, ali ZOISKD u članu 3. tačka a) predviđa mogućnost proširenog oduzimanja prihoda ili druge

koristi ostvarene neposredno ili posredno iz krivičnog djela, kao i dobara u koje je imovina pretvorena ili sa kojom je pomiješana.

(4) Mogućnost oduzimanja zakonite imovine u protivrijednosti nezakonito stečene imovine kao zamjenske u situacijama kada se ista ne može oduzeti (prenesena na savjesne kupce ili je potrošena) predstavlja međunarodni standard sadržan u većini međunarodnih dokumenata koji se bave predmetnom problematikom,⁵⁰ a svoju podlogu nalazi i u relevantnim odlukama ESLJP, odnosno u komparativnom zakonodavstvu. Možemo konstatovati da BiH nije uskladila svoje krivično zakonodavstvo sa ovim međunarodnim standardom.

(5) U okviru posebnih zakona posebna pažnja posvećene je normiranju finansijske istrage. Provođenje finansijske istrage ima za cilj prikupljanje svih relevantnih finansijskih i drugih informacija koje ukazuju na prirodu i porijeklo imovine za koju se sumnja da je pribavljena na nezakonit način. Odredbama ovih zakona predviđeni su uslovi, način i rokovi za provođenje finansijske istrage. Ono što je važno primijetiti jeste da je pokretanje i provođenje istrage u rukama tužioca, on je taj koji inicira pojedine krivičnoprocesne radnje, koordinira aktivnosti ovlaštenih službenih osoba i drugih organa te ima zadatak da povezuje sve te aktivnosti. Istovremeno, propisana je dužnost svih tijela vlasti, institucija i nadležnih organa da omoguće uvid i dostave tražene podatke koji su od važnosti za provođenje finansijske istrage.

(6) Važan preduslova za uspješnu realizaciju normi ovog karaktera jeste i specijalizacija organa zaduženih za njihovu praktičnu realizaciju. Prema odredbama ZOISKD predviđeno je da po dobijanju naredbe za finansijsku istragu, po zahtjevu tužioca, ili po službenoj dužnosti, a pod nadzorom tužioca, dokaze prikuplja posebna organizaciona jedinica u čijoj nadležnosti je finansijska istraga i otkrivanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela. Ova jedinica djeluje kao posebno organizaciono odjeljenje u okviru Jedinice za organizovani kriminal i korupciju MUP-a RS, a u njenom sastavu je deset policijskih službenika, diplomiranih pravnika i ekonomista. Sa druge strane, ono što se čini kao nedostatak postojećih zakonskih rješenja u okviru posebnih zakona U FBiH i BD jeste nepostojanje specijaliziranih jedinica koji bi se bavili isključivo preduzimanjem radnji dokazivanja i prikupljanjem dokaza u toku finansijske istrage. Svi posebni zakoni predviđaju formiranje Agencije u čijoj su nadležnosti upravljanje i raspolaganje privremeno i trajno oduzetom imovinom, te propisuju preciznu proceduru prilikom prodaje, najma, čuvanja i održavanja oduzete imovine.

(7) Jedan od međunarodnih standarda odnosi se na potrebu korištenje specijalnih istražnih ovlaštenja i tehnika za identifikaciju, otkrivanje i prikupljanje dokaza o imovini proistekloj iz krivičnog djela. S obzirom da se ZONSIKD FBiH primjenjuje za sva krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna, odnosno ZONSI BD za krivična djela za koja je kao poseban minimum propisana kazna zatvora od tri godine to podrazumijeva, ukoliko su ispunjeni ostali zakonski uslovi, mogućnost primjene posebnih istražnih radnji

⁵⁰ Vidjeti: čl. 5. st. 1. tačka a) Bečke konvencije, čl. 2. Konvencije iz Palerma.

iz člana 131. ZKP FBiH i člana 117. ZKP BD BiH čime je u potpunosti ispunjen ovaj kriterij. Sa druge strane, s obzirom da se ZOISKD primijenjuje na kataloški određena krivična djela, ovaj kriterij će biti ispunjen samo ako je riječ o krivičnom djelu za koje se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.

(8) U vezi sa mogućnošću proširenog oduzimanja imovinske koristi možemo zaključiti da ZOISKD RS predviđa prošireno oduzimanje u odnosu na konkretna krivična djela, dok su odredbe o proširenom oduzimanju u ZONSIKD FBiH preširoko postavljene, s obzirom da se odnose na sva krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. Čini se da najbolje rješenje nudi ZONSI BD koji predviđa mogućnost proširenog oduzimanja za krivična djela za koja je kao poseban minimum propisana kazna zatvora od tri godine. U propisivanju krivičnih djela na koja se odnose odredbe o proširenom oduzimanju imovinske koristi posebno je uzeti u obzir sljedeće činjenice. Prvo, krug krivičnih djela na koje se primjenjuju odredbe o proširenom oduzimanju svakom novousvojenom konvencijom međunarodnog karaktera sve se više širi. Drugo, treba imati u vidu rešenja u kompetentnom komparativnom zakonodavstvu po ovom pitanju. Treće, ne treba zaboraviti da se odredbe o proširenom oduzimanju primjenjuju samo za najteža krivična djela.

(9) Najveću novinu u vidu odstupanja od klasičnih krivičnopravnih instituta kada je riječ o oduzimanju nezakonito stečene imovine, posmatrano sa aspekta međunarodnih standarda, predstavlja primjena zakonskih pretpostavki i s tim u vezi uvođenje mogućnosti prebacivanja tereta dokazivanja na izvršioca krivičnog djela u vezi sa imovinom za koju se pretpostavlja da je protupravno stečena. Svi posebni zakoni prihvataju primjene redukcije dokaznog standarda koji se inače traži prilikom dokazivanja nezakonitog porijekla imovine jer se predviđa standard „dovoljno dokaza da se opravdano vjeruje“, odnosno „postojanje očigledne nesrazmjere.“ Nakon toga dolazi do inverzije tereta dokazivanja sa tužioca na počiniooca, odnosno vlasnika koji je dužan da dokazuje suprotno tj. da je imovinska korist pribavljeno zakonito. Dakle, teret dokazivanja je podijeljen između tužioca i počiniooca krivičnog djela, odnosno vlasnika imovine.

(10) Oduzimanje imovinske koristi bez postojanja krivične presude u slučajevima kada postoji sumnja da je imovina stečena izvršenjem krivičnog djela, a osumnjičeni ili optuženi nije dostupan organima krivičnog gonjenja, usljed smrti ili bjekstva osumnjičenog ili optuženog ili drugih procesnih okolnosti koje isključuju krivično gonjenje. ZONSIKD FBiH predviđa poseban postupak za oduzimanje imovinske koristi u situacijama kada postoje negativne procesne pretpostavke (smrt ili bjekstvo osumnjičenog, odnosno optuženog), ZONSI BD pored ovih pretpostavki navodi i postojanje drugih okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, dok ZOISKD RS ne predviđaju ovaj međunarodni standard. Smatramo da odredbe ZONSIKD FBiH i ZONSI BD koje se odnose na ova procesno pravna pitanja treba poboljšati, tačnije precizirati i procesno pravno razraditi, a sve u cilju otklanjanja mogućih dilema i nedoumica u njihovoj praktičnoj primjeni.

6. Zaključak

Uspostavljanje savremenog i sveobuhvatnog zakonskog okvira u vezi sa oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u skladu s međunarodnim standardima predstavlja jedan od ključnih sistemskih uslova za efikasnu borbu protiv organizovanog kriminala u BiH.⁵¹ Danas našu državu vežu brojni međunarodnopravni dokumenti doneseni u okviru Ujedinjenih naroda i Vijeća Evrope, a moraju se uzeti u obzir i brojni pravni dokumenti Evropske unije koji uređuju materiju oduzimanja imovinske koristi ostvarene prije svega aktivnostima organizovanog kriminala.

Važno je spomenuti i to da međunarodnim ugovorima (univerzalnim i regionalnim) može biti predviđeno da se određeno pitanje može urediti drugačije dvostranim ugovorom. U materiji oduzimanja imovinske koristi međunarodni ugovori često upućuju na unutrašnje pravo ili uslovljavaju primjenu njihovih odredbi u skladu sa domaćim pravom, ili ustavnim i drugim načelima pojedine države. Konačno, međunarodni ugovori mogu sadržavati rezervu prema kojoj se neke njihove odredbe ne primjenjuju ili se primjenjuju pod određenim uslovima. Ovo je posebno važno iz perspektive država poput BiH, gdje bezuslovno prihvatanje međunarodnih ugovora može proizvesti probleme u dijelu njihove implementacije, odnosno usklađivanja domaćih propisa sa odredbama međunarodnih ugovora.

Bosna i Hercegovina je u prethodnom periodu uložila značajne napore u donošenje odgovarajućeg zakonodavnog okvira i uspostavu efektivnog sistema za oduzimanje nezakonito stečene imovinske koristi. Krivično zakonodavstvo na svim nivoima sadrži odredbe usmjerene na blagovremeno otkrivanje, osiguranje i oduzimanje imovine pribavljene kriminalnim djelovanjem, a u entitetima, Brčko distriktu i jednom kantonu u FBiH su s istim ciljem usvojeni i posebni zakoni. Ipak, normativna rješenja koja su trenutno na snazi u BiH se međusobno razlikuju, a poteškoće u njihovoj praktičnoj primjeni i njihovo različito tumačenje predstavljaju prepreku za uspješno donošenje i provođenje pravosnažnih odluka u ovoj oblasti. Sasvim je sigurno da su efekti usvojenih politika usmjerenih na oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom na svim nivoima pravosuđa u BiH na samom početku.

U vezi sa prihvatanjem brojnih međunarodnih standarda u oblasti oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom možemo primijetiti da je njihova implementacija u domaćem zakonodavstvu samo djelomična, odnosno da postoji jedan dio standarda koji nije prihvaćen. U skladu s prethodnim BiH u narednom periodu očekuje dodatna harmonizacija pravnih propisa sa

51 U tom smislu donesena je i Strategija BiH za borbu protiv organizovanog kriminala 2012-2016 godine. Kao posebni ciljevi ove strategija naglašava se, između ostalog, i sljedeće: (a) usklađivanje pravnih propisa u BiH sa međunarodnim konvencijama, sporazumima, preporukama i drugim standardima koji tretiraju borbu protiv organizovanog kriminala; (b) harmonizacija pravnih propisa unutar BiH; (c) unaprijeđenje pravnog i institucionalnog okvira za oduzimanje imovine stečene kriminalom; (d) jačanje institucionalnih kapaciteta za vođenje finansijskih istraga u sklopu krivičnih istraga i u postupcima oduzimanja nezakonito stečene imovinske koristi.

međunarodnim konvencijama, preporukama i standardima koji tretiraju borbu protiv organizovanog kriminala, kao i implementacija propisa o oduzimanju imovinske koristi stečene kriminalnim aktivnostima, te kao neizostavno, harmonizacija pravnih propisa unutar BiH.⁵²

Literatura

1. **Bošković, G., Mijalković, S.**, Međunarodna saradnja u oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, br. 1/2009, Beograd, 2009.
2. **Calderoni, F.**, *Organized Crime Legislation in the European Union*, Springer – Verlag, Berlin, 2010.
3. *Combating organised crime: best-practice surveys of the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, Strazbourg, 2007.
4. *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, United Nations Publication, New York, 1998.
5. **Dragičević-Dičić, R.**, Oduzimanje protupravno stečene imovinske koristi – međunarodni standardi i uporednopravna rešenja, Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji, *Organizovani kriminal i korupcija u uporednom i međunarodnom pravu*, Beograd, 2008.
6. **Ferhatović, A., Mujanović, E.**, Samostalno oduzimanje imovinske koristi (oduzimanje u odsustvu osuđujuće presude), *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LVIII, Sarajevo, 2015.
7. **Filipović, G.**, Međunarodni standardi suzbijanja pranja novca, *Pravo i pravda*, godina IX, br. 1, Sarajevo, 2010.
8. **Govedarica, M.**, *Oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela (preventivni-represivni aspekt)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2013.
9. **Govedarica, M.**, Oduzimanje imovinske koristi i usaglašenost sa međunarodnim standardima, *Pravo i pravda*, godina IX, br. 1, Sarajevo, 2012.
10. **Graham, T., Bell, E., Elliott, N.**, *Money Laundering*, Butterworths Compliance Series, London, 2003.
11. **Huremagić, R.**, Oduzimanje imovinske koristi i finansijske istrage – aktuelna događanja na nivou Evropske Unije, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima u Bosni i Hercegovini (sadašnjost i izazovi za budućnost)*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka, 2013.
12. **Ivičević - Karas, E.**, *Komentar Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*, Narodne novine, Zagreb, 2011.

⁵² Latić, S., Harmonizacija zakona – organizirani kriminal, kriminal visoke tehnologije, *Pravo i pravda*, godina IX, br. 1, Sarajevo, 2010, str. 8.

13. **Ivičević, E.**, *Oduzimanje imovinske koristi stečene kaznenim djelom*, Hrvatsko udruženje za kaznenu znanost i praksu i Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 2004.
14. **Jakulin, V.**, Konvencija Saveta Evrope o pranju, otkrivanju, konfiskaciji i oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom i o finansiranju terorizma: mere koje treba doneti na nacionalnom nivou, *Pravna riječ*, Udruženje pravnika Republike Srpske, godina VI, br. 19/2009, Banja Luka, 2009, str. 19.
15. **Latić, S.**, Harmonizacija zakona - organizirani kriminal, kriminal visoke tehnologije, *Pravo i pravda*, godina IX, br. 1, Sarajevo, 2010.
16. **Mijalković, S., Bošković, G., Nikač, Ž.**, Međunarodnopravni naponi u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma, *Strani pravni život*, br. 1/2011, Beograd, 2011.
17. **Milanović, N.**, *Uporedna analiza bosanskohercegovačkog zakonskog okvira sa Konvencijom Ujedinjenih Nacija protiv korupcije*, Transparency International BiH, 2008.
18. **Mitsilegas, V.**, *Money Laundering Counter-measures in the European Union: A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles* (European Business Law and Practice), Kluwer Law International, The Hague, 2003.
19. **Petrović, B., Mujanović, E.**, Krivično djelo pranja novca u uporednom pravu, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, godina LII, Sarajevo, 2009.
20. **Radovanović, S.**, Oduzimanje imovine stečene organizovanim kriminalom u svjetlu savremenog, evropskog i domaćeg zakonodavstva, *Primena međunarodnog krivičnog prava – organizirani kriminal*, Beograd, 2007.
21. **Van de Bunt, H., Van de Schoot, C.**, *Prevention of Organised Crime*, WODC, Den Haag, 2003.
22. **Vettori, B.**, *Tough on Criminal Wealth, Exploring the Practice on Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Springer, 2010.

Denis Pajić, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Law of the Džemal Bijedić University of Mostar

Sunčica Hajdarović, LL.M., Senior Assistant

Faculty of Law of the Džemal Bijedić University of Mostar

INTERNATIONAL STANDARDS IN THE FIELD OF SEIZURE OF PROPERTY GAIN OBTAINED BY A CRIMINAL OFFENSE

Summary

This paper analyzes the basic international regulations relating to the seizure of property gain obtained by the commission of criminal offenses. A list of international regulations that touch the scope of crime with the regulation of the profit of crime is impressive, and that has provided new methods for the investigation and prosecution of criminal offenses of organized crime, economic crime, corruption, and all other property-motivated offenses, and imposing new demands before the bodies of investigation and prosecution. The results of this analysis indicate the existence of numerous international standards in the field of seizure of property gain obtained by the criminal offense.

The authors gave an appraisal of the implementation of relevant international legal standards in the standardization of the substance of the seizure of property gain obtained through a criminal offense within the framework of positive legislation in Bosnia and Herzegovina, pointing to the observed shortcomings and suggesting the need for further harmonization of domestic legislation with international standards in this field. They also stress the need for greater mutual harmonization of the Bosnia and Herzegovina legislation regulating the subject matter, because without their mutual harmonization there is no possibility of adequate deprivation of material gain. Otherwise, the problem of non-harmonized legislation in Bosnia and Herzegovina will result very soon in an unequal position of citizens before the law, and in the interests of crime and criminal groups.

Keywords: criminal proceedings, seizure of property gain obtained by a criminal offense, international standards

NOVELA ZAKONA O ZABRANI DISKRIMINACIJE-KRITIČKI OSVRT

Sažetak

U ovom radu se opisuju, objašnjavaju i kritikuju pozitivnopravna rješenja iz Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije, korišćenjem odgovarajućih metoda pravne teorije, dogmatike i komparativistike. Ukazuje se na važne pozitivnopravne pomake koje ovaj zakon pruža antidiskriminacionom pravu, u vidu eksplicitnog pozitivisanja novih zaštićenih osnova, preciziranja oblika diskriminacije, postupaka zaštite, olakšavanja procesnog položaja lica koje traži zaštitu i jačanja institucionalnih kapaciteta za borbu protiv diskriminacije. Sa druge strane, ovaj zakon nije doprinio jasnijem definisanju pojma zabrane diskriminacije i ovlašćenja diskriminisanog, niti je precizirao svoj domašaj u privatnopravnim odnosima. Zbog toga su u ovom radu predložena konkretna pozitivnopravna rješenja i novi mehanizmi borbe protiv ove štetne društvene pojave.

Ključne riječi: zabrana diskriminacije, pojam, domašaj, privatno pravo, načelo, javni interes

1. Uvod

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZID, Sl. glasnik BiH broj 66/16) stupio je na snagu 14.09.2016. godine, reformišući opšti režim antidiskriminacionog prava u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu BiH) uspostavljenog Zakonom o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZD, Sl. glasnik BiH broj 59/09). Kako su posljednjih godina problemi izborne i ustavne diskriminacije bili isticani kao jedan od nerješivih problema pravnog sistema BiH, ova osjetljiva materija privlači pažnju šire javnosti. Usvojeni amandmani su u ovom radu podvrgnuti pravno-dogmatskoj i teorijskoj analizi, u namjeri da se ocijene dometi ovog pozitivno-pravnog zahvata i predlože putevi daljeg razvoja antidiskriminacionog prava.

U prvom dijelu rada su istaknute novine, a u drugom nedorečenosti domaćeg pozitivno-pravnog okvira koje nalažu ponovnu intervenciju zakonodavca i pažnju svih onih koji se bave problemima diskriminacije u specifičnim domaćim okolnostima.

2. Važne novine

Uvidom u proceduru donošenja ZID bi se moglo zaključiti da je Savjet ministara BiH kao predlagač imao snažne podsticaje i snažnu podršku kako institucija, tako i civilnog društva.¹ Kao razlog za reformu predlagač je naveo preporuku Evropske komisije da BiH uskladi svoje zakonodavstvo sa pravom Evropske unije (u daljem tekstu EU) u oblasti zabrane diskriminacije². U tom cilju, kao pravne izvore za harmonizaciju identifikovao je antidiskriminacione direktive Evropskog savjeta: broj 2000/43/EZ (primjena načela o ravnopravnosti lica bez obzira na njihovo raso ili etničko porijeklo, Sl. novine EU broj L180); broj 2000/78 EZ (uspostava okvira za jednak tretman u zapošljavanju i radu, Sl. novine EU broj L303); 2004/113/EZ (primjena načela o ravnopravnosti muškaraca i žena u pristupu dobrima i uslugama Sl. novine EU broj L373) i 2006/54/EZ (provedba načela jednakih mogućnosti i jednakog tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja, Sl. novine EU broj L204). Odmah na početku treba izraziti sumnju da je predlagač time bitno doprinio implementaciji preporuke Evropske komisije u domaće zakonodavstvo. Naime, navedene direktive su stupile na snagu prije donošenja ZZD, tako da su već jednom bile uračunate kao izvor prava u ovoj materiji. Imajući u vidu da se radi o sekundarnim izvorima komunitarnog prava, domaći zakonodavac nije ni imao obavezu da unese odredbe identične onim iz direktiva u unutrašnje pravo.³ Pored toga, ovakav katalog izvora svakako nije potpun, jer nije uključio antidiskriminacione odredbe primarnog prava EU, kao što su čl. 1. i 21.-26. Povelje o osnovnim pravima EU (Nica, 17.12.2000. Sl. novine EU 2000/C 364/01) i čl. 2., 3., 10., 19., 45. i 157. Ugovora o funkcionisanju EU (Lisabon, 09.05.2008. Sl. novine EU, C 115/49). Tu takođe nisu uzeti u obzir čl. 14. i Protokola br. 12 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EK), koja je izvor komunitarnog prava posredstvom čl. 6. Ugovora o funkcionisanju EU. Ako je Preporuka Evropske komisije bila motivisana neizvršenim presudama Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) o kršenju navedenih odredbi EK u predmetima Sejdić i Finci i Zornić, to se u obrazloženju prijedloga ZID uopšte ne pominje, niti se može naslutiti u kom pravcu ZID doprinosi razrješenju ovog krucijalnog problema ustavne i izborne diskriminacije.

1 Vid. T. Šimonović-Einwalter i G. Selanec, Usklađivanje ZZD sa pravnom stečevinom EU, SOC, i I. Hadžić i dr., Prijedlog za izmjene i dopune ZZD, SOC i Agencija za ravnopravnost polova BiH (pristupio 30.12.2016.)

2 Prijedlog ZID sa obrazloženjem dostupan na: <http://adi.org.ba/wp-content/uploads/2016/07/Prijedlog-izmjena-i-dopuna-Zakona-o-zabrani-diskriminacije.pdf> (30.12.2016)

3 „Dakle, implementacija direktive je obavezna, ali su sredstva transpozicije stvar izbora države članice. Otud, odnos koji je regulisan istom direktivom može u u jednoj državi biti predmet zakonske regulacije, u drugoj upravne regulacije, u trećoj postojeće pravne prakse“ N. Misita, Osnovi prava EU, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008, str. 500 i 501

Pozivajući se na navedene direktive, zakonodavac je odredbom čl. 1 ZID eksplicitno dodao u spisak zaštićenih osobina ličnosti kao osnova diskriminacije (čl. 2. st. 1 ZZD) invaliditet, starosnu dob, seksualnu orijentaciju, rodni identitet i polne karakteristike. Afirmativan stav zakonodavca u pogledu širenja antidiskriminacione zaštite na ove osobine ličnosti zaslužuje pohvale, ali značaj ove intervencije ipak ne treba precjenjivati. Za razliku od izvora komunitarnog prava, spisak zaštićenih osobina ličnosti u pomenutoj odredbi ZZD ne samo da je širi⁴, nego je upotrebom izraza „kao i svaka druga okolnost...“ ostavljen otvorenim, čime je omogućeno da sudovi stvaralačkom primjenom prava identifikuju nove zaštićene osobine ličnosti.

Druga novost u čl. 1 st. 2. zaslužuje posebnu pažnju: brisanjem riječi „javnog“ područje važenja zakona se neograničeno širi na sve oblasti života, dakle i na privatnopravne odnose⁵. U obrazloženju predlagača nisu navedeni razlozi za ovakvo rješenje, pogotovo što je oblast primjene detaljno definisana čl. 6. ZZD. Vjerovatno se ovim naglašava horizontalno dejstvo zabrane diskriminacije u privatnom pravu⁶, odnosno potencira obaveza privatnih lica da ne diskriminišu, koja je određena navedenim direktivama EU. U istoj odredbi je, osim realnog, proširen i personalni domašaj zaštite, po uzoru na čl. 1. st. 2 hrvatskog Zakona o suzbijanju diskriminacije (u daljem tekstu ZSD, Narodne novine br. 85/08 i 112/12), na lica koja su „u rodbinskoj ili drugoj vezi“ sa licima koja posjeduju zaštićenu osobinu ličnosti.

Čl. 3. ZID intervenisano je u čl. 4. ZZD, tako što su definisani pojmovi višestruke, ponovljene i produžene diskriminacije kao teži oblici diskriminacije, po uzoru na čl. 6. hrvatskog ZSD i čl. 13. ZZD Republike Srbije (Sl. glasnik br. 22/2009).

Čl. 5. ZID dodati su st. 4. i 5. u čl. 11. ZZD, kojima se provodi načelo hitnosti u postupcima koji nisu pokrenuti posebnom tužbom za zaštitu od diskriminacije. Radi se o korisnom pojašnjenju, jer se odredba o hitnosti postupka ranije nalazila u čl. 12. st. 2 ZZD pa se moglo tumačiti da se odnosi samo na postupke po posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije.

Izmjene čl. 12 ZZD u čl. 6. ZID, koje se odnose na posebne tužbe za zaštitu od diskriminacije, su identične st. 3, 4, 5 i 6. čl. 12 hrvatskog ZSD. U odredbi st. 2 ZZD precizirana su ovlašćenja tužioca u pogledu isticanja zahtjeva za zaštitu drugih prava kumulativno sa antidiskriminacionim zahtjevom, u smislu davanja prednosti primjeni procesnih pravila drugih parničnih postupaka i uskraćivanja mogućnosti isticanja zahtjeva za antidiskriminacionu zaštitu u sporovima o smetanju posjeda. U dodatim st. 4, 5 i 6 istog člana preciziraju se

4 U ZZD je bilo pobrojano 14 različitih osnova, dok direktive EU sadrže samo 6.

5 Odredba sada glasi: „Diskriminacijom će se... smatrati svako različito postupanje... kao i svaka druga okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemoguću ili ugrožava priznavanje... prava i sloboda u svim oblastima života.“

6 O horizontalnom dejstvu zabrane diskriminacije u Ž. Rašević, *Zabrana diskriminacije u privatnom pravu*, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2014, str. 40-41

postupci i ovlaštenja suda u slučaju kada tužilac zahtijeva antidiskriminacionu zaštitu objavljivanjem presude u medijima. Sud se obavezuje da utvrđuje da li je „objavljivanje presude potrebno radi potpune naknade učinjene štete ili zaštite od nejednakog postupanja u budućim slučajevima“ i da pri tome štiti privatnost stranaka, a ovlašćuje se da izdavača medija obaveže da objavi presudu bez obzira da li je bio stranka u postupku. Obzirom da se ovdje radi o materiji naknade štete koja je uzrokovana povredom prava ličnosti diskriminisanog, pozitivisane građansko-pravne sankcije su već obuhvaćene širom odredbom čl. 199. Zakona o obligacionim odnosima (rubrum Objavljivanje presude ili ispravke, Sl. list SFRJ broj 29/78 i dalje)⁷. Navedene dopune su usmjerene na zaštitu privatnosti i sprečavanje mogućih zloupotreba ovakve aktivne procesne legitimacije. One su važne jer jasnije ukazuju na opredjeljenje zakonodavca u smislu dvostruke svrhe sankcionisanja diskriminatora: sa jedne strane, izriču se u restitutivno u svrhu zaštite prava i interesa privatno-pravnog lica, a sa druge preventivno, u javnom interesu suzbijanja ove opasne društvene pojave.

Čl. 7. i 9. ZID poboljšan je procesni položaj lica koje traži zaštitu od diskriminacije. Izmjenom st. 1 čl. 13. ZZD omogućeno je vođenje postupka po posebnim tužbama za zaštitu od diskriminacije prema prebivalištu ili boravištu tužioca, mjestu nastanka štete koja je uzrokovana tužiocu diskriminatorskom radnjom i mjestu radnje diskriminacije, analogno odredbama parničnih zakona u BiH koje regulišu izboru mjesnu nadležnost u sporovima za naknadu štete.⁸ U st. 4 istog čl. ZZD produženi su prekluzivni okovi za podnošenje tužbe, i to subjektivni sa tri mjeseca na tri godine, a objektivni sa tri na pet godina. Nema sumnje da su ove izmjene, kako se navodi u obrazloženju prijedloga ZID, „u najboljem interesu ponositelja tužbe za zaštitu od diskriminacije“, jer je prethodno rješenje već ranije bilo ocijenjeno kao pretjerano restriktivno i neadekvatno za diskriminisane, koji se redovno nalaze u podređenoj situaciji i u sasvim razumljivom strahu od viktimizacije.⁹ Izmjena čl. 15. st.1 ZZD drugačije uređuje podjelu tereta dokazivanja, koja prema međunarodnim antidiskriminacionim standardima predstavlja izuzetak od pravila *actori incumbit probatio*. Umjesto dosadašnje obaveze tužilaca da „potkrijepe navode“ o diskriminaciji, nova pozitivnopravna stipulacija obavezuje tužioce da „učine vjerovatnim da je došlo do diskriminacije.“ Ova odredba je svakako jasnija i primjerenija jeziku parničnog prava, a zasnovana je na praksi međunarodnih tijela za nadzor ljudskih prava koji postupke tužene države u konkretnim antidiskriminacionim sporovima sa građanima podvrgavaju strogom nadzoru (*level of scrutiny*), koji je obrnuto proporcionalan širini diskrecionog ovlaštenja države (*the Margin of Appreciation*).¹⁰ Međutim, iz ove odredbe se teško mogu naslutiti bilo kakve praktične prednosti tužioca u parničnom

7 Ž. Rašević, Preplitanja zabrane diskriminacije i prava ličnosti, Pravni život broj 12/2015, Beograd, str.387-402

8 Vid. npr. čl. 32. ZPP FBiH (Sl. Novine FBiH broj 53/03-98/15)

9 A. Hanušić, Sudska zaštita od diskriminacije u BiH, Analitika, Sarajevo, 2013, str. 26-31

10 T. Papić, Zbirka odluka o ljudskim pravima III, Beograd, 2005, str. 185

postupku, jer teret dokazivanja tuženog u ovom postupku nije znatno teži- sud zasniva presudu na formalnoj istini baziranoj na vaganju vjerovatnoća dokaza stranaka (*balance of probabilities*)¹¹. U pogledu olakšavanja tereta dokazivanja su svakako konkretnije odredbe st. 4-7 koji su dodati u čl. 15, u kojima se u svrhu dokazivanja diskriminacije eksplicitno dopušta upotreba *sui generis* istražitelja, odnosno svjedoka-„osobe koja se svjesno izložila diskriminacijskom postupanju“, s namjerom neposredne provjere primjene zabrane diskriminacije. Ovakva koncesija zakonodavca u korist onih koji prikupljaju dokaze je kod nas bila do sada dodijeljena jedino organima gonjenja u provođenju posebnih istražnih radnji regulisanih zakonima o krivičnom postupku, putem ustanova prikrivenog istražitelja i informatora.¹² Kako je dokazivanje diskriminacije često *probatio diabolica*, ovakva mjera zakonodavca se može opravdati javnim interesom suzbijanja jedne opasne društvene pojave koji je često važniji od prava na privatnost. Pri tome, postavljena ograničenja djelovanja ovog istražitelja su analogna onima u krivičnom postupku: dok u krivičnom postupku posebne istražne radnje podliježu odobrenju suda, u parničnom antidiskriminacionom postupku obavezno je obavijestiti Ombudsmana; u krivičnom postupku je izričito zabranjeno podstrekavanje osumnjičenog za izvršenje krivičnog djela od strane lica koja prikupljaju dokaze na ovakav način, a u antidiskriminacionom postupku ovlaštenja ovakvog svjedoka takođe ne uključuju podstrekavanje na vršenje diskriminacije; posebne istražne radnje se sprovode samo za teška krivična djela, a diskriminacija je sama po sebi opasna društvena pojava. Pored statusa svjedoka, licu koje prikupi dokaze na ovaj način dodijeljena je u st. 7. aktivna legitimacija za zaštitu od diskriminacije, odnosno ovlaštenje na *actio popularis*, kao mehanizmu zaštite kolektivnih interesa.¹³ Ove odredbe ukazuju na nove mogućnosti borbe protiv diskriminacije, ali treba istaknuti da one bile implicitno dopuštene i ranije. Naime, zakoni o parničnom postupku u BiH ostavljaju široku slobodu strankama u pogledu izbora i korišćenja sredstava dokazivanja, pa je teško zamisliti situaciju da parnični sud odbije izvođenje dokaza iz razloga što se svjedok namjerno podvrgao radnji diskriminacije. Tako je u Republici Srbiji jedna nevladina organizacija iskoristila ovu mogućnost još prije donošenja ZZD u toj državi, tako što je testirala postupanje vlasnika javnog bazena koji je zabranjivao pristup građanima romske nacionalnosti i u svojstvu zastupnika tužilaca izdejsstvovala antidiskriminacionu zaštitu.¹⁴

Važna novina u čl. 15. ZZD je dužnost suda da razmotri preporuke Ombudsmana BiH, i to samo ako su podneseni kao dokaz jedne od parničnih

11 Vid. npr. čl. 7 ZPP FBiH

12 Vid. npr. čl. 130. st. 2 t. e) i st. 6. Zakona o krivičnom postupku FBiH (Sl. novine FBiH broj 37/03-9/09)

13 O mehanizmima sudske zaštite kolektivnih prava u V. Rakić-Vodinelić, Ekološka tužba, Pravni život broj 9/1995, Beograd. 1995. str. 131-133

14 Vrhovni sud Srbije, Presuda Rev.229/04 od 21.04.2004. godine, Merihana Rustenov i dr. protiv Preduzeća „Jugentt-SRC „Krsmanovača“ Šabac.

stranaka. U obrazloženju prijedloga ZID navedeno je da „s obzirom da preporukama ombudsmena prethodi postupak istraživanja, preporuka ombudsmena je značajna u tom smislu što već ukazuje na postojanje diskriminacije...” Imajući u vidu nadležnosti Ombudsmana BiH iz čl. 7. ZZD kao centralne ustanove za zaštitu od diskriminacije, pravna tumačenja iz preporuka bi morala imati posebnu težinu za parnične sudove, kojima je već zamjerena pretjerana uzdržanost u pružanju antidiskriminacione zaštite.¹⁵

Dalje, čl. 7. usklađuje čl. 14. ZZD sa odredbama procesnih zakona u BiH koji se odnose na mjere osiguranja.¹⁶ U obrazloženju prijedloga ZID se navodi da je ovo rješenje inspirisano čl. 19. hrvatskog ZSD. Kada se ove odredbe uporede sa odredbama procesnih zakona u BiH koji uređuju ovu materiju, može se zaključiti da je načinjena razumna konkretizacija procesnih pravila u svrhu prevencije nastupanja težih posljedica diskriminacije u vidu „teške povrede prava na jednako postupanje, nenadoknadive štete ili sprečavanja nasilja.” I u ovoj odredbi se nazire javnopravni supstrat u jednom privatnopravnom postupku, a čini se da postoji dovoljno mogućnosti da se ove odredbe ZZD pravnosistemske harmonično tumače sa pravilima opštog parničnog režima u BiH.

Čl. 10. ZID usklađena je terminologija sa parničnim zakonodavstvom, tako što se u čl. 16. ZZD u pogledu ovlašćenja organizacija koje se bave zaštitom ljudskih prava, umjesto izraza „treće lice” uvodi pojam „umješač.” Za razliku od opštog parničnog režima koji ovlašćuje sud da odluči o pravu trećeg lica da stupi u parnicu¹⁷, odredbama ZZD je ovo pravo stavljeno u dispoziciju tužioca, tj. zavisi od njegovog pristanka. Ovo je vjerovatno u funkciji ovlašćivanja tužioca da zaštiti svoju privatnost, koja bi mogla biti ugrožena stupanjem u parnicu trećih lica. Međutim, harmonizacija terminologije sada stvara jednu novu konfuziju, jer umješači po opštom režimu parničnog prava mogu biti i druga fizička i pravna lica koja imaju interes da jedna strana u postupku uspije. Zbog toga je nužno napraviti jasnu razliku između pojma umješača prema opštem parničnom režimu kao šireg pojma koji uključuje sva fizička i pravna lica, i umješača u smislu odredbi ZOZD koji se odnosi samo na „udruženja ili druge organizacije osnovane u skladu sa zakonom, a koje se bave zaštitom ljudskih prava.” Tako tužilac u antidiskriminacijskim parničnim stvarima može zabraniti organizacijama za zaštitu ljudskih prava da se umiješaju u parnicu, dok svim ostalim fizičkim i pravnim licima koja imaju pravni interes da on uspije u sporu to ne može zabraniti, ali može osporavati.

Čl. 10. ZID temeljno je izmijenjen čl. 18. ZZD uvođenjem pojma viktimizacije kao zabranjenog oblika diskriminacije. Ovakvo rješenje je motivisano odredbama direktiva EU¹⁸ koje nalažu uspostavljanje efikasnih mjera zaštite svih aktera u postupcima zabrane diskriminacije. Dakle, zaštita tih lica

¹⁵ A. Hanušić, str. 49-53

¹⁶ Vid. npr. čl. 268.-290 ZPP Republike Srpske (Sl. glasnik RS broj 58/03-61/13)

¹⁷ Vid. npr. čl. 370. ZPP FBiH

¹⁸ Direktive br. 2000/43/EZ-čl. 9; br. 2000/78/EZ-čl.11; br. 2006/54/EZ-čl. 24.

ostvaruje se u postupcima regulisanim pozitivnim antidiskriminacijskim pravom, mada izvjesno postoje drugi efikasniji mehanizmi u krivičnom, prekršajnom i disciplinskom pravu.

Na kraju, u čl. 24. dodat je st. 4 koji obavezuje sva javna tijela i pravna lica da „u svoje opšte akte, ili kroz posebne pravne akte, regulišu načela i principe jednakog postupanja, te da osiguraju učinkovite interne procedure zaštite od diskriminacije.“ Eksplicitno obavezivanje svih državnih organa i drugih organizacija da provode ZZD donošenjem pravnih akata u svrhu borbe protiv diskriminacije možda nije suvišno, ali sigurno jeste neprecizno zbog jedne pravnotehničke omaške: umjesto izraza „posebni pravni akti“ bi trebalo da stoji izraz „pojedinačni pravni akti.“

3. Aporije noveliranog ZZD

Iz gore navedenog je vidljivo da su načinjeni brojni i važni zahvati u materiju antidiskriminacionog prava. Ipak, treba jasno istaknuti sve aporije ZZD koje ova novela nije riješila.

3.1. Nedorečenosti pozitivnopravnog pojma zabrane diskriminacije

Sociološko i filozofsko poimanje diskriminacije nije moguće bez upotrebe preskriptivnog jezika, dok se pravna tumačenja zasnivaju na pozitivnopravnim definicijama i smjernicama. Da bi omogućio tumačima prava da u konkretnim slučajevima spoznaju pravno značenje diskriminacije i pravne posljedice njene zabrane, zakonodavac ima težak zadatak da, polazeći od pravno-pozitivističke paradigme, izrazi svoje namjere i program borbe protiv diskriminacije upotrebom deskriptivnog jezika koji je u najmanjoj mogućoj mjeri obojen vrijednosnim sudovima. U nastavku se pokazuje da je u tome nije bio dovoljno artikulisan, a to će izvjesno da utiče negativno na efikasnost antidiskriminacionog prava i pravnu sigurnost uopšte.

a. Jednaka prava, jednake mogućnosti ili jednako postupanje?

Dovoljan je i površan uvid u osnovne pojmove egalitarijanskog filozofskog i pravno-političkog diskursa da bi se ustanovila suštinska nedosljednost u pozitivno-pravnom normiranju ZZD. Dok se u čl. 1. st. 1 stipuliše da ZZD „uspostavlja okvir za ostvarivanje jednakih prava i mogućnosti“, već u st. 2 istog čl. „utvrđuju se odgovornosti i obaveze zakonodavne, izvršne i sudske vlasti u BiH, kao i pravnih lica i pojedinaca koji vrše javna ovlaštenja da omogućе zaštitu, promovisanje i stvaranje uslova za jednako postupanje.“ U čl. 2 se diskriminacija definiše kao „različito postupanje, a u čl. 7. st. 2 t. m) obavezuje se Ombudsman BiH da „unapređuje politike i prakse koje imaju za cilj da osiguraju jednako postupanje“, a u čl. 11. 12. i 17. reguliše se zaštita „prava na jednako postupanje.“

Međutim, pojam jednakog postupanja se ne može izjednačiti sa pojmovima jednakih prava i mogućnosti, pa je opasnost od konfuzije neizbježna. Kontemplacija

o značenju navedenih pojmova, koji su nesporno neodređeni i supstancijalno prazni, nije suvišna jer su u teoriji antidiskriminacionog prava načinjena jasna razgraničenja koja su od suštinskog značaja ne samo za razmišljanje domašaja antidiskriminacionog prava, nego i za razrješavanje konkretnih pravnih problema. Naime, u poimanju jednakosti kao osnovne aspiracije antidiskriminacionog prava pravi se jasna razlika između formalne i materijalne jednakosti, a u okviru ove druge između jednakosti rezultata i jednakosti mogućnosti.¹⁹ Formalna jednakost se opisuje kao izvedenica Aristotelovog shvatanja formalne pravde, sadržanog u načelu da postupanje u sličnim slučajevima treba da bude slično. Materijalna jednakost se opisuje kao iskorak od formalne jednakosti i podrazumijeva sagledavanje pravde u društvenom kontekstu, u smislu različitog postupanja u različitim situacijama.²⁰ Jednakost rezultata podrazumijeva različito postupanje radi ostvarenja stvarne, materijalne jednakosti, što uključuje i preduzimanje afirmativnih mjera radi eliminisanja nejednakosti. Jednakost mogućnosti se nalazi na pola puta između formalne jednakosti i jednakosti rezultata, a opisuje se alegorično kao trka u kojoj su svim pojedincima osigurana jednaka početna mjesta (jednake šanse), ali ne i krajnji rezultat, koji na kraju zavisi od njihovih vrlina i zasluga. Kada se uporede formalni i materijalni pristup pojmu jednakosti, dolazi se do sljedećih zaključaka: prvo, formalna jednakost ne garantuje jednakost rezultata i ne napada uzroke nejednakosti; drugo, formalna jednakost se odnosi na subjektivna prava pojedinca, a materijalni pristup promovira kolektivna prava lica koja su sistemski diskriminisana i model zaštite koji podržava grupna prava; i treće, materijalna jednakost podrazumijeva da se nepogodovana grupa postavi u ulogu privilegovane grupe radi postizanja jednakosti rezultata.²¹ Korišćenje sva tri pojma je svakako neizbježno za regulisanje društvenih odnosa u jednom kompetitivnom društvu koje pretenduje da bude socijalno pravedno; prigovor se sastoji u tome da u navedenim odredbama ZZD nije precizirano u kojim se to društvenim odnosima teži ostvarivanju jednakih prava, a u kojim jednakih mogućnosti preduzimanjem afirmativnih mjera od strane zakonodavca (pozitivna diskriminacija).

Jezičkim i logičkim tumačenjem (*argumentum a contrario*) ovih odredbi dalo bi se zaključiti sljedeće: ako pojam diskriminacije podrazumijeva samo različito postupanje, onda pozitivnopravna ustanova zabrane diskriminacije može jedino da implicira obavezu da se jednako postupa prema svima. U tom smislu, stipulacija pojmova „jednakih prava i mogućnosti“ u čl.1. st. 1 ZZD možda ima veliki deklarativni i programski značaj za razvoj antidiskriminacionog prava, ali ipak ne može odnositi na skromniju, formalnu prirodu pozitivno-pravne

19 S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, str. 4-15; Isto tako i *Non-Discrimination in International Law, a Handbook for Practitioners*, Interights, London, 2011, str.17; i J. Clifford, *Locating Equality*, *The Equal Rights Review*, Vol. One (2008), str. 16-19

20 S. Fredman, str. 128 i *Non-Discrimination in International Law*, str. 17

21 D. Chalmers *et.al.*, *European Union Law*, Cambridge, 2007, str. 879

ustanove zabrane diskriminacije. Koliko je ovo pitanje važno može se naslutiti u stavu poslovično preciznog njemačkog zakonodavca: opšti antidiskriminacijski zakon nazvan je opštim zakonom o jednakom postupanju (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, u daljem tekstu *AGG*).

U interesu pravne sigurnosti, trebalo bi da zakonodavac jasnije uputi tumače prava na svoje aspiracije, a to bi se mogao formulisati na sljedeći način. ZZD kao opšti antidiskriminacijski zakon obavezuje na jednako postupanje, dok se ostvarivanje jednakih mogućnosti i jednakih prava pozitivnije na dva načina: (1) posebnim zakonima koji štite one osnove diskriminacije koju imaju posebnu važnost (pol, vjera, itd.); (2) zakonima koji regulišu one društvene odnose u kojima je pitanje jednakosti jasnije materijalno izraženo (radni odnosi, obrazovanje, javna službe, javne usluge, i sl.) S tim u vezi, potrebna je i preciznija odredba o odnosu ZZD i drugih zakona. Naime, nalog zakonodavca o prioritetu primjene ZZD u odnosu na druge zakone iz čl. 24. stav 1. ZZD nije naučno opravdan iz nekoliko razloga. Prvo, svi državni zakoni na hijerarhijskoj ljestvici izvora u pravnom sistemu BiH imaju isti položaj, pa nije naučno opravdano da jedan zakon bude *lex superior* u odnosu na druge. Drugo, pitanje hijerarhije pravnih izvora je prvenstveno zadatak pravne nauke i ne podliježe dekretima zakonodavca. Treće, ova odredba ne pojašnjava odnos ZZD i posebnih antidiskriminacionih zakona (*lex specialis derogat legi generali*), kao ni odnos ZZD sa drugim opštim zakonima koji sadrže antidiskriminacione odredbe (radno zakonodavstvo, obrazovanje, zdravstvo, itd.)

b. Subjektivno pravo, princip tumačenja ili javni interes?

Drugo važno pitanje koje je ostalo nerazjašnjeno i koje je teško razdvojiti od prethodnog, jeste priroda normi ZZD. Naime, tumačenjem pozitivnopravnih odredbi ZZD teško je izvući dosljedan zaključak o nivou konkretizacije ustanove zabrane diskriminacije: U čl. 12. i 17. ZZD određuje se zaštita „prava na jednako postupanje“, dok se u čl. 5. određuju „izuzeci od principa jednakog postupanja“, a u čl. 1. st. 2. kao predmet ZZD određuje se, između ostalog, kao programski cilj „promoviranje i stvaranje uslova za jednako postupanje.“ Pripisivanje različitih svojstava ovoj ustanovi odgovara teorijskim nalazima o njenoj trosmislenoj prirodi kao (1) subjektivnog prava/obaveze, (2) načela uživanja/tumačenja drugih prava i (3) javnog interesa/politike,²² ali ne rješava brojne nepoznanice o njenoj pozitivnopravnoj prirodi. Imajući u vidu različita značenja gore navedenih pojmova, ostalo je nejasno kako odredbe ZZD regulišu pravne odnose u kojima se diskriminacija javlja: da li samo putem zabrane ili se ipak otišlo korak dalje priznavanjem korespondentnog subjektivnog prava. Ako ZZD propisuje samo zabranu da se diskriminiše, eventualno diskriminisanima ne bi bilo dodijeljeno nikakvo subjektivno pravo. Radilo bi se samo o jednoj pravnoj poziciji drugačijoj od subjektivnog prava, koja predstavlja osnov za aktivnu procesnu legitimaciju određenu prvenstveno u javnom interesu. Ako se ipak otišlo korak dalje, tj. jednim ekstenzivnim tumačenjem odredbi ZOZD implicitno priznalo subjektivno,

²² Više o tome u Ž. Rašević, *Zabrana diskriminacije u privatnom pravu*, str. 21

materijalno pravo da se ne bude diskriminisan, čiji se sadržaj može utvrditi iz odredbi korespondentnih zabrana apsolutnog dejstva (*erga omnes*), ono je osnov za aktivnu stvarnu legitimaciju eventualno diskriminisanog u postupku radi zaštite prvenstveno privatnih prava i interesa. Ova opcija se čini povoljnijom za lica koja traže zaštitu od diskriminacije, jer je usmjerena satisfakciju diskriminisanog u parničnom postupku, koji je inače dizajniran za zaštitu privatnih prava i interesa. Nažalost, odredbe noveliranog ZZD nisu jasnije uputile na prirodu ovu ustanove, iako su su institucije civilnog društva predložile obimne izmjene, koje na kraju nije uvažio ni sam predlagač.²³ Ova dilema se ne može otkloniti ni uvidom u praksu Ustavnog suda BiH zbog njegovog kazuističkog pristupa ovom problemu. Tako se npr. u st. 2. dispozitiva Odluke br AP 534/06 (Branko Banjanin) deklarirše povreda prava (*sic!*) na nediskriminaciju, dok se u dispozitivu Odluke br. AP 369/10 (H.K.) utvrđuje samo povreda zabrane diskriminacije bez isticanja povrede subjektivnog prava. Bilo kako bilo, iznesene nedorečenosti ne doprinose pravnoj izvjesnosti u borbi protiv diskriminacije, a iznesena razmatranja ostaju u domenu špekulacije.

c. Opravdanje uzuzetaka ili opšte opravdanje?

Odredbe ZID nisuprecizirale korake koje svakokotumačiantidiskriminaciono pravo mora načiniti da bi došao do odgovora na pitanje da li se određena radnja u konkretnim slučajevima pravno kvalifikuje kao diskriminacija koja je zabranjena. Kao što je poznato, zakonske definicije pojma i oblika diskriminacije iz čl. 2., 3. i 4. ZZD obiluju neodređenim, preskriptivnim i supstancijalno praznim pojmovima, kao što su „različito postupanje“, „nepovoljan položaj“, „povreda dostojanstva“, „ponižavajući efekat“ i sl., pa je nužno da se svaki praktičar prava osloni na test diskriminacije formiran u praksi Evropskog suda za ljudska prava, u kome se utvrđuje da li se određena diskriminatorska radnja može objektivno i razumno opravdati legitimnim ciljem i srazmjernošću tereta radnje po prava eventualno diskriminisanog.²⁴

Međutim, put spoznaje diskriminacije formiran u praksi ESLJP nije vjerno prenesen u pozitivnopravne odredbe ZZD, a tu ni predmetna novela nije od pomoći: U ZZD se pitanje „objektivnog i razumnog opravdanja“ postavlja jedino u kontekstu *numerus clausus* izuzetaka definisanih u čl. 5., a koji su inspirisani direktivama komunitarnog prava. Time se mogućnost opravdanja određene potencijalno diskriminatorske radnje sužava jedino na one odnose koji su definisani u ovom članu. Moglo bi se argumentisati da time zakonodavac širi područje zabrane diskriminacije na sve odnose osim navedenih izuzetaka, jer jednostavno oslobađa tumača prava da u svim drugim odnosima ocjenjuje da li je određena potencijalno diskriminatorska radnja objektivno i razumno opravdana nekim drugim važnijim pravom ili interesom. Ovakvo davanje prioriteta zabrani diskriminacije možda izgleda vrijedno hvale, ali svakako ne doprinosi pravnoj

23 Vid. T. Šimonović-Einwalter i G. Selanec; I. Hadžić i dr. (fusnota 1)

24 J. Omejec, *Zabrana diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zbornik PFZ 59 (5) 873-979 (2009), str. 958-960

sigurnosti. Naime, iz prakse ESLJP dovoljno je uvidjeti potrebu da se uvijek ispita opravdanost svake potencijalno diskriminatorske radnje, u svim odnosima i po svim zaštićenim osnovima. Ovim se ne osporava stav da postoje oni odnosi i zaštićeni osnovi u kojim je zakonodavac ovlašten da svaku radnju nepogodnog tretmana kvalifikuje kao diskriminatorsku *in abstracto* zbog njene društvene štetnosti ili opasnosti, ali se konkretne ocjene po tom pitanju ipak trebaju prepustiti pravosuđu.

Zbog toga je bila očekivana intervencija u tekst koji određuje pojam diskriminacije u čl. 2. ZZD, koja je izostala: bilo je potrebno u sam pojam diskriminacije uvrstiti opšti izuzetak u vidu objektivnog i razumnog opravdanja radnje različitog postupanja.

3.2. Šta sa opštom zabranom diskriminacije iz Protokola br. 12?

Donošenjem ZZD prije osam godina zakonodavac je načinio ambiciozan pokušaj da postavi koherentan, potpun i dosljedan pravni okvir za ispunjavanje međunarodne obaveze BiH da eliminiše diskriminaciju. Širinu tog pravog okvira ne determinišu direktive EU, nego Protokol br. 12 uz EK, koji je obavezivao BiH još prije donošenja ZZD. Ovim protokolom zabrana diskriminacije postaje opšta, tako što se područje primjene ove ustanove proširuje obavezivanjem javnih vlasti da jednako postupaju prema privatnim licima u „uživanju svih prava određenih zakonom,“ što obuhvata: (1) sva prava zajamčena u unutrašnjem pravu; (2) prava koja mogu biti izvedena iz jasne obaveze javne vlasti prema unutrašnjem pravu, odnosno gdje je javna vlast u obavezi da postupi na određeni način prema unutrašnjem pravu; (3) prava koja zavise od diskrecionog ovlaštenja javne vlasti i (4) prava na koje utiče bilo kakva radnja ili propuštanje javne vlasti.²⁵ Širina obaveze javnih vlasti na jednako postupanje iz Protokola br. 12 ide u prilog tezi da se time u domaćem pozitivnom pravu implicitno priznaje korespondentno opšte subjektivno pravo privatnih lica da se ne bude diskriminisan postupcima javnih vlasti.

Opredjeljenje predlagača i zakonodavca da za izvore novele opšteg antidiskriminacionog zakona uzmu samo direktive komunitarnog prava u neskladu sa sveobuhvatnom prirodom opšte zabrane diskriminacije u javnom pravu iz Protokola br. 12. Naime, realni i personalni domašaj direktiva je potpuno drugačiji: one fragmentarno pokrivaju *numerus clausus* osnova u uskom području javnog i privatnog prava, prvenstveno u odnosima na tržištu rada,²⁶ pa bi onda jedino moglo biti govora o implicitnom priznavanju prava da se ne bude diskriminisan jedino u onim javnopravnim i privatnopravnim odnosima i zaštićenim osnovima koji se eksplicitno pominju u odredbama noveliranog ZZD. Za razliku od norme Protokola br. 12, zabrana diskriminacije koja se konstruiše iz odredbi direktiva je uža u području javnog prava, ali podjednako važi i u privatnopravnim odnosima.

²⁵ Protocol 12 Convention of Human Rights and Explanatory Report, <http://www.humanrights.coe.int>, t.22. (pristupio 10.01.2017.)

²⁶ D. Chalmers *et.al.*, str. 880

Zato se suštinski pomak u opštem režimu zabrane diskriminacije može tražiti samo u sferi privatnog prava, koji je opet izvjesno ograničen pošto se se radi o redakciji već ranije pozitivisanih međunarodnih obaveza, i to ugledanjem na hrvatski ZSD. Iako se radi o uzornim rješenjima iz susjednog pravnog sistema države članice EU, koja se uz to takođe obavezala na opštu zabranu diskriminacije iz Protokola br. 12, ne treba zanemariti činjenice da je unutrašnje uređenje BiH potpuno drugačije i da jedino BiH ima otvoren problem izvršenja presuda ESLJP u predmetima Sejdić i Finci, Zornić i Pilav, koji se tiču primjene Protokola br. 12. Izvršenje ovih presuda implicira izmjene izbornog zakonodavstva i Ustava, a odredbe ZID izvjesno ne daju osnova za tvrdnju da se izmjenama opšteg antidiskriminacionog režima stvaraju uslovi za pozitivnopravno rješavanje ovog problema. Prije bi se moglo zaključiti da je zakonodavac donošenjem ZID zadovoljio samo formu, ali ne i suštinu preporuke Evropske komisije za usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa komunitarnim.

3.3. Nejasne granice domašaja u privatnom pravu

ZID nije razriješio kontradiktornosti pozitivnopravnih odredbi o domašaju zabrane diskriminacije u javnom i privatnom pravu: dok se u čl. 1. st. 2. ZZD kao predmet zakona deklarirše utvrđivanje obaveza javnih vlasti i lica sa javnim ovlašćenjima, u čl. 6. stav 1. oblast primjene zakona se širi i na „postupanje...svih pravnih i fizičkih lica.“ U prilog ovom drugom, širem shvatanju ide i definicija diskriminacije iz čl. 2. st. 1., u kojoj se kao generički pojam zaštićenog osnova navodi „okolnost koja ima za svrhu ili posljedicu da bilo kojem licu onemoguću ili ugrožava priznavanje...prava i sloboda u svim (*sic!*) oblastima života.“

Odredba čl. 1. st. 2. je svakako trebalo da bude predmet intervencije zakonodavca, obzirom da se Ustavni sud BiH opredijelio za primjenu ljudskih prava u privatnom pravu prema teorijskim modelima posredne i neposredne primjene.²⁷ Tako zabrana diskriminacije kao javnopravna ustanova prava ljudskih prava prodire u svijet privatnog prava putem neodređenih pravnih pojmova kao što su prinudni propisi, javni poredak, dobri običaji i sl. Naročito u onim privatnopravnim odnosima čije regulisanje ne utiče bitno na ostvarivanje javnih interesa, prepoznata je opasnost od pretjerane javnopravne intervencije koja dovodi do neopravdanog ograničavanja načela privatnog prava: autonomije volje,²⁸ prava na privatnost i slobode privatnih lica²⁹ i ekonomske efikasnosti.³⁰

27 C. Steiner i dr., Ustav Bosne i Hercegovine, komentar, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2010, str.133-139. Autori ističu da se Ustavni sud BiH nije jasno opredijelio između ova dva modela. Više o ovim modelima u A. Barak: Constitutional Human Rights and Private Law, Oxford-Portland Oregon, 2001, str. 13 i 14

28 H.-P.Mansel, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, München, 2007, str. 809

29 J.D. Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz-Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung, Tübingen, 2010, str. 173

30 J. Hasnas: Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle, Fordham Law Review Vol. 71, 2002, str. 4-14

U tom smislu, rješenja iz njemačkog *AGG* ukazuju da zabrana diskriminacije jednostavno nije valjano opravdanje za miješanje države u intimu, privatnost i porodične veze. Tako je u čl. 19. (rubrum Zabrana diskriminacije u građanskom pravu) realna oblast važenja zakona u zasnivanju, izvršenju i prestanku građanskopravnih obaveza sužena na masovne, depersonalizovane, lukrativne odnose u privredi. U st. 1. određuje se da su to obaveze koje „tipično nastaju bez obzira na lice u velikom broju slučajeva pod uporedivim uslovima (*Massengeschäfte*) ili gdje je odnos sa licem od podređenog značaja u odnosu na obavezu a uporedivi uslovi nastaju u velikom broju slučajeva,“ ili oni koji „imaju za objekt privatnopravno osiguranje“. U st. 3. ustanovljava se izuzetak od pravne kvalifikacije diskriminacije koji se odnosi na iznajmljivanje stanova: različit tretman je dopušten gdje „služi da uspostavi i održi stabilne društvene strukture u pogledu stanovnika i balansirane strukture smještaja, ekonomske, socijalne i kulturne uslove.“ Drugi izuzetak u st. 4. odnosi se na porodično i nasljedno pravo, koje se izuzima iz opšteg režima zabrane diskriminacije, a treći u st. 5. na „građanskopravne obaveze gdje su strane i njihovi srodnici blisko povezani ili postoji odnos povjerenja,“ naročito stanovanje na istoj parceli i iznajmljivanje manje od 40 stanova. U čl. 20. (rubrum Dopuštene razlike u tretmanu) stav 1. zakonodavac ustanovljuje dodatne izuzetke u privatnopravnom kontekstu po osnovu vjere, invalidnosti, starosti, polnog opredjeljenja ili pola, pod uslovom da su zasnovani na objektivnim osnovama, a navode se sljedeće takve situacije: smanjenje rizika, sprečavanje štete ili druge svrhe uporedive prirode (t. 1.); zaštita privatnosti i lične bezbjednosti (t. 2.); pružanje posebne prednosti ili nedostatak interesa u provođenju jednakog tretmana (t. 3); zaštita vjerskog etosa (t. 4.); u st. 2. samo po osnovu pola, i to u odnosu na statističko aktuarsko postupanje u poslovima osiguranja života.

Ovakvih odredbi u ZZD i ZID nema,³¹ što treba posmatrati kao opasnu nepreciznost. Pored već pomenutog rizika da se ekstenzivnom primjenom ZZD napadnu sami temelji privatnog prava, tu je još izvjesnija opasnost da se ZZD obesmisli izbjegavanjem njegove primjene. Naime, u nedostatku preciznih uputstava zakonodavca o odnosu zabrane diskriminacije i drugih podjednako važnih ustanova privatnog prava, nužno se javlja iskušenje da se restriktivnim tumačenjem neodređenih pravnih pojmova kojim obiluje ZZD jednostavno izbjegne njegova primjena. Ako se proces tumačenja posmatra kao vaganje interesa polazeći od objašnjenja činjenica koje mogu biti posmatrane u užem ili širem socijalnom kontekstu³², uvijek postoji mogućnost da se u traganju za praktično prihvatljivim i ustavno svrsishodnim ishodom konkretnog spora činjenično stanje predstavi tako da se pitanje (ne)jednakog postupanja ignoriše kada su u igri ona prava, interesi

31 Bilo je predloženo je da se se privatna lica koja imaju manje od 20 zaposlenih ne obavezuju da donose pravne akte kojim se reguliše borba protiv diskriminacije, ali to nije usvojeno u čl. 24. stav 4. noveliranog ZZD. Vid. I. Hadžić i dr. (fusnota 1)

32 Tako S. Bovan, *Pravna heremeneutika između filozofije i logike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014, str. 129

i društvene vrijednosti koji mogu biti važniji od zabrane diskriminacije.³³ Zato jasno omeđavanje domašaja javnopravne antidiskriminacione intervencije u privatnopravne odnose ne treba smatrati kompromitacijom ove ustanove, nego traženjem prave mjere u odnosu privatnosti, slobode, poslovnog preduzetništva, sa jedne strane, i javnog interesa, oličenog u zabrani diskriminacije, sa druge³⁴.

U tom smislu, razumno pozitivnopravno rješenje podrazumijeva preciznije ograničavanje realnog i presonalnog domašaja ove ustanove u privatnopravnom pravu. Takođe su potrebne suptilnije distinkcije po pitanju personalnog domašaja, u vidu srazmjerno strožije obaveze subjekata javnog prava. Ako je država instrument za ostvarivanje ljudskih prava građana i obavezana da jemči i efikasno štiti ljudska prava, njenu odgovornost za diskriminaciju i posljedične štete treba u smislu čl. 13. st. 1. t. 2. ZOZD postaviti sasvim strogo, u smislu objektivne odgovornosti i obavezivanja na potpunu naknadu štete, a dužnosti drugih subjekata, srazmjerno stepenu njihove društvene odgovornosti, stepenasto blaže: privrednopravnim licima (od složenijih privrednih subjekata ka manje složenim), zatim samostalnim preduzetnicima, a najblaže fizičkim licima.

3.4. Šta činiti

Imajući u vidu iznesene probleme, čini se da je nužna još jedna intervencija zakonodavca u ovu nadasve osjetljivu materiju. Prije svega, zakonodavac je dužan da svima onima koji se bore protiv diskriminacije i onima koji tumače pravo podastre preciznije smjernice na putu spoznaje diskriminacije kao pravne ustanove. To podrazumijeva pravno-pozitivistički pristup, u kome bi brojni etički i preskriptivni iskazi koji inače određuju filozofski i sociološki pojam diskriminacije bili u što većoj mjeri zamijenjeni deskriptivnim.³⁵ Takav poduhvat očekuju ogromne teškoćame, jer odredbe jednog opšteg antidiskriminacionog zakona koji ne uređuje niti jedan poseban društveni odnos, kakav je ZZD, izmiču konkretizaciji. To se prije može postići izmjenama i dopunama zakona koji uređuju određene društvene odnose, jer se zabrane nepogodnog postupanja mogu bolje prilagoditi prirodi tih odnosa, odnosno stepenu zastupljenosti javnog interesa u tim odnosima.

Za početak bi bilo dovoljno da ZZD jasnije izrazi pozitivnopravni pojam diskriminacije i pravne posljedice njene zabrane u skladu sa praksom ESLJP, a to bi moglo biti formulisano sljedećim predloženim odredbama:

- U čl. 2. ZZD dodati st. (3):

„(3) Nije zabranjeno različito postupanje iz stava (1) ovog člana koje je objektivno i razumno opravdano zakonom i usmjereno na ostvarivanje legitimnog

33 M. Cavanagh, *Against Equality of Opportunity*, Oxford University Press, 2002, str. 11

34 M. Cavanagh, str. 173

35 Prema Kelzenu, pravno-pozitivistički pristup u konskrukciji pravne norme podrazumijeva da dispozicija norme treba da sadrži opis određene radnje („jeste“) a ne sud o njenoj ispravnosti („treba“). H. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010, str. 196

cilja a ostvarenje legitimnog cilja ne predstavlja nesrazmjeran teret po prava ili pravne interese lica prema kome se različito postupa.“

- Iza čl. 2. dodati novi član:

„Član 2a. (Pravo na jednako postupanje)

(1) Svako ima pravo da se prema njemu jednako postupa u pravnim odnosima iz člana 6. ovog zakona, nezavisno od osobina ličnosti iz člana 2. stav 1. ovog zakona.

(2) Ostvarivanje načela jednakih prava i jednakih mogućnosti uređuje se posebnim zakonima i drugim propisima.“

- U cilju preciziranja realnog i personalnog domašaja ZZD u privatnom pravu, u čl. 6. brisati t. n) i izmijeniti prvi stav tako da glasi:

„(1) Ovim zakonom uređuje se postupanje svih javnih institucija u Bosni i Hercegovini, pravnih i fizičkih lica sa javnim ovlaštenjima, a posebno u sljedećim odnosima:...”

Dalje, u isti član dodati stav (2):

(2) Ovim zakonom uređuje se postupanje pravnih i fizičkih lica koja nemaju javna ovlaštenja, osim u porodičnim i nasljednim odnosima, odnosima između fizičkih lica koja su blisko povezana i odnosima između fizičkih lica koji su zasnovani na povjerenju.“

Ništa manje nije važna uloga pravosuđa, koje bi progresivnijim tumačenjem prava moglo pružiti značajniji doprinos borbi protiv diskriminacije, bilo povezivanjem ove ustanove sa ustavnim pojmom ljudskog dostojanstva³⁶ ili gore već pominjanog građanskog prava ličnosti, ili pak pojačanom sudskom kontrolom zakonitosti postupaka uprave. U traganju za rješenjem konkretnog spora, uvijek treba imati u vidu jednu posebnost ZZD u sistematici pozitivnog prava, koja često dovodi ignorisanja problema diskriminacije. Za razliku od zakona koji uređuju određene pravne odnose (radni odnosi, zapošljavanje, obrazovanje, i sl.), odredbe ZZD samo koriguju prava i obaveze u pravnom odnosu koji je inače već uređen drugim zakonom. Drugim riječima, zabrana diskriminacije je sveprisutna ustanova koju je sud dužan primijeniti *ex offio* uvijek kada spozna da se diskriminacija desila, čak i onda kada nije eksplicitno pomenuta u pravozaštitnim zahtjevima, prema načelu *iura novit curia*. Ovoj posebnosti treba pokloniti dužnu pažnju kako se u ocjeni činjenica konkretnog spora ne bi ignorisao problem diskriminacije koji se javio u određenom odnosu.

Što se tiče institucionalnih kapaciteta Ombudsmana BiH, teško je opravdati njegovu kvalifikaciju iz čl. 7. ZZD kao „centralne institucije za zaštitu od diskriminacije,“ jer se sistemskim tumačenjem odredbi ZZD da zaključiti da je takva uloga ipak povjerena pravosuđu. Zbog odsustva ovlaštenja na meritorno odlučivanje i izvršenje ova bi se institucija prije mogla nazvati „tigrom bez zuba“, po uzoru na kvalifikacije civilnog društva na rezultate Komisije za jednake mogućnosti

³⁶ Ž. Rašević, Ustavna zaštita ljudskog dostojanstva u BiH, Anali Pravnog fakulteta u Zenici broj 15/16 2015, str.25-27

zapošljavanja u SAD.³⁷ Pored toga, ova institucija tradicionalno i uporednopravno je namijenjena za nezavisnu i parlamentarnu kontrolu rada državne uprave, tako da je upitna svrsishodnost njenog pozitivnopravnog ovlašćenja za zaštitu od diskriminacije koja se može javiti u odnosima između privatnih lica. Polazeći od ovih prigovora, čini se nužnim poraditi na ustanovljavanju specijalizovanog tijela koje bi se bavilo samo borbom protiv diskriminacije, pa čak razmisliti o primjeni inače rasprostranjenog anglosaksonskog modela Komisije za jednaka prava (*Equal Rights Commission*), sastavljene od istaknutih stručnjaka u oblasti antidiskriminacionog prava i prakse, i ovlašćenjima na istrage *ex off*o i meritorno odlučivanje. Prednost ovakve jedne komisije je u tome što bi bila stručnija za borbu protiv diskriminacije od pravosuđa, tragala bi za materijalnom istinom u konkretnim slučajevima i ne bi bila sputana poslovičnom sudijskom uzdržanošću. U svakom slučaju, njene odluke bi podlijegale sudskom nadzoru zakonitosti, kako je to već uobičajeno u uporednom pravu. Rješenje o ustanovljenju jedne ovakve komisije bi se svakako razlikovalo od pozitivnopravnih rješenja u bližem okruženju³⁸, ali bi više odgovaralo pravnom sistemu jedne složene i multietničke države kojoj su hitno potrebni uspjesi u borbi protiv diskriminacije.

4. Zaključak

Novela ZZD donijela je značajne novine u antidiskriminaciono pravo, u vidu eksplicitnog pozitivisanja novih zaštićenih osnova, preciziranja oblika diskriminacije, postupaka zaštite, olakšavanja procesnog položaja lica koje traži zaštitu i jačanja institucionalnih kapaciteta za borbu protiv ove štetne društvene pojave. Međutim, radi se o parcijalnom zahvatu koji nije uračunao implementaciju svih međunarodnih obaveza BiH, posebno onih iz Protokola br. 12 uz EK, a nije doprinio ni rješavanju ključnog problema ustavne, odnosno izborne diskriminacije. Pored toga, ZID nije doprinio jasnijem definisanju pojma zabrane diskriminacije i ovlašćenja diskriminisanog, niti je precizirao svoj domašaj u privatnopravnim odnosima.

Potrebne su nove pozitivnopravne intervencije kako u opšte antidiskriminaciono pravo, tako i u posebne zakone koji uređuju one pravne odnose u kojima se diskriminacija javlja. U jačanju institucionalnih kapaciteta za borbu protiv diskriminacije posebno treba razmotriti mogućnosti ustanovljanja specijalizovanog tijela za borbu protiv diskriminacije.

Kako ZZD ne uređuje nijedan određeni pravni odnos, nego samo interveniše u odnose koji su već uređeni drugim zakonima, posebno je važno utvrditi sve činjenične aspekte konkretnog spora da bi se zabranjena diskriminacija pravno spoznala.

37 1965 - 1971: A "Toothless Tiger" Helps Shape the Law and Educate the Public, dostupno na: <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1965-71/> (pristupio 01.02.2017.)

38 Ž. Rašević, Ten Years of the ECHR Protocol 12: the Balkanisation of Non-Discrimination, CEELS 1/2016, EPLO, Athens, str. 37-38

SPISAK LITERATURE

A. Barak: Constitutional Human Rights and Private Law, u: A. Friedman, D. Barak-Erez Human Rights in Private Law, Oxford-Portland Oregon, 2001

S. Bovan, Pravna heremeneutika između filozofije i logike, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, 2014

M. Cavanagh, Against Equality of Opportunity, Oxford University Press, Oxford, 2002

D. Chalmers *et.al.*, European Union Law, Cambridge, 2007

J. Clifford, Locating Equality, The Equal Rights Review, Vol. One (2008)

S. Fredman, Discrimination Law, Oxford University Press, Oxford, 2002

I. Hadžić i dr., Prijedlog za izmjene i dopune ZZD, Sarajevski otvoreni centar i Agencija za ravnopravnost polova BiH (Paper 16)

A. Hanušić, Sudska zaštita od diskriminacije u BiH, Analitika, Sarajevo, 2013

J. Hasnas, Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle, Fordham Law Review Vol. 71, 2002

H. Kelzen, Opšta teorija prava i države, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010

J.D. Lüttringhaus, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz-Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung, Tübingen, 2010,

H.-P. Mansel, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, u A.Heldrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I - C.H.Beck: München, 2007, S. 810, München, 2007

N. Misita, Osnovi prava Evropske unije, treće izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008. godine 500 i 501

Non-Discrimination in International Law, a Handbook for Practitioners, Interights, London, 2011

J. Omejec, Zabrana diskriminacije u praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik PFZ 59 (5) 873-979 (2009),

T. Papić, Zbirka odluka o ljudskim pravima III, Presude ESLJP o zabrani diskriminacije, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2005

Protocol 12 Convention of Human Rights and Explanatory Report, <http://www.humanrights.coe.int>

V. Rakić-Vodinelić, Ekološka tužba, Pravni život broj 9/1995, Beograd

Ž. Rašević, Preplitanja zabrane diskriminacije i prava ličnosti, Pravni život broj 12/2015, Beograd, str.387-402

Ž. Rašević, Ten Years of the ECHR Protocol 12: the Balkanisation of Non-Discrimination, Central and Eastern European Legal Studies 1/2016, EPLO, Athens

Ž. Rašević, Ustavna zaštita ljudskog dostojanstva u BiH, Anali Pravnog fakulteta u Zenici broj 15/16, 2015

Ž. Rašević, Zabrana diskriminacije u privatnom pravu, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2014

C. Steiner i dr., Ustav Bosne i Hercegovine, komentar, Fondacija Konrad Adenauer, Sarajevo, 2010

T. Šimonović-Einwalter i G. Selanec, Usklađivanje ZZD sa pravnom stečevinom EU, Sarajevski otvoreni centar, Human Rights Papers (Paper 9)

Živorad Rašević, Ph.D., Assistant Professor

Lt.Col., Legal service, Armed Forces of Bosnia and Herzegovina

AMENDMENT OF THE LAW ON PROHIBITION OF DISCRIMINATION-A CRITICAL REVIEW

Summary

This paper describes, explains and criticizes the Amendment of the Law on Prohibition of Discrimination, using judicial, theoretical and comparative approach. The significant progress of anti-discrimination legislation is identified, including the explicit establishment of new protected grounds, new forms of discrimination, mechanisms of protection, strengthening the procedural position of the person seeking protection and institutional capacities to combat discrimination. Unfortunately, this Amendment did not contribute to a more certain definition of non-discrimination and the powers of individuals discriminated against, nor specify its scope of in private law. Therefore, this paper proposes certain concrete solutions de lege ferenda and some new mechanisms to combat this harmful social phenomenon.

Keywords: prohibition of discrimination, concept, scope, private law, principle, public interest

Dr.sc.iur. Senad Defterdarević

Šef Službe opštih poslova

Grad Mostar – Zavod za prostorno uređenje

USLOVI ZA PRIMJENU MJERA OGRANIČAVANJA I LIŠAVANJA SLOBODE IZBJEGLICA, TRAŽILACA AZILA I MIGRANATA PREMA NORMAMA MEĐUNARODNOG PRAVA LJUDSKIH PRAVA

Sažetak

U radu se problematizira pitanje primjene mjera ograničavanja i lišavanja slobode izbjeglica, tražilaca azila i migranata u kontekstu pravnoobavezujućih normi međunarodnog prava ljudskih prava.

Rad će determinisati uslove za primjenu ovih mjera utvrđene međunarodnim normativnim okvirom, posebno referirajući na specifičnost položaja subjekata na koje se mjere ograničavanja i lišavanja slobode primjenjuju i okolnosti njihove primjene.

Razlozi koji primjenu ovih mjera dozvoljavaju su izuzetak koji mora biti utvrđen zakonom. Učestalost njihove primjene je primjer zloupotrebe prava od strane suverenih vlasti.

Manjkava rješenja međunarodnog sistema u zaštiti prava izbjeglica, obzirom da međunarodno pravo priznaje pravo na azil, ali države ne obavezuje na njegovo davanje, suverenim vlastima ne može biti izgovor za kršenje svojih međunarodno-pravnih obaveza o zaštiti ljudskih prava kojim je zaštićena i kategorija izbjeglica, tražilaca azila i migranata.

Rad se temelji na primjeni dogmatskog i aksiološkog metoda i analizi sadržaja.

Ključne riječi: međunarodno pravo ljudskih prava, izbjeglice, tražioci azila, migranti, uslovi pritvaranja.

1. Uvod

Slučajevi hapšenja, pritvaranja i maltretiranja izbjeglica, tražilaca azila i migranata su prisutni u mnogim državama širom svijeta. Brojne međunarodne organizacije koje se bave ovom problematikom redovno izvještavaju o tim slučajevima već godinama¹. U nekim državama radi se o pojedinačnim slučajevima,

¹ Izvještaji su objavljeni na sajtovima tih organizacija. Npr. : UNHCR na www.unhcr.org; Amnesty International: <https://amnesty.org>; Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/publications>; Justice for Detainees: www.justice-4-detainees.org; Forcecharge: <https://forcecharge.com> i drugim.

ili o manjim grupama izloženim tretmanu koji nije u skladu sa međunarodnim pravom i ugovorima koje su te zemlje potpisale, dok se negdje radi o dramatičnim kršenjima međunarodnih propisa širokih razmjera.

Situacija je naročito pogoršana nakon intenziviranja rata u Siriji nakon 2014. godine. U tom periodu je povećan priliv tražilaca azila i u državama Evrope i Evropske unije.² I upravo u tim zemljama je došlo do značajnih kršenja međunarodnih normi, ali i temeljnih dokumenata same Unije obzirom da odredba čl. 2 Ugovora iz Lisabona³ kaže da je „Unija utemeljena na vrijednostima poštivanja ljudskog dostojanstva, slobode, demokratije, jednakosti, vladavine prava i poštovanja ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Ove vrijednosti su zajedničke za države članice u društvu u kojem vlada pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost između žena i muškaraca“. Slučajevi maltretiranja, hapšenja i držanja u neljudskim uslovima tražilaca azila, migranata i izbjeglica su zabilježeni u gotovo svim državama te tzv. balkanske izbjegličke rute.

U tom kontekstu važno je ukazati na razliku između izbjeglica i migranata⁴. Izbjeglice su osobe koje nisu svojevrijedno napustile svoju zemlju, jer su iz iste pobjegli u strahu od progona. Oni su kao takvi izgubili zaštitu svoje domovine. Migranti su, s druge strane, osobe koje su dobrovoljno napustile svoju domovinu vođeni prvenstveno ekonomskim razlozima sa željom za poboljšanje svoje materijalne situacije, ili iz nekih drugih ličnih ili porodičnih razloga. Oni nisu izgubili zaštitu svoje domovine, te stoga ne ispunjavaju uslove za dobijanje izbjegličkog statusa i pripadajuću međunarodno-pravnu zaštitu.

Sve izbjeglice moraju proći kroz kategoriju „tražilaca azila“, ali svi tražioci azila ne postanu izbjeglice, nego samo oni kojima se taj status prizna nakon provedenog postupka od strane nadležnog organa države u kojoj traže azil.

2. Međunarodno-pravni okvir koji reguliše pritvaranje izbjeglica, tražilaca azila i migranata

U pravnoj teoriji i praksi se često postavlja pitanje da li pravila međunarodnog prava ljudskih prava važe za izbjeglice, migrante i tražioce azila, kao ne-državljanke, jednako kao i za državljane država potpisnica relevantnih međunarodnih dokumentata. U vezi s tim treba ukazati na odredbe dva važna

2 U 2015. godini broj osoba koji se našao na granicama država članica EU je dostigao dramatične razmjere. Po podacima Eurostata od četvrtog kvartala 2014. do četvrtog kvartala 2015. godine taj broj je premašio 1,2 miliona. Najbrojniji među njima su državljani Sirije, Afganistana i Iraka, ali i osobe iz drugih država koje su se zbog raznih razloga, bježeći od rata, progona ili neimaštine, tamo uputile u potrazi za boljim životom.

3 Ugovor iz Lisabona koji dopunava Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice, Lisabon 13. 12. 2007. godine – dokument 2007/C 306, Službeni glasnik Evropske unije C 306, Vol 50 17.12.2007. godine.

4 Šire u radu autora: Definisanje pojma „izbjeglica“ i određivanje izbjegličkog statusa, Pravna misao (Sarajevo) broj 7-8/2014, str. 7-35.

ugovora: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁵ i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁶.

Oba Pakta osiguravaju jednak tretman državljana i ne-državljana na način da svojim čl. 3 propisuju: „Države stranke ovoga Pakta se obvezuju da će muškarcima i ženama osigurati jednako pravo na uživanje svih građanskih i političkih prava utvrđenih u ovom Paktu“, odnosno „Države stranke ovoga Pakta se obvezuju da će muškarcima i ženama osigurati jednako pravo na uživanje svih ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava utvrđenih u ovom Paktu.“

Paktovi direktno ne spominju izbjeglice, međutim, pojedine odredbe Pakta o građanskim i političkim pravima daju pravni osnov za njihovu zaštitu. Tako npr. čl. 7 propisuje da „Nitko ne smije biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovječnom ili ponižavajućem postupku ili kazni.“ Time se omogućuje direktna zaštita izbjeglicama i od refoulmenta⁷ u slučajevima gdje postoji rizik od torture.

Čl. 12. garantuje slobodu kretanja, a formulacijom iz st.4 navedenog člana: „Nitko ne smije biti samovoljno lišen prava ulaska u svoju zemlju“ se, u stvari, garantuje pravo na povratak.

S druge strane, članom 13. propisuje se zaštita stranaca od protjerivanja iz zemlje.⁸

Za izbjeglice su relevantni i neki drugi članovi Pakta u okviru odredbi o generalnoj zaštiti koji se odnose na sve osobe⁹.

Konvencija o statusu izbjeglica¹⁰ utvrdila je obaveze država u pogledu ograničavanja kretanja ili kažnjavanja izbjeglica u slučajevima neovlaštenog ulaska na njihovu teritoriju.

5 Uz ovaj dokument treba spomenuti i Opšti komentar Komiteta za ljudska prava 15(27)c/1986 o položaju stranaca prema Paktu (1986), Opšti komentar Komiteta za ljudska prava povodom člana 26 Pakta (1989) koji se odnosi na zabranu diskriminacije, te Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966).

6 Rezolucija GS 2200 A (XXI), , UN Doc. A/6316 (1966)

7 Jedan od osnovnih principa izbjegličkog prava. Podrazumijeva zabranu protjerivanja ili vraćanja (»refouler«) izbjeglice na područje gdje bi njen život ili sloboda bili ugroženi zbog njene rasne, vjerske, ili nacionalne pripadnosti ili pak zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja.

8 Član 13. glasi: „Stranac koji zakonito boravi na području neke države stranke ovoga Pakta može biti protjeran iz te države samo na temelju izvršenja zakonski donesene odluke, te mu se, ako drugačije ne zahtijevaju neizostavni razlozi državne sigurnosti, mora dopustiti da iznese razloge protiv svoga protjerivanja i osigurati da njegov slučaj ispita nadležno tijelo, osoba ili osobe koje nadležno tijelo posebno odredi u tu svrhu, i da u tom postupku ima zastupnika.

9 Npr. čl. 2.1. garantuje zaštitu prava svim osobama bez razlike na rasu, boju, pol, jezik, religiju; čl. 9 garantuje pravo na slobodu i ličnu sigurnost, zabranjuje samovoljno hapšenje ili pritvaranje, a čl. 19. slobodu mišljenja i izražavanja; čl. 20. zabranjuje poticanje na rat i podržavanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje; čl. 23. garantuje zaštitu porodice; čl. 26. sadrži generalnu zabranu diskriminacije – garantuje jednakost pred zakonom i jednaku zaštitu svih.

10 Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, donesena 28. jula 1951 - 1951 Convention relating to the Status of Refugees - Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 429(V) od 14.12.1950. godine. Član 31 propisuje:

„1.Ugovorne države ne smiju nametati kazne, zbog njihovog bespravnog ulaska ili prisutnosti,

Visoki komesarijat UN-a za izbjeglice (UNHCR), prepoznajući važnost problema, je pripremio Globalnu strategiju u cilju podrške vladama da okončaju pritvaranje tražilaca azila i izbjeglica 2014-2019¹¹.

Strategija ima nekoliko ciljeva: da okonča slučajeve pritvaranja djece, da osigura da se u državnu legislativu uključe alternativne mjere pritvoru i da se iste primjenjuju u praksi, te da osigura da uslovi u pritvoru, kad je pritvaranje nužno i neizbježno, odgovaraju međunarodnim standardima.

UNHCR je, u skladu sa svojim Statutom i ovlaštenjima iz čl. 35 Konvencije o statusu izbjeglica izdao i Smjernice¹² o primjenjivim kriterijima i standardima koji se odnose na pritvaranje tražitelja azila i alternativama za pritvaranje.

Subjekti kojima su Smjernice namijenjene su su vlade, parlamentarci, pravni stručnjaci, osobe ovlaštene za donošenje odluka, uključujući i pravosuđe, te sva druga tijela, kako međunarodna, tako i domaća, koja rade u oblasti azila i pritvaranja, uključujući nevladine organizacije, domaće institucije za zaštitu ljudskih prava i osoblje UNHCR-a.

Smjernice naglašavaju da je „...pritvaranje tražitelja azila sa stanovišta UNHCR-a nepoželjno. To je pogotovo nepoželjno u slučaju ranjivih grupa kao što su neudane žene, djeca, maloljetnici bez pratnje i osobe s posebnim zdravstvenim ili psihološkim potrebama ...“.

Smjernica br. 1 nalaže da se mora poštovati pravo na traženje azila¹³.

Ovo pravo je garantovano članom 14 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima koja propisuje da: „Svako ima pravo da traži i uživa u drugim zemljama azil od progonjanja“¹⁴.

Navedenim članom su propisani i izuzeci jer se na pravo na traženje azila ne mogu pozvati osobe u slučaju gonjenja za krivična djela nepolitičke prirode ili zbog postupaka koji su protivni ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija.

Pod pojmom azil se podrazumijeva teritorijalni azil – utočište izvan teritorije države porijekla izbjeglice.

izbjeglicama koji, dolazeći direktno sa teritorija gdje su njihov život ili sloboda bili ugroženi u smislu člana 1, ulaze ili su prisutni na njihovom teritoriju bez ovlaštenja, pod uvjetom da se bez odlaganja jave vlastima i izlože im valjane razloge za svoj bespravni ulazak ili prisutnost. 2. Ugovorne države ne smiju primjenjivati nikakva druga ograničenja na kretanja izbjeglica osim onih koja su neophodna. Ta ograničenja se primjenjuju samo dok se ne uredi njihov status u zemlji ili dok oni ne dobiju prihvata u neku drugu zemlju. Ugovorne države su dužne izbjeglicama dati razložno vrijeme, kao i sve potrebne olakšice, kako bi dobili prihvata u neku drugu zemlju.“

11 A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seekers and refugees – 2014-2019, dostupno na <http://www.unhcr.org/protection/detention/57b579e47/unhcr-global-strategy-beyond-detention-progress-report.html>

12 Detention Guidelines – Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, UNHCR 2012.

13 Opširnije u radu autora: Prava izbjeglica u međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, Revija za pravo i ekonomiju, Mostar, br.1/2016., str. 58-76.

14 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima OUN usvojena od GS 10.12.1948. godine, Rezolucija 217 A (III)

Ovdje treba podsjetiti da Deklaracija nije pravno obavezujući akt, nego da njene odredbe, uključujući i ove o pravu na traženje azila imaju snagu preporuka državama. Na globalnom planu do danas nije usvojen pravno obavezujući dokument koji bi regulisao ovu materiju, mada je bilo pokušaja u tom pravcu.¹⁵

To predstavlja manjkavost međunarodnog sistema zaštite prava izbjeglica obzirom da međunarodno pravo priznaje pravo na azil, ali ne obavezuje ni jednu državu da ga osigura. Obzirom da su azilske procedure u isključivoj nadležnosti pojedinih država, one mogu kroz vlastitu legislativu olakšati, otežati, pa čak i onemogućiti realizaciju ovog prava. To je, dakle, pravo države da teritorijalni azil dâ, odnosno odobri izbjeglici, ali ne i pravo izbjeglice da isti dobije.

Članom 2 Konvencije Organizacije afričkog jedinstva koja pokriva određene aspekte izbjegličkih problema u Africi¹⁶ zagarantovani su pravo na traženje azila i zabrana prisilnog vraćanja.

Sličnu odredbu kao Univerzalna deklaracija sadrži Konvencija o teritorijalnom azilu koja je usvojena u okviru Organizacije američkih država 1954. godine u Karakas, u smislu da potvrđuje pravo država članica da odobravaju azil na svojoj teritoriji, ali ne i pravo izbjeglica da ga steknu.

Međutim, u okviru međunarodnog običajnog prava, razvila su se određena pravila o teritorijalnom azilu¹⁷ koja se svode na sljedeća prava i dužnosti:

- pravo države da tražitelju odobri azil,
- obaveza države za poštivanje principa non-refoulementa,
- obaveza azilanta da poštuje pravni i društveni poredak države koja mu je odobrila azil.

U skladu sa **smjernicom 2** pravo na slobodu i bezbjednost osoba i sloboda kretanja odnosi se i na izbjeglice.

Ova smjernica sadrži generalni princip, a to je da tražioci azila ne trebaju biti pritvarani, obzirom da je pravo na traženje i uživanje azila priznato kao osnovno ljudsko pravo ranije pomenutom Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima u čl. 14.

Kod tražilaca azila je poseban problem to što su prilikom ostvarenja ovog prava vrlo često prisiljeni da uđu ili dođu na teritoriju neke države ilegalno. Zbog specifičnih razloga i okolnosti njihovog dolaska, položaj tražilaca azila se drastično razlikuje od položaja „običnih“ stranaca jer nisu u mogućnosti da zadovolje sve pravne formalnosti oko ulaska u neku državu. Države moraju imati na umu ovu činjenicu prilikom određivanja ograničenja kretanja osoba – tražilaca azila, koje

¹⁵ U okviru UN-a sačinjen je nacrt Konvencije o teritorijalnom azilu koja nije usvojena. Vezano za ovu oblast usvojena je 1967. godine od strane Generalne skupštine UN-a Deklaracija o teritorijalnom azilu (koja nije pravno obavezujuća).

¹⁶ Konvencija Organizacije afričkog jedinstva o regulisanju određenih aspekata izbjegličkih problema u Africi - Regionalni sporazum usvojen 1969. godine.

¹⁷ Ovu tematiku je detaljno razrađivao Prof. dr. Davorin Lapaš: Međunarodnopravna zaštita izbjeglica, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 2008. god., str. 14-17.

su ilegalno ušle u državu, kao i činjenicu da su te osobe došle u tu državu nakon traumatičnih iskustava i bijega iz svoje vlastite države.

Svako pritvaranje mora biti u skladu sa zakonom (**smjernica 3**) Smjernica br. 3 utvrđuje da nije u skladu sa normama izbjegličkog prava pritvaranje tražitelja azila u cilju odvracanja budućih tražitelja azila, ili kako bi oni koji su već podnijeli zahtjeve za regulisanje svog statusa, odustali od istih.

Također se ponavlja više puta ranije iskazan zahtjev da se pritvor ne smije koristiti kao kaznena ili disciplinska mjera zbog ilegalnog prisustva u zemlji, a posebno da se pritvor ne smije praktikovati zbog neispunjavanja administrativnih zahtjeva, ili nekih institucionalnih ograničenja u prihvatnim centrima ili izbjegličkim kampovima.

U svakom slučaju, kako je propisano **smjernicom br.4**, pritvaranje ne smije biti arbitrarno, a ako do pritvaranja dođe, kao izuzetna mjera koja se mora pravdati legitimnim ciljevima, isto mora biti bazirano na procjeni okolnosti slučaja svakog pojedinca. Pritvaranje je prihvatljivo samo u slučajevima kada se procijeni da je nužno, opravdano i proporcionalno legitimnim ciljevima, a pri tome nije moguće primijeniti neki oblik alternative pritvaranju.

Ovdje se najčešće radi o pritvaranju radi zaštite javnog reda (što uključuje pritvaranje radi utvrđivanja identiteta ili bezbjednosne provjere), zaštite javnog zdravlja ili nacionalne bezbjednosti.

Pravo na zaštitu od proizvoljnog (samovoljnog, arbitrarnog¹⁸) pritvaranja je propisano Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima. Članom 9 je propisano da: "Niko ne smije biti proizvoljno uhapšen, pritvoren, niti protjeran."

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima detaljno reguliše ovo pitanje, zajedno sa pitanjem lišavanja slobode generalno. U čl. 9 st.1 Pakta je navedeno da: „Svako ima pravo na slobodu i ličnu sigurnost. Niko ne može biti samovoljno uhapšen ili pritvoren. Niko se ne smije lišiti slobode osim iz razloga i u skladu sa postupkom koji su propisani zakonom.“ Nadalje, Pakt uspostavlja i obavezu da: „Svako ko je uhapšen biće u trenutku hapšenja obaviješten o razlozima hapšenja i u najkraćem roku će mu se saopštiti bilo kakva optužba protiv njega.“¹⁹ Preostali stavovi čl. 9 i čl. 10 Pakta propisuju obaveze država i način postupanja prema osobama lišenim slobode.²⁰ Ove generalne odredbe

18 Ovi izrazi se koriste kao sinonimi u raznim prevodima Pakta o građanskim i političkim pravima na jezike u službenoj upotrebi u BiH.

19 Čl. 9 st. 2 Pakta

20 „Svako ko je uhapšen ili zatvoren zbog krivičnog djela biće u najkraćem roku izveden pred sudiju ili nekog drugog službenika, zakonom ovlaštenog da vrši pravosudne funkcije, i u razumnom roku će mu se suditi ili će biti oslobođen. Stavljanje u pritvor lica koja očekuju da im se sudi ne smije biti opće pravilo, ali puštanje na slobodu može se usloviti jemstvom kojim će se osigurati prisustvo tog lica na suđenju u bilo kojoj fazi sudskog postupka, kao i, u slučaju potrebe, radi izvršenja presude.

4. Ko god je hapšenjem ili pritvaranjem lišen slobode ima pravo da uloži žalbu kod suda u cilju da sud bez odlaganja odluči o zakonitosti lišenja slobode i naredi njegovo oslobođenje ako je pritvor nezakonit.

5. Svako ko je nezakonito hapšen ili pritvoren ima pravo na naknadu štete.

Član 10.

su relevantne i za izbjeglice. Na žalost, izbjeglice su u zemljama azila vrlo često izložene postupcima i tretmanima koji predstavljaju direktno kršenje ovih međunarodno-pravnih obaveza preuzetih od strane tih država.

Ukoliko do pritvaranja ili ograničavanja kretanja i dođe, u skladu sa **smjernicom br.5**, isto ne smije biti diskriminirajuće. Međunarodno pravo zabranjuje diskriminaciju po osnovu rase, boje kože, pola jezika, religije, političkog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovinskog stanja, rođenja ili drugog statusa, odnosno da li se radi o tražiocu azila ili osobi sa priznatim izbjegličkim statusom.

Tražiocu azila trebaju ostati u pritvoru onoliko koliko je to stvarno nužno (**smjernica 6**). Maksimalni period pritvaranja mora biti propisan zakonom, inače se smatra arbitrarnim. Pri tome država ne smije zloupotrebjavati propise na način da oslobodi tražioca azila, te ga ponovo pritvori po istom osnovu neposredno nakon oslobađanja.

Odluka o pritvaranju ili produženju pritvora mora biti podložna minimalnim zaštitama u pogledu procedure (**smjernica 7**), kao što je, između ostalog, pravo tražioca azila da u trenutku pritvaranja bude informisan o razlozima istog, mogućnost pritvorenog da kontaktira ili bude kontaktiran od strane ureda UNHCR-a, ili nekog drugog domaćeg tijela ili agencije koja se bavi izbjeglicama, ili advokata, te pravo da bude izveden pred sud ili organ vlasti koji će razmotriti odluku o njegovom pritvaranju.

Uslovi u pritvoru moraju biti humani i poštovati ljudsko dostojanstvo. (**smjernica 8**).²¹ Treba izvršiti inicijalnu provjeru svih tražilaca azila kako bi se utvrdilo da li među njima ima osoba koje su žrtve mučenja ili su duševno istraumatizirane.

1. Sa svakim ko je lišen slobode postupat će se čovječno i s poštovanjem urođenog dostojanstva ljudske ličnosti.

2. a) Optuženi se, osim u izuzetnim prilikama, drže odvojeno od osuđenika i podvrgavaju posebnom postupku koji odgovara njihovom položaju neosuđenih lica.

b) Optuženi maloljetnici odvojiće se od odraslih i o njihovom slučaju se odlučuje što je moguće prije.

3. Kazneno-popravni režim podrazumijevat će takvo postupanje s osuđenima čiji je bitan cilj njihovo prevaspitavanje i ponovno uključenje u društvo. Maloljetni prijestupnici bit će odvojeni od odraslih i podvrgnuti režimu koji odgovara njihovom dobu i njihovom pravnom položaju.“

21 Obaveza država na takvo ponašanje, odnosno pravo pritvorenih na odgovarajući tretman, utvrđeno je nizom instrumenata za zaštitu ljudskih prava: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, član 10(1), uključujući i Generalni komentar br. 21 (1992) i Generalni komentar br.15 (1986) Komiteta za ljudska prava; Konvencija za zaštitu ljudskih prava svih migranata i članova njihovih porodica, član 17(1); Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda, član 5; Američka konvencija o ljudskim pravima, član 5; Američka deklaracija o pravima i dužnostima čovjeka, član XXV, Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, član 3.

Za zatvaranje tražilaca azila treba koristiti posebne objekte, te izbjegavati korištenje zatvora za te svrhe. Ukoliko nema mogućnosti korištenja posebnih objekata, tražioci azila trebaju biti smješteni odvojeno od osuđenih kriminalaca i to bez mogućnosti miješanja sa njima. Unutar objekata za zatvaranje treba razdvojiti muškarce i žene, djecu od odraslih, ukoliko nisu u srodstvu.

Pritvorenim osobama treba osigurati adekvatne uslove smještaja i higijene.

Tražiocima azila treba omogućiti redovne kontakte i posjete članova porodice, prijatelja, pravnog savjetnika i vjerskog službenika, te zdravstvenu brigu uključujući i psihološku pomoć, fizičku aktivnost, kao i slobodno upražnjavanje religije.

Osobama u pritvoru treba omogućiti odgovarajuće žalbene mehanizme, koji trebaju biti publikovani i dostupni pritvorenicima na različitim jezicima.

Pri tome se moraju uzeti u obzir specifične okolnosti i potrebe svakog pojedinog tražioca azila (**smjernica br.9**). Posebno treba voditi računa o naročito ranjivim i osjetljivim kategorijama tražilaca azila kao što su: žrtve povređivanja ili mučenja, djeca, žene (posebno trudnice, majke sa bebama ili žrtve seksualnog nasilja), žrtve trgovine ljudima, tražioci azila sa invaliditetom, stare osobe, te pripadnici LGBT populacije.

Smjernica 10 propisuje da pritvor mora biti podložen kontroli i inspekciji nezavisnih tijela, kako domaćih, tako i međunarodnih.

U izvještaju UN-ove Radne grupe za oblast arbitrarnog zatvaranja, preciznije u Savjetodavnom mišljenju broj 5²², o “situaciji vezanoj za imigrante i tražitelje azila“ utvrđeno je deset načela o zatvaranju i pritvaranju:

„Načelo 1:

Svaki tražitelj azila ili imigrant, tokom zadržavanja na granici radi ispitivanja ili unutar državne teritorije u slučaju ilegalnog ulaska, mora biti obaviješten barem usmeno i na jeziku koji razumije, o prirodi i razlozima za donošenje odluke o odbijanju ulaska na granici ili dozvole za privremeni boravak na datoj teritoriji.

Načelo 2:

Svakom tražitelju azila ili imigrantu mora se dok je zatvoren omogućiti komunikacija sa vanjskim svijetom, uključujući putem telefona, telefaksa ili elektronske pošte, i kontakti sa advokatom, konzularnim predstavnikom i rodbinom.

Načelo 3:

Svaki tražitelj azila, ili imigrant koji je zatvoren, mora biti odmah izveden pred sudski ili neki drugi organ.

22 Report of Working Group on Arbitrary Detention, Deliberation Number 5: Situation regarding immigrants and asylum-seekers, E/CN.4/2000/4, Annex II, 2000.

Načelo 4:

Svaki tražitelj azila ili imigrant mora se nakon zatvaranja potpisati u registar koji ima redne brojeve i koji je uvezan, ili koji omogućava jednake garancije, i iz kojeg je vidljiv identitet osobe, osnova za zatvaranje, te nadležni organ koji je donio relevantnu odluku, kao i vrijeme i datum primitka i puštanja.

Načelo 5:

Svaki tražitelj azila ili imigrant se nakon prijema u centar mora obavijestiti o internim propisima i odgovarajućim disciplinskim pravilima i mogućnošću da mu neće biti dopuštena komunikacija sa vanjskim svijetom, kao i o garancijama koje prate tu mjeru.

Načelo 6:

Odluku mora donijeti ovlašteni organ sa dostatnim stepenom odgovornosti i ista se mora zasnivati na kriteriju legaliteta.

Načelo 7:

Zakonom treba predvidjeti maksimalno trajanje pritvora koje ni u kom slučaju ne smije biti neograničeno ili predugo.

Načelo 8:

Obavijest o pritvoru treba biti uručena u pisanom obliku na jeziku koji tražitelj azila ili imigrant razumije, i u njoj je potrebno navesti razloge za donešenu mjeru; u njoj moraju biti navedeni uslovi prema kojima tražitelj azila ili imigrant može zatražiti pravni lijek pred sudskim organom koji će promptno odlučiti o zakonitosti mjere i, kada je to prikladno, odrediti puštanje osobe.

Načelo 9:

Mjesto zatvaranja je javna ustanova posebno ustanovljena sa tom svrhom; kada iz praktičnih razloga to nije slučaj, tražitelj azila ili imigrant treba biti smješten u prostor odvojen od prostora za osobe zatvorene zbog kršenja krivičnog prava.

Načelo 10:

Uredu UNHCR-a, ICRC-a i, kada je to primjereno, ovlaštenim nevladinim organizacijama mora se dopustiti pristup mjestima zatvaranja²³.

Ovome pitanju se, inače, pridaje dosta pažnje u međunarodnom pravu ljudskih prava.

U izvještaju UN-ovog specijalnog izvjestioca o ljudskim pravima migranata²⁴ se navodi da „... pritvor ... nikad ne bi trebao biti kaznene prirode.“

²³ uključujući i tranzitne zone međunarodnih aerodroma i luka.

²⁴ Report of UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, Paragraph 43

U tom smislu data je i preporuka da se kršenja imigracijskih zakona i propisa ne bi trebala smatrati krivičnim djelima prema nacionalnom zakonodavstvu. Specijalni izvjestilac je naglasio da „...neregularni migranti nisu kriminalci po sebi i ne bi ih trebalo tretirati kao takve. Pritvaranje migranata na temelju njihovog neregularnog statusa ne treba ni pod kojim okolnostima biti od kaznene prirode“. Stoga bi države trebale razmotriti mogućnost progresivnog ukidanja svih oblika administrativnog pritvaranja.

Na žalost, držanje u pritvoru tražilaca azila ili izbjeglica, koje često traje i godinama, postala je vrlo česta praksa u velikom broju država.

3. Razlozi koji opravdavaju pritvaranje tražilaca azila

Postoje četiri izuzetka od generalnog pravila da se pritvor treba izbjegavati i isti moraju biti propisani zakonom. To su sljedeći slučajevi:

- Radi provjere identiteta u slučaju kada identitet nije utvrđen ili je sporan.
- Radi utvrđivanja elemenata na kojima se zasniva zahtjev za azil²⁵.
- U slučajevima kada su tražioci azila koristili lažne putne ili lične dokumente, ili uništili originalne kako bi obmanuli vlasti zemlje u kojoj namjeravaju tražiti azil.

Međutim, vlasti moraju dokazati da je tražilac azila postupao umišljajno s ciljem obmanjivanja vlasti u zemlji azila.

Obzirom da tražioci azila često ne posjeduju dokumente zato što ih nisu mogu pribaviti, u tom slučaju ih ne bi trebalo pritvarati (ako je to jedini razlog za pritvor).

- U cilju zaštite nacionalne sigurnosti i javnog reda.

U slučaju da postoje dokazi da tražilac azila ima kriminalnu prošlost ili saznanja o okolnostima koje mogu predstavljati opasnost za nacionalnu sigurnost ili javni red, nužno je pritvoriti tražioca azila radi provjere tih činjenica.

Međutim, ne bi trebalo pritvarati tražioce azila koji su došli putem trgovine ljudima ili krijumčarskog lanca, obzirom da su oni žrtve, a ne počinitelji, kriminalnih radnji.

4. Alternative pritvoru

Postoje mjere²⁶ koje su mnogo humanije, efikasnije, a i finansijski isplativije za državu azila od pritvaranja tražilaca azila i izbjeglica. Neke mjere se mogu primjenjivati samostalno, a neke u kombinaciji sa drugim. Pojedine mjere nameću veća ograničenja slobode kretanja, dok su neke mjere u tom pogledu blaže. Najčešće se radi o sljedećim mjerama:

25 Što podrazumijeva kraće zadržavanje dok se ne obavi preliminarni razgovor radi prikupljanja osnovnih podataka i činjenica vezanih za konkretnu osobu.

26 Te mjere su detaljno elaborirane u: Ophelia Field: Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees, UNHCR, POLAS/2006/03, April 2006.

- Puštanje na slobodu uz obavezu prijave boravišta kod nadležnih tijela i obavještanja (ili pribavljanja odobrenja) o promjeni adrese.

- Oslobođanje uz predaju pasoša ili drugih dokumenata nadležnom organu. U tom slučaju vlasti izdaju zamjenska dokumenta kojima se legalizira boravak u zemlji.

- Registracija kod nadležnog organa uz obavezu povremenog javljanja istom (to može biti policija ili služba zadužena za poslove imigracije, pa čak i nevladina organizacija ovlaštena za te poslove). Javljanje može biti lično pred organom, telefonom ili pismeno.

- Puštanje na slobodu uz povjeravanje određenom službeniku zaduženom za slučaj, pravno savjetovanje i uključivanje u mrežu podrške. Ovaj model uključuje širok dijapazon podrške npr. kod nalaženja smještaja, zaposlenja, škole, socijalnog obezbjeđenja, osiguranja namirnica itd.

- Puštanje djece odvojene od roditelja i stavljanje pod nadzor lokalnih socijalnih službi.

- Puštanje i stavljanje pod nadzor pojedinca, člana porodice, ili nevladinih, vjerskih ili društvenih organizacija, s različitim stepenom supervizije dogovorenim sa vlastima.

- Oslobođanje uz kauciju ili jamstvo. Ova opcija može rezultirati diskriminacijom osoba koje nemaju finansijska sredstava (što je najčešći slučaj sa tražiocima azila), pa se može kompenzirati sa garancijama koje daju nevladine organizacije u aranžmanu sa vlastima, u kom slučaju te organizacije preuzimaju odgovornost za osiguranje prisutnosti tražioca azila službenim sastancima ili saslušanjima.

- Mjere koje imaju za posljedicu ograničavanje slobode kretanja tražioca azila (tj. *de facto* ograničenja):

- Smještaj u otvorene ili polu-otvorene centre za azilante ili izbjegličke kampove. U polu-otvorenim centrima mogu postojati izvjesna ograničenja kretanja (npr. zabrana izlaska tokom noći, ili obaveza evidentiranja prilikom izlaska ili ulaska u centar).

- Određivanje mjesta prijema osnovnih potreba ili pomoći od strane države.

- Uslovi radne dozvole (ukoliko se izdaje za određeno geografsko područje).

- Određivanje mjesta prebivališta ili isključivanje određenih lokacija.

- Smještaj u državom sponzoriranom smještaju, ili ugovorenom privatnom smještaju.

- Elektroničko praćenje koje uključuje „obilježavanje“ i kućni policijski sat ili satelitsko praćenje.

Uvođenje alternativnih mjera pritvoru u državno zakonodavstvo predstavlja značajno drugačiji pristup upravljanju migracijama. Alternativne mjere, naime, pomjeraju fokus sa bezbjednosti i ograničavanja na pragmatični i proaktivni pristup usmjeren na razrješavanje slučaja uz puno poštovanje tražilaca azila, izbjeglica i migranata. Oni se ovim mjerama tretiraju kao nosioci prava kojima

treba biti omogućeno da udovolje odredbama imigracijskih procedura, bez potrebe uvođenja ograničenja ili lišenja slobode.

Međutim, svjedoci smo upravo suprotnog procesa - u većini država koje umjesto olakšanja položaja tražilaca azila, migranata i izbjeglica usvajaju legislativu koja taj položaj drastično pogoršava²⁷.

5. Zaključak

Izbjeglički talas sa kojim se Evropa suočila nakon intenziviranja rata u Siriji i mjere kojim su na njega odgovarale vlasti nacionalnih država, koje su sa tim talasom bile neposredno suočene, aktualizirali su često postavljano pitanje adekvatnosti zaštite prava izbjeglica normama međunarodnog prava ljudskih prava generalno, a posebno u slučaju kada su izbjeglice, tražioci azila i migranti lišavani slobode.

Zaštita prava izbjeglica nesporno je predviđena normativnim rješenjima međunarodnog sistema zaštite ljudskih prava. Među dokumentima na univerzalnom nivou ovdje je posebna pažnja posvećena UNHCR-ovim Smjernicama o primjenjivim kriterijima i standardima koji se odnose na pritvaranje tražitelja azila i alternativama za pritvaranje, čija je primjena u ovom kontekstu posebno značajna jer se oslanjaju na relevantne UN-ove dokumente o ljudskim pravima i rješenja koja su njima predviđena, a koja se tiču ove kategorije. Smjernice su namijenjene vladama, parlamentarcima, pravnim stručnjacima, osobama ovlaštenim za donošenje odluka, uključujući i pravosuđe, te svim drugim tijelima, kako međunarodnim, tako i domaćim, koja rade u oblasti azila i pritvaranja, uključujući nevladine organizacije, domaće institucije za zaštitu ljudskih prava i osoblje UNHCR-a.

Smjernicama se zahtijeva da se poštuje pravo na traženje azila i naglašava da je pritvaranje tražitelja azila sa stanovišta UNHCR-a nepoželjno. Međutim, mada je pravo na traženje azila utvrđeno još Univerzalnom deklaracijom, ono nijednim naknadno donesenim dokumentom u okviru UN-a nije dobilo pravnoobavezujući karakter, što predstavlja značajan nedostatak međunarodnog sistema za zaštitu ljudskih prava u ovoj oblasti, a što suverenim vlastima u državama azila ostavlja mogućnost da traženje prava na azil tumače i primjenjuju u skladu samo sa svojim sopstvenim interesima. Smjernice potvrđuju da se pravo na slobodu i bezbjednost osoba i sloboda kretanja, kao osnovna ljudska prava, odnose i na izbjeglice. Suština ove odredbe odnosi se na zabranu pritvaranja, koja kao mjera suverenih vlasti često prijeti tražiocima azila zbog načina ulaska

27 Npr. Početkom marta 2017. godine mađarski parlament je velikom većinom glasova usvojio zakon koji omogućava zadržavanje tražilaca azila u pritvoru u kampovima na jugu zemlje. Tražioci azila su prema ranijoj praksi mogli biti zadržani u pritvoru do četiri sedmice, ako su uhvaćeni u krugu od 8 kilometara oko granice. Prema novousvojenim pravilima, mogu biti zadržani u pritvoru bez limita i uredba se primjenjuje na cijeloj teritoriji države.

Mađarski premijer Viktor Orban je pozdravio usvajanje zakona kao dio mjera koje je preduzeo da bi, kako je rekao, „spasio Evropu“, a migrante je nazvao „trojanskim konjem za terorizam“.

u zemlju. Pritvaranje, ukoliko do istog dođe, u skladu sa Smjernicama, mora biti propisano zakonom i ne smije imati karakter kao kaznena ili disciplinske mjera zbog ilegalnog ulaska i prisustva u zemlji. Pritvaranje ne smije biti arbitrarno. Kao prihvatljiva mjera dopušteno je kao izuzetak i to samo u slučajevima kada se ono procijeni kao nužno, opravdano i proporcionalno legitimnim ciljevima, a pri tome ga nije moguće zamijeniti prihvatljivijom alternativom. Smjernicama je utvrđeno da mjera pritvaranja ni pod kojim okolnostima ne smije imati diskriminatorski karakter, a dužina trajanja pritvora mora biti utvrđena zakonom i regulisana procedurama kojima će se zaštititi prava osobe na koju se primjenjuje. Smjernice posebnu pažnju pridaju uslovima pritvora i objektima u kojima se on provodi. Uz ovo, Smjernice naglašavaju obavezu suverenih vlasti da u obzir uzmu i specifične okolnosti i potrebe svakog pojedinog tražioca azila, naglašavajući da uz sve ovo pritvor mora biti podložan kontroli i inspekciji nezavisnih tijela, kako domaćih, tako i međunarodnih. Slične zahtjeve sadrži i izvještaj UN-ove Radne grupe za oblast arbitarnog zatvaranja, Savjetodavno mišljenje broj 5, o situaciji vezanoj za imigrante i tražitelje azila kojim je utvrđeno deset načela za primjenu mjere zatvaranja i pritvaranja.

Od generalnog pravila da se pritvor treba izbjegavati, kada su u pitanju tražioci azila, izbjeglice i imigranti, postoje četiri izuzetka koji, kao takvi, moraju biti propisani zakonom. To su slučajevi kada se ova mjera primjenjuje radi provjere identiteta u slučaju kada identitet nije utvrđen ili je sporan, radi utvrđivanja elemenata na kojima se zasniva zahtjev za azil, u slučajevima kada su tražioci azila koristili lažne putne ili lične dokumente, ili uništili originalne kako bi obmanuli vlasti zemlje u kojoj namjeravaju tražiti azil, te u cilju zaštite nacionalne sigurnosti i javnog reda.

Može se generalno zaključiti da se, izuzev navedenih izuzetaka, međunarodno pravo ljudskih prava, u okviru zaštite koju pruža izbjeglicama, tražiocima azila i migrantima, protivi primjeni mjera kojima im se ograničava ili uskraćuje sloboda. Suverenim vlastima na raspolaganju stoje mnogo humanije, efikasnije, a i finansijski isplativije mjere koje mogu primjenjivati sa istim ciljem. Raspon ograničenja slobode kretanja, koji je njima predviđen, kreće se od blažih do strožih, što nudeći izbor daje i mogućnost da se nađe najprikladnija mjera za svaki pojedinačni slučaj.

Uvođenje alternativnih mjera pritvoru u državno zakonodavstvo predstavlja bitno drugačiji pristup upravljanju migracijama, koji fokus sa bezbjednosti i ograničavanja preusmjerava na pragmatični i proaktivni pristup uz puno poštovanje tražilaca azila, izbjeglica i migranata. Na ovaj način izbjeglice, tražioci azila i migranti imaju tretman nosilaca prava kojima treba biti omogućeno da bez ograničenja ili lišenja slobode udovolje odredbama imigracijskih procedura.

Na žalost, praksa pokazuje da nacionalna prava u oblasti zaštite prava tražilaca azila, migranata i izbjeglica u svojim rješenjima ne samo da ne slijede rješenja međunarodnog prava ljudskih prava, već ih često i na najgrublji način krše.

Literatura

Beyond Detention: A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum seekers and refugees 2014-2019, UNHCR.

Detention Guidelines – Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, UNHCR 2012.

Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, donesena 28. jula 1951 - 1951 Convention relating to the Status of Refugees - Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih naroda 429(V) od 14.12.1950. godine

Konvencija Organizacije afričkog jedinstva o reguliranju određenih aspekata izbjegličkih problema u Africi - Regionalni sporazum usvojen 1969. godine.

Legal framework and standards relating to the detention of refugees, asylum seekers and migrants, International Detention Coalition, Melbourne, Australia, 2011.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima - International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, Dodatak Rezoluciji Generalne skupštine UN 2200 A (XXI) od 16.12.1966.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Rezolucija GS 2200 A (XXI), , UN Doc. A/6316 (1966)

Ophelia Field: Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees, UNHCR, POLAS/2006/03, April 2006.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima OUN usvojena od GS 10.12.1948. godine, Rezolucija 217 A (III)

Wrong counts and closing doors – The reception of refugees and asylum seekers in Europe, European Council of Refugees and Exiles, Brussels 2016.

Zaštita izbjeglica: Vodič kroz međunarodno izbjegličko pravo, Međuparlamentarni savez i UNHCR 2001, (verzija na bosanskom jeziku 2004).

Senad Defterdarević, Ph.D.,
Head of Corporate Services
The Spatial Development Institute of the City of Mostar

CONDITIONS FOR APPLICATION OF MEASURES OF RESTRICTION ON LIBERTY AND DETENTION OF REFUGEES, ASYLUM SEEKERS AND MIGRANTS ACCORDING TO RULES OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Summary

The paper deals with the issue of the application of measures to restrict and deprive the freedom of refugees, asylum seekers and migrants in the context of legally binding norms of international human rights law.

The paper will determine the conditions for the application of these measures established by the international normative framework, in particular with reference to the specificity of the position of entities subject to restrictions and deprivation of liberty, and the circumstances of their application.

Reasons that allow the application of these measures are an exception to be determined by law. The frequency of their application is an example of abuse of rights by sovereign authorities.

The deficient solutions of the international system for the protection of the rights of refugees, given that international law recognizes the right of asylum, but does not commit the state to its giving, can not be an excuse to sovereign authorities for violating its international human rights obligations protecting the category of refugees, asylum seekers and migrants.

The work is based on the application of dogmatic and axiological methods and content analysis.

Keywords: international human rights law, refugees, asylum seekers, migrants, detention conditions.

OSTVARIVANJE PRAVA NA ODMORE I ODSUSTVA U RADNOM ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE

Sažetak

U ovom radu autorica analizira pojam i vrste odmora i odsustava s rada, u radnom zakonodavstvu Republike Srpske. Analiza sadrži teorijski i normativni prikaz svih važnih aspekata ostvarivanja prava radnika na odmor, kao i na odsustvo – plaćeno i neplaćeno. Pravo na odmor je jedno od najvažnijih prava radnika koja proizilaze iz radnopravnog odnosa. Za radnika je važno i pitanje odsustva, koje može biti plaćeno i neplaćeno. Odmori i odsustva su regulirani u istoj Glavi Zakona o radu Republike Srpske, gdje su precizirana pitanja trajanja i vrste odmora, odnosno uslova za ostvarivanje prava na odmor, kao i pitanja ostvarivanja prava na odsustvo i vrste odsustava. Pitanje odmora regulisano je brojnim međunarodnim pravnim aktima, gdje su najvažnije konvencije koje usvaja Međunarodna organizacija rada (MOR). Osim toga, utvrđeni su i odgovarajući evropski standardi rada o pravu na odmore i odsustva sadržani u Evropskoj socijalnoj povelji, ali i u okviru Evropske unije institut odmora normiran je odgovarajućim direktivama. U ovom radu, osim normativne analize prava na odmore i odsustva u radnom zakonodavstvu Republike Srpske, daje se i teorijska analiza pojma, svrhe i vrsta odmora i odsustava, kao i pregled i prikaz najvažnijih konvencija MOR-a iz ove oblasti koje su na snazi u BiH, kao i odredbi Evropske socijalne povelje, te direktiva Evropske unije.

Ključne riječi: odmori, vrste odmora, dnevni odmor u toku radnog vremena, dnevni odmor između dva uzastopna radna dana, sedmični odmor, godišnji odmor, odsustva, plaćeno odsustvo, neplaćeno odsustvo, MOR, konvencije MOR-a, Evropska socijalna povelja, direktive EU.

1. Uvod

Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu BiH) ima složeno ustavno-pravno uređenje, i u tom smislu sastoji se od entiteta Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu FBiH) i Republike Srpske (u daljem tekstu RS), te Brčko Distrikta BiH (u daljem tekstu BDBiH). Kao posljedica složenog državnog uređenja oblast radnog zakonodavstva BiH regulirana je zasebno na nivou entiteta i BDBiH. U ovom radu daje se analiza prava na odmore i odsustva u radnom zakonodavstvu RS.

Pravo na odmor jedno je od osnovnih prava radnika iz radnopravnog odnosa. Ovo je važno pitanje za efikasno odvijanje radnog procesa, jer samo odmoran radnik može u punom kapacitetu obavljati poslove svoga radnog mjesta. Odmor je neophodan radi obnavljanja psiho-fizičkih sposobnosti radnika, ali i osiguranja razvoja njihovog porodičnog i društvenog života, te oni imaju pravo na različite vrste odmora, u skladu sa rješenjima radnog zakonodavstva. U ovom radu pruža se teorijska i normativna analiza prava na odmore i na odsustva u radnom zakonodavstvu Republike Srpske. Pravo na odmore i odsustva regulisano je u Glavi VI, članovima 75-95 Zakona o radu RS¹. Radnici imaju pravo i na odsustvo radi zadovoljavanja nekih svojih ličnih i poslovnih stanja i potreba, a koje oni imaju pravo koristiti, ali i ne obavezu da koriste odsustvo. Odsustvo može biti plaćeno i neplaćeno.

„Pravo na odmore spada među osnovna prava lica u radnom odnosu. Cilj garantiranja prava na odmore je obnova fizičke i umne sposobnosti zaposlenika, tj. radnika nakon odgovarajućeg perioda kontinuiranog rada. Pravo na odmore zaposleniku treba da omogući što puniji fizički, umni ali i ukupni razvitak zaposlenika kao ličnosti u svojoj sveukupnosti. Među odmorima postoje razlike, jer je i različit osnov njihovog nastanka. Naime, zapaženo je da se u različitim vrstama odmora nalaze i različiti ciljevi odmora, npr: (1) fiziološko-zdravstveni; (2) radno-zaštitni; (3) socijalni i (4) ekonomski.“²

2. Pojam i vrste odmora

„Polazeći od značaja prava na odmore, odredbe o njima su *ius cogens* naravi. Zbog toga ne postoji mogućnost zaposlenika (disponenta) da se odrekne ovog prava ili da traži njegovo smanjivanje. Pravo na odmore je zajamčeno najvišim aktima savremenih zemalja, te zbog toga postoji i zakonska obaveza poslodavca da zaposleniku omogući korištenje odmora. Povreda takve obaveze predstavlja prekršaj. **Pravo na odmore je lično, neotuđivo i neprenosivo pravo, koje se stiče ispunjenjem unaprijed određenih uslova.**“³

Odredbe o pravu na odmore sadržane su u članovima 75-88 Zakona o radu RS. Zakon razlikuje četiri vrste odmora, i to: dnevni odmor u toku radnog vremena, dnevni odmor između dva uzastopna radna dana, sedmični odmor i godišnji odmor. U nastavku rada bit će pojašnjene sve navedene vrste odmora. „U međunarodnim i domaćim izvorima radnog i socijalnog prava sadržane su norme po kojima zaposlenici imaju pravo na više vrsta odmora. To su **godišnji, sedmični i dnevni odmor, te pauza** u radnom vremenu.“⁴

1 Zakon o radu Republike Srpske, „Službeni glasnik RS“, broj 1/2016.

2 Dedić Sead; Gradašćević-Sijerčić Jasminka, *Radno pravo*, drugo novelirano i prošireno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005. godine, str. 269.

3 Ibid., str. 270.

4 Božo, Žepić, *Radno i Socijalno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Logos, Split, 2001. godine, str. 184.

„Polazeći od očiglednog razvitka u međunarodnim okvirima, čiju osnovu čine rješenja o slobodnom vremenu zaposlenika, naše pozitivno pravo predviđa sljedeće odmore: (1) u toku trajanja radnog vremena u jednom radnom danu - odmor u toku dnevnog rada (pauza, stanka); (2) odmor između dva radna dana; (3) odmor u toku sedmice – sedmični odmor i (4) godišnji odmor.“⁵

„Jedno od vrlo značajnih prava iz radnog odnosa je pravo na odmore tokom određenog vremenskog razdoblja i pauze tokom radnog vremena. Radniku je potreban odmor da bi obnovio vlastitu radnu energiju i rekreirao vlastite fizičke i umne sposobnosti za rad. Osobito je to važno za one zaposlenike koji rade u otežanim uslovima rada ili pak rade na obavljanju teških fizičkih poslova. Međutim, svaki rad, promatran s fiziološkog motrišta, podrazumijeva trošenje ljudske energije, pa su odmori potrebni svakom zaposleniku nezavisno od vrste posla koju obavlja. Interes za rekreiranjem i obnavljanjem fizičkih i umnih sposobnosti za rad nije samo na strani radnika već i poslodavca. Jednako je to interes društva i države pa oni radnim zakonodavstvom štite zaposlenike od prekomjernog iscrpljivanja na način što im propisuju obavezne odmore i pauze u radnom vremenu.“⁶

„Dakle, odmor je jedno vremensko razdoblje prekida, odnosno obustave rada, koji je obavezno nametnut u obavljanju jedne prestacije rada, a on se zaposleniku daje (1) u toku istog radnog dana, (2) između dva uzastopna radna dana, (3) nakon proteka određenog broja uzastopnih radnih dana – jedanput u svakoj sedmici, (4) nakon proteka određenog broja uzastopnih mjeseci provedenih u radnom odnosu od strane određenog zaposlenika u toku jedne kalendarske godine.“⁷

„Institut odmora s osnova radnog odnosa je međusobno čvrsto uvezan sa utvrđenjem i organizacijom radnog vremena te zaštitom sigurnosti i zdravlja radnika.“⁸

U pogledu ostvarivanja prava na odmore treba istaći da su utvrđeni odgovarajući međunarodni i evropski standardi rada, putem brojnih konvencija MOR-a, ali i odredbama revidirane Evropske socijalne povelje.

Tako su u BiH ratificirane i na snazi su sljedeće konvencije MOR-a iz ove oblasti: Konvencija broj 14. o primjeni nedjeljnog odmora u industrijskim preduzećima (1921.); Konvencija broj 91. o plaćenom odmoru (pomorci), revidirana (1949.); Konvencija broj 106. o nedjeljnom odmoru u trgovini i biroima (1957.); Konvencija broj 132. o plaćenom godišnjem odmoru, revidirana, (1970.).

U pogledu evropskih standarda, značajne su odredbe revidirane Evropske socijalne povelje. Tako su u članu 2. sadržane odredbe o pravu na pravične uslove rada, u okviru kojih se garantuju i prava na odmore. U članu 2. ove Povelje, navodi

5 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 270.

6 Žepić B., op.cit., str. 184.

7 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 269-270.

8 Gradašćević-Sijerčić Jasminka, Komentar zakona o radu Federacije Bosne i Hercegovine, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, 2016. godine, str. 137.

se da, u tom smislu, u cilju osiguravanja efikasnog korištenja prava na pravične uslove rada, zemlje potpisnice preuzimaju obavezu da:

1. predvide razumno dnevno i sedmično radno vrijeme, radnu sedmicu koja se progresivno smanjuje u mjeri koju dopušta povećanje produktivnosti i drugi relevantni faktori;

2. omogućuje plaćene javne praznike;

3. omogućuje najmanje četiri sedmice plaćenog godišnjeg odmora;

4. eliminišu rizike u inherentno opasnim ili nezdravim zanimanjima, ili tamo gdje još uvijek nije moguće eliminisati ili dovoljno smanjiti ove rizike, predvidjeti ili skraćivanje radnog vremena, ili dodatne plaćene neradne dane za radnike koji se bave tim zanimanjima;

5. osiguraju sedmični period odmora koji se, ukoliko je to moguće, poklapa sa danom koji se tradicijom ili običajem u datoj zemlji odnosno regiji smatra danom odmora;

6. osiguraju da su radnici pismeno informisani, što je prije moguće, a u svakom slučaju najkasnije dva mjeseca nakon dana stupanja na posao, o najvažnijim aspektima ugovora ili radnog odnosa;

7. osiguraju da radnici koji obavljaju rad noću koriste mjere koje uzimaju u obzir posebnu vrstu ovakvog rada.

Pored toga, u okviru Evropske unije, pitanje odmora regulisano je odgovarajućim direktivama. Ovdje smatram značajnim navesti kratku analizu instituta odmora prema propisima EU, koju daje prof. dr. Gradašćević-Sijerčić, prema kojoj „u pravu EU institut odmora je bliže reguliran direktivama. Prva direktiva koja je regulirala odmore je Direktiva 93/104/EEZ o određenim aspektima uređenja radnog vremena. U pogledu djelatnosti koje su bile isključene iz područja izmijenjena je Direktivom 2000/34/EZ, a ukinuta Direktivom 2003/88. Konkretnije, na prijedlog Komisije, na osnovu čl. 137. st. 2. UEZ-a, Vijeće i Parlament donijeli su 2003. godine novu direktivu s odredbama o radnom vremenu, a koja je dopuna i nastavak Direktive 93/104/EEZ. *Direktiva 2003/88/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 4. novembra 2003. o određenim aspektima uređenja radnog vremena*, koja je stupila na snagu 2. avgusta 2004. godine, zamjenjuje staru Direktivu 93/104/EEZ. Predmet *Direktive 2003/88/EZ* je dnevno i sedmično minimalno vrijeme odmora, minimalni godišnji odmor, pauze i najduže sedmično radno vrijeme, te određeni aspekti noćnog i smjenskog rada svih radnika, osim pomoraca i mobilnih radnika. U skladu s čl. 16. ove Direktive moguće je da se sedmično vrijeme odmora (24 sata) računa unutar perioda od 14 dana, maksimalno sedmično radno vrijeme (48 sati) računa u prosjeku od četiri mjeseca, a konkretno određivanje dužeg referentnog perioda za trajanje noćnog rada prepušteno je sporazumu socijalnih partnera. Vrijeme dnevnog odmora određeno je u neprekidnom trajanju od najmanje 11 sati unutar vremenskog intervala od 24 sata, dok je uređenje dnevne pauze pri kontinuiranom radu u trajanju dužem od šest sati unutar 24 sata, prepušteno sporazumu socijalnih partnera ili zakonodavstvu države. Minimalno trajanje sedmičnog odmora unutar

perioda od sedam dana iznosi 24 neprekidnih sati kojima se mora dodati i dnevni odmor (odmor između dva radna dana). *Direktiva 2003/88/EZ* sadrži i rješenje koje je bilo izvor velikih rasprava prilikom donošenja stare direktive – utvrđenje najdužeg sedmičnog radnog vremena u trajanju od 48 sati sedmično, uključivši u to i sate prekovremenog rada. U odnosu na godišnji odmor, ova direktiva utvrđuje da najkraće razdoblje plaćenog godišnjeg odmora iznosi četiri sedmice i ne smije biti kompenzirano u novcu, osim u slučaju prestanka radnog odnosa. Dužina trajanja noćnog rada ograničena na osam sati unutar razdoblja od 24 sata te je radnicima koji rade noću priznato pravo na besplatne liječničke preglede koji podliježu profesionalnoj liječničkoj tajni. U slučaju da noćni rad djeluje negativno na njegovo zdravlje, pogođeni radnik ima pravo na premještaj na drugo radno mjesto na kojemu se radi danju, a pored toga poslodavci su obavezni u noćnoj smjeni provesti sve mjere zaštite na radu koje se provode za rad danju⁹.

„Oslonom na vremenski period korištenja odmora, odmori se dijele na: a) odmor unutar jednog dana nakon određenog broja sati provedenih na radu (pauza); b) odmor između dva radna dana (dnevni odmor), c) odmor nakon odgovarajućeg broja dana provedenih na radu (sedmični odmor) i d) odmor nakon određenog broja mjeseci provedenih na radu (godišnji odmor).“¹⁰

2.1. Dnevni odmor u toku radnog vremena

„Odmor u toku trajanja radnog vremena u jednom radnom danu označava se kao pauza (stanka) ili kao prekid rada u toku trajanja radnog vremena. Radi se o kratkom prekidu rada s ciljem odmora, odnosno predaha ili olakšanja. Kao takav, ovaj odmor predstavlja i mjeru racionalizacije radnog procesa. Smatra se da je češće korištenje kratkotrajnih odmora u toku dnevnog rada povoljnije s aspekta rezultata rada, nego jedan dugotrajniji odmor.“¹¹

Radnik koji radi sa punim radnim vremenom ili najmanje šest sati dnevno, ima pravo na odmor u toku radnog vremena u trajanju od 30 minuta, a koji ne može biti u prva dva ili posljednja dva sata radnog vremena radnika.¹² Radnik koji radi duže od četiri sata, a kraće od šest sati dnevno ima pravo na odmor u toku rada u trajanju od najmanje 15 minuta.¹³ Radnik koji radi duže od punog radnog vremena, a najmanje deset sati dnevno, pored odmora iz stava 1. ovog člana ima pravo i na dodatni odmor u toku rada u trajanju od najmanje 15 minuta.¹⁴ Vrijeme odmora uračunava se u radno vrijeme.¹⁵

Odmor u toku dnevnog rada organizuje se na način kojim se obezbjeđuje da se rad ne prekida, ako priroda posla ne dozvoljava prekid rada, kao i ako se

9 Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 136-137.

10 Ibid., str. 137.

11 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 270.

12 Član 75. st. 1. Zakona o radu RS.

13 Član 75. st. 2. Zakona o radu RS.

14 Član 75. st. 3. Zakona o radu RS.

15 Član 75. st. 4. Zakona o radu RS.

radi sa strankama.¹⁶ Odluku o rasporedu korišćenja odmora u toku dnevnog rada donosi poslodavac.¹⁷

„U mnogim visoko razvijenim radnim sredinama i poslodavci su veoma zainteresirani da se zaštiti ovo pravo radnika. Tako se kod rada na računarima obavezno organizira manja pauza nakon svaka dva sata rada, jer ako se to ne ostvaruje, može doći do oštećenja vida i drugih negativnih posljedica po radnika, a tada sudovi u zapadnim zemljama u radnom sporu, po pravilu, dosuđuju veoma visoke naknade štete radniku.“¹⁸

2.2. Dnevni odmor između dva uzastopna radna dana

„Dnevni odmor je vrijeme između dva uzastopna radna dana u koje zaposlenik ne radi. Konkretnije, dnevni odmor predstavlja ostvarivanje prava zaposlenika na odmor između dva uzastopna radna dana, računajući od završetka rada u jednom danu do početka rada u drugom danu.“¹⁹

Radnik ima pravo na dnevni odmor između dva uzastopna radna dana u trajanju od najmanje 12 časova neprekidno, a radnici zaposleni u poljoprivredi i na sezonskim poslovima, najmanje deset časova neprekidno.²⁰ Radnik mlađi od 18 godina ima pravo na dnevni odmor između dva uzastopna radna dana u trajanju od 12 časova neprekidno.²¹

„Cilj ovog odmora je širi u odnosu na prethodni odmor (odmor u toku radnog vremena op.a. E.H.), jer dnevni odmor treba da služi očuvanju radne snage, zdravlja i sigurnosti zaposlenika na radu, kao i zadovoljavanju kulturnih, porodičnih i drugih potreba zaposlenika kao čovjeka i građanina.“²²

2.3. Sedmični odmor

„Sedmični odmor je odmor koji se daje zaposleniku u okviru razdoblja od svakih sedam uzastopnih dana. Pravilo je da poslije šest uzastopnih radnih dana, redovito i istovremeno za sve zaposlenike jednog poslodavca bude određen jedan dan kao neradni, a ovisno od rasporeda radnog vremena traje 24, 32, 36-60 sati neprekidno. Ukoliko zaposlenik iz opravdanih razloga mora da radi na dan svog sedmičnog odmora, poslodavac mu obezbjeđuje drugi dan u periodu određenom prema dogovoru poslodavca i zaposlenika.“²³

Radnik ima pravo na sedmični odmor u trajanju od najmanje 24 časa neprekidno kojem se dodaje najmanje osam časova odmora iz člana 77. stav 1.

16 Član 76. st. 1. Zakona o radu RS.

17 Član 76. st. 2. Zakona o radu RS.

18 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 271.

19 Ibid., str. 271.

20 Član 77. st. 1. Zakona o radu RS.

21 Član 77. st. 2. Zakona o radu RS.

22 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 271.

23 Ibid., str. 272.

prema unaprijed određenom rasporedu.²⁴ Sedmični odmor se po pravilu koristi nedjeljom.²⁵ Poslodavac može da odredi drugi dan za korišćenje sedmičnog odmora ako priroda posla i organizacija rada to zahtijeva.²⁶ Ako je neophodno da radnik radi na svoj sedmični dan odmora, poslodavac je dužan da mu obezbijedi odmor iz stava 1. ovog člana u toku naredne radne sedmice.²⁷

2.4. Godišnji odmor

„Godišnji odmor predstavlja osnovno pravo zaposlenika u radnom odnosu, odnosno jednu od osnovnih obaveza poslodavca. To je lično, neotuđivo i neprenosivo pravo koje se stiče ispunjavanjem unaprijed utvrđenih uslova.“²⁸

„Godišnji odmori su takvi koji se svake kalendarske godine obavezno daju onim zaposlenicima koji su u toj godini proveli na radu kod istog poslodavca određeno minimalno vremensko razdoblje. Poseban cilj godišnjeg odmora je biopsihološka zaštita zaposlenika, ali i širi kulturni život. Općenito, produžavanje trajanja godišnjih odmora je u korelaciji sa produžavanjem slobodnog vremena.“²⁹

„Pravo na plaćeni godišnji odmor pripada zaposleniku u svakoj kalendarskoj godini. **Svrha** godišnjeg odmora, i po međunarodnim konvencijama i prema domaćem zakonodavstvu, jest u potrebi da se zaposlenik po isteku svake kalendarske godine napornog rada odmori, da bi sačuvao zdravlje, obnovio radne sposobnosti, stekao potrebnu radnu kondiciju i tako, bez opasnosti po zdravlje, lakše izdržao radne napore u predstojećem vremenu do sljedećeg godišnjeg odmora. Vrlo je važna odredba međunarodnog prava po kojoj se zaposlenika ne može ni na koji način lišiti ovoga prava, niti se on sam po svojoj želji može odreći njegova korištenja, jer se svaki sporazum između zaposlenika i poslodavca u tom smislu smatra ništavnim, nevažećim ili zabranjenim. Domaćim zakonodavstvom također je propisano da se radnik ne može odreći prava na godišnji odmor niti mu se to pravo može na bilo koji način uskratiti, niti mu se pak može izvršiti novčana naknada umjesto korištenja prava na godišnji odmor.“³⁰

Za ostvarivanje prava na godišnji odmor značajna je Konvencija MOR-a br. 132 - O plaćenom godišnjem odmoru (revidirana 1970. godine). Odredbe ove Konvencije sprovode se u život preko nacionalnih zakona i propisa, ukoliko se ne primjenjuju putem kolektivnih ugovora, arbitražnih odluka, sudskih rješenja, službenih tijela za određivanje zarada, ili na drugi način, u skladu sa praksom te zemlje koja odgovara prilikama u njoj.³¹

Ova se Konvencija primjenjuje na sve zaposlene osobe, osim na pomorce.

24 Član 78. st. 1. Zakona o radu RS.

25 Član 78. st. 2. Zakona o radu RS.

26 Član 78. st. 3. Zakona o radu RS.

27 Član 78. st. 4. Zakona o radu RS.

28 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 273.

29 Ibid.

30 Žepić B., op.cit., str. 184-185.

31 Član 1. Konvencije.

Ukoliko je potrebno, nadležne vlasti ili odgovarajuća tijela u zemlji mogu, poslije savjetovanja sa zainteresiranim organizacijama poslodavaca i radnika, tamo gdje one postoje, poduzeti mjere da se iz primjene ove konvencije izuzmu one ograničene kategorije zaposlenih osoba kod kojih se, u vezi sa primjenom ili sa zakonodavnim ili ustavnim pitanjima, javljaju posebni problemi esencijalnog karaktera. Svaka članica koja ratificira ovu Konvenciju, treba u svom prvom izvješću o primjeni Konvencije, koji se podnosi na osnovu člana 22. Statuta Međunarodne organizacije rada, navesti sve kategorije koje su eventualno izdvojene, prema tački 2. ovog člana, uz obrazloženje tog izdvajanja, i da u narednim izvješćima izloži stav svog zakonodavstva i prakse u pogledu izdvojenih kategorija i u kojoj se mjeri primjenjuje ili se predlaže da se primjenjuje Konvencija na te kategorije.³²

Svaka osoba na koju se primjenjuje ova Konvencija ima pravo na plaćeni godišnji odmor u određenom minimalnom trajanju. Svaka članica koja ratificira ovu Konvenciju utvrđuje tačnu dužinu odmora, u jednoj izjavi koju priključuje uz ratifikaciju. Odmor ni u kom slučaju ne smije biti kraći od tri radne sedmice za godinu dana službe. Svaka članica koja je ratificirala ovu Konvenciju može kasnije, u jednoj drugoj izjavi, obavijestiti generalnog direktora Međunarodnog ureda rada da određuje duži odmor od onog koji je utvrđen u vrijeme ratifikacije.³³

Osoba čiji je radni staž u jednoj godini manji od onog koji je potreban za sticanje prava na puni odmor predviđen u prethodnom članu, imat će za tu godinu pravo na plaćeni odmor u razmjeru s dužinom radnog staža te godine.³⁴

Za sticanje prava na plaćeni godišnji odmor može se zahtijevati minimalni radni staž. Dužinu tog staža utvrđuju nadležne vlasti ili odgovarajuća tijela u dotičnoj zemlji, ali ona ne treba prijeći šest mjeseci. Način na koji se izračunava dužina staža radi sticanja prava na godišnji odmor određuju nadležne vlasti ili odgovarajući organi u zemlji. Pod uslovima koje odrede službene vlasti ili odgovarajući organi u zemlji, odsustvo s posla iz razloga koji su izvan kontrole dotične zaposlene osobe, kao što su bolest, povreda ili majčinstvo, računaju se u dio radnog staža.³⁵

Službeni i uobičajeni praznici, bez obzira padaju li u vrijeme godišnjeg odmora ili ne, ne računaju se u minimalni plaćeni godišnji odmor propisan u članu 3. tačka 3. Pod uslovima koje odrede nadležne vlasti ili odgovarajući organi u zemlji, vrijeme nesposobnosti za rad uslijed bolesti ili povrede ne može se računati u dio minimalnog plaćenog godišnjeg odmora predviđenog u članu 3. tačke 3.³⁶

Svaka osoba koja koristi odmor predviđen ovom Konvencijom prima, za vrijeme cijelog odmora, najmanje svoju normalnu ili prosječnu plaću (računajući tu odgovarajuću novčanu vrijednost svakog dijela primanja u naturi koja ne predstavlja stalno davanje, bez obzira na to je li dotična osoba na odmoru ili ne),

32 Član 2. st. 1-3. Konvencije.

33 Član 3. st. 1-4. Konvencije.

34 Član 4. st. 1. Konvencije.

35 Član 5. st. 1-4. Konvencije.

36 Član 6. st. 1-2. Konvencije.

obračunatu na način koji odrede nadležne vlasti ili odgovarajuća tijela u zemlji. Iznosi koji pripadaju shodno tački 1. ovog člana isplaćuju se zainteresiranoj osobi prije odmora, ukoliko drukčije nije predviđeno sporazumom koji važi za njega i za poslodavca.³⁷

Korištenje plaćenog godišnjeg odmora u dijelovima mogu odobriti nadležne vlasti ili odgovarajuća tijela u zemlji. Jedan dio koristi se bez prekida najmanje dvije radne sedmice ukoliko drukčije nije predviđeno sporazumom koji vrijedi za poslodavca i za dotičnu zaposlenu osobu, i pod uslovom da prema dužini radnog staža dotična osoba ima pravo na toliko razdoblje odmora.³⁸

Neprekidni dio plaćenog godišnjeg odmora iz člana 8. tačke 2., daje se i koristi najkasnije u roku od godine dana, a ostatak plaćenog godišnjeg odmora najkasnije u roku od 18 mjeseci, računajući od kraja godine u kojoj je stečeno pravo na odmor. Svaki dio godišnjeg odmora koji prelazi navedeni minimum, može se odložiti za ograničeno razdoblje, uz pristanak zaposlene osobe, preko razdoblja preciziranog u stavu 1. ovog člana. Minimum i ograničeno razdoblje iz tačke 2. ovog člana utvrđuje nadležno tijelo poslije konzultacije sa zainteresiranim organizacijama poslodavca i radnika, ili se određuje kolektivnim ugovorom, ili na neki drugi način, shodno praksi koja odgovara uslovima u zemlji.³⁹

Ukoliko nije utvrđeno propisima, kolektivnim ugovorom, arbitražnom odlukom ili na neki drugi način, shodno praksi u toj zemlji, vrijeme korištenja odmora određuje poslodavac poslije konzultacije sa zainteresiranom zaposlenom osobom ili njenim predstavnicima. Prigodom utvrđivanja vremena korištenja odmora uzimaju se u obzir potrebe posla i mogućnosti za odmor i zabavu koje stoje na raspolaganju zaposlenoj osobi.⁴⁰

Zaposlena osoba koja napuni minimalni radni staž koji udovoljava zahtjevima iz člana 5. tačke 1. ove konvencije, dobiva, po prestanku zaposlenja, plaćeni odmor u razmjeru sa dužinom radnog staža za koji nije dobiven takav odmor ili naknada umjesto njega, ili protuvrijednost u formi kredita za odmor.⁴¹

Svaki sporazum o odricanju od prava na minimalni plaćeni godišnji odmor propisan u članu 8. tačke 3., ili odustajanje od odmora radi novčane naknade ili nečeg drugog, bit će, u skladu s uslovima koji vrijede u toj zemlji, ništavni i nevažeći ili zabranjeni.⁴²

Nadležne vlasti ili odgovarajuća tijela svake zemlje mogu donijeti posebne propise za slučajeve kada zaposlena osoba, za vrijeme svog odmora, poduzme uz nagradu posao koji se kosi sa svrhom odmora.⁴³

Odgovarajućom inspekcijom ili na neki drugi način, treba poduzeti

37 Član 7. st. 1-2. Konvencije.

38 Član 8. st.1-2. Konvencije.

39 Član 9. st. 1-2. Konvencije.

40 Član 10. st. 1-2. Konvencije.

41 Član 11. Konvencije.

42 Član 12. Konvencije.

43 Član 13. Konvencije.

djelotvorne mjere u skladu sa načinom na koji se sprovode odredbe ove konvencije, kako bi se osigurala pravilna primjena i poštovanje propisa ili odredaba o plaćenom odmoru.⁴⁴

Svaka članica može prihvatiti obveze iz ove Konvencije odvojeno: (a) za osobe zaposlene u svim privrednim granama osim u poljoprivredi; (b) za osobe zaposlene u poljoprivredi. Svaka članica treba u svojoj ratifikaciji precizirati prihvaća li obaveze Konvencije za osobe obuhvaćene pod tačkom (a) tačke 1. ovog člana, za osobe obuhvaćene pod tačkom (b) tačke 1. ovog člana, ili za jedne i za druge. Svaka članica koja je prilikom ratifikacije prihvatila obaveze iz ove Konvencije samo za osobe obuhvaćene pod tačkom (a) tačke 1. ovog člana, ili osobe obuhvaćene pod tačkom (b) tačke 1. ovog člana, može naknadno obavijestiti generalnog direktora Međunarodnog ureda rada da prihvaća obaveze iz Konvencije za sve osobe na koje se odnosi ova Konvencija.⁴⁵

Ovom Konvencijom se revidiraju Konvencija o plaćenom odmoru iz 1936. godine i Konvencija o plaćenom odmoru (poljoprivreda) iz 1952. godine, pod sljedećim uslovima: (a) ako članica koja je potpisnik Konvencije o plaćenom odmoru iz 1936. godine prihvati obaveze iz ove Konvencije, u pogledu osoba zaposlenih u svim privrednim sektorima osim poljoprivrede, to ipso iure povlači neposredno otkazivanje te konvencije; (b) ako članica koja je potpisnica Konvencije o plaćenom odmoru (poljoprivreda) iz 1952. godine prihvati obaveze iz ove konvencije u pogledu osoba zaposlenih u poljoprivredi, to ipso iure povlači neposredno otkazivanje te konvencije; (c) stupanjem na snagu ove Konvencije i dalje ostaje otvorena za ratifikaciju članicama Konvencija o plaćenom odmoru (poljoprivreda) iz 1952. godine.⁴⁶

Formalne ratifikacije ove konvencije priopćavaju se generalnom direktoru Međunarodnog ureda rada koji ih registrira.⁴⁷

Ova Konvencija obavezuje samo članice Međunarodne organizacije rada čiju ratifikaciju registrira generalni direktor. Ova Konvencija stupa na snagu dvanaest mjeseci od datuma kada su kod glavnog direktora registrirane ratifikacije dviju članica. Za svaku članicu ova Konvencija stupa na snagu dvanaest mjeseci poslije dana kada je registrirana njena ratifikacija.⁴⁸

Članica koja je ratificirala ovu Konvenciju, može je otkazati po isteku razdoblja od deset godina od datuma kada je Konvencija stupila na snagu, putem akta uručenog generalnom direktoru Međunarodnog ureda rada radi registracije. Takav otkaz proizvodi pravni učinak godinu dana od datuma kada je registriran. Svaka članica koja je ratificirala ovu Konvenciju i koja, u roku od godinu dana po isteku razdoblja od deset godina iz prethodnog stava, ne otkaže Konvenciju prema odredbi ovog člana, bit će obavezna za naredno razdoblje od deset godina,

44 Član 14. Konvencije.

45 Član 15. st. 1-3. Konvencije.

46 Član 16. Konvencije.

47 Član 17. Konvencije.

48 Član 18. st. 1-3. Konvencije.

a nakon toga može otkazati ovu Konvenciju po isteku svakog novog razdoblja od deset godina, prema uslovima predviđenim ovim članom.⁴⁹

Generalni direktor Međunarodnog ureda rada ratificira svim članicama Međunarodne organizacije rada registriranje svih ratifikacija i otkazivanja koje su mu dostavile članice Organizacije. Notificirajući članicama Organizacije registriranje druge priopćene mu ratifikacije, generalni direktor će upozoriti članice Organizacije na datum kojim ova Konvencija stupa na snagu.⁵⁰

Generalni direktor Međunarodnog ureda rada dostavlja generalnom sekretaru Ujedinjenih naroda, u cilju registriranja, shodno članu 102. Povelje Ujedinjenih naroda, potpune podatke o svim ratifikacijama i o svim otkazivanjima koja je registrirao u skladu sa prethodnim članovima.⁵¹

Kada to smatra potrebnim, Upravno vijeće Međunarodnog ureda rada podnosi Općoj skupštini izvješće o primjeni ove Konvencije i razmatra potrebu uvrštavanja pitanja njene potpune ili djelomične revizije na dnevni red Skupštine.⁵²

Ako Skupština usvoji novu konvenciju kojom bi se, ova Konvencija revidirala u potpunosti ili djelomično, i ukoliko nova Konvencija ne predviđa drukčije: (a) ratifikacija od strane jedne članice nove konvencije o reviziji povlači punopravno i, uprkos članu 19., neposredno otkazivanje ove Konvencije, pod rezervom da je nova Konvencija stupila na snagu; (b) počevši od dana stupanja na snagu nove konvencije o reviziji, ova Konvencija prestaje biti otvorena za ratifikaciju članica. Ova Konvencija, u svakom slučaju, ostaje na snazi u sadašnjem obliku i sadržaju za one članice koje su je ratificirale, a nisu ratificirale ratificiranu konvenciju o reviziji.⁵³

Radnik ima pravo na godišnji odmor u skladu sa zakonom o radu.⁵⁴ Radnik koji prvi put zasniva radni odnos ili ima prekid radnog odnosa duži od 30 radnih dana stiče pravo na korišćenje godišnjeg odmora poslije šest mjeseci neprekidnog rada kod poslodavca.⁵⁵ Pod neprekidnim radom smatra se i vrijeme privremene spriječenosti za rad u smislu propisa o zdravstvenom osiguranju i odsustva sa rada uz naknadu plate.⁵⁶ Radnik ne može da se odrekne prava na godišnji odmor, niti mu se to pravo može uskratiti.⁵⁷

U svakoj kalendarskoj godini radnik ima pravo na godišnji odmor u trajanju utvrđenim opštim aktom i ugovorom o radu, najmanje četiri radne sedmice, odnosno najmanje 20 radnih dana.⁵⁸ Godišnji odmor uvećava se po osnovu radnog

49 Član 19. st. 1-2. Konvencije.

50 Član 20. st. 1-2. Konvencije.

51 Član 21. Konvencije.

52 Član 22. Konvencije.

53 Član 23. st. 1-2. Konvencije.

54 Član 79. st. 1. Zakona o radu RS.

55 Član 79. st. 2. Zakona o radu RS.

56 Član 79. st. 3. Zakona o radu RS.

57 Član 79. st. 4. Zakona o radu RS.

58 Član 80. st. 1. Zakona o radu RS.

staža i drugim osnovama u skladu sa kolektivnim ugovorom.⁵⁹ Radnik koji radi na poslovima sa posebnim uslovima rada iz člana 59. stav 1. ovog zakona, ima pravo na godišnji odmor najmanje u trajanju od 30 radnih dana, koji se uvećava u skladu sa stavom 2. ovog člana.⁶⁰

Radnik ima pravo na jedan dan odmora za svaki mjesec dana rada u kalendarskoj godini:

1) ako u kalendarskoj godini u kojoj prvi put zasniva radni odnos nema šest mjeseci neprekidnog rada i

2) ako u kalendarskoj godini nije stekao pravo na godišnji odmor zbog prekida rada u smislu člana 79. stav 2. ovog zakona.⁶¹

U godišnji odmor se ne uračunavaju periodi korišćenja odsustvovanja s rada po drugim osnovama, pa se za to vrijeme korišćenje godišnjeg odmora prekida.⁶² U slučaju prekida korišćenja godišnjeg odmora u smislu stava 1. ovog člana, radnik, u sporazumu sa poslodavcem, koristi preostali dio godišnjeg odmora.⁶³

Pri utvrđivanju dužine godišnjeg odmora radna sedmica računa se kao pet radnih dana.⁶⁴ Praznici koji su neradni dani u skladu sa zakonom, odsustvo sa rada uz naknadu plate i privremena spriječenost za rad u skladu sa propisima o zdravstvenom osiguranju, ne uračunavaju se u dane godišnjeg odmora.⁶⁵ Ako je radnik za vrijeme korišćenja godišnjeg odmora privremeno spriječen za rad u smislu propisa o zdravstvenom osiguranju, ima pravo da po isteku te spriječenosti za rad, nastavi sa korišćenjem godišnjeg odmora.⁶⁶

Radnik, u pravilu, koristi godišnji odmor bez prekida, ali, na zahtjev radnika, a uz saglasnost poslodavca, godišnji odmor može se koristiti u dva ili više dijelova.⁶⁷ Ako radnik koristi godišnji odmor u dijelovima, prvi dio koristi najmanje u trajanju od dvije radne sedmice u toku kalendarske godine, a drugi dio najkasnije do 30. juna naredne kalendarske godine.⁶⁸ Radnik koji nije u cijelosti iskoristio godišnji odmor u tekućoj kalendarskoj godini zbog odsutnosti sa rada sa naknadom, ima pravo da preostali dio godišnjeg odmora iskoristi najkasnije do 30. juna naredne godine.⁶⁹

Raspored korišćenja godišnjeg odmora utvrđuje poslodavac, uz obavezu da radnike blagovremeno, a najkasnije do 30. juna, pisanim putem obavijesti o istom, s tim što radnik može tražiti korišćenje godišnjeg odmora u smislu člana 84. stav

59 Član 80. st. 2. Zakona o radu RS.

60 Član 80. st. 3. Zakona o radu RS.

61 Član 81. Zakona o radu RS.

62 Član 82. st. 1. Zakona o radu RS.

63 Član 82. st. 2. Zakona o radu RS.

64 Član 83. st. 1. Zakona o radu RS.

65 Član 83. st. 2. Zakona o radu RS.

66 Član 83. st. 3. Zakona o radu RS.

67 Član 84. st. 1. Zakona o radu RS.

68 Član 84. st. 2. Zakona o radu RS.

69 Član 84. st. 3. Zakona o radu RS.

1.⁷⁰ Prema potrebi, poslodavac može od savjeta radnika ili sindikata zatražiti da daju svoje prijedloge ili mišljenja o rasporedu korišćenja godišnjih odmora.⁷¹ Opštim aktom i ugovorom o radu može se bliže urediti način korišćenja godišnjeg odmora.⁷²

Radnici koji rade na poslovima nastave u obrazovnim ustanovama, koriste godišnji odmor za vrijeme školskih raspusta.⁷³ Dužina i raspored korišćenja godišnjeg odmora radnika iz stava 1. ovog člana uređuje se posebnim zakonom.⁷⁴

Radnik za vrijeme korišćenja godišnjeg odmora ima pravo na naknadu plate u visini pune plate, kao da je za to vrijeme bio na radu.⁷⁵ Radnik ostvaruje pravo na regres za korišćenje godišnjeg odmora, u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom.⁷⁶

Radnik kojem prestane radni odnos radi prelaska na rad kod drugog poslodavca, za tu kalendarsku godinu koristi godišnji odmor kod poslodavca kod kojeg je stekao pravo i to prije prestanka radnog odnosa.⁷⁷ Radniku kojem prestaje radni odnos zbog ispunjavanja uslova za odlazak u starosnu penziju i radniku kojem prestaje radni odnos na određeno vrijeme, poslodavac je dužan da obezbijedi korišćenje godišnjeg odmora prije prestanka radnog odnosa, odnosno sticanja uslova za starosnu penziju.⁷⁸ Ako radnik iz st. 1. i 2. ovog člana krivicom poslodavca, u cijelosti ili djelimično, ne iskoristi godišnji odmor, ima pravo na naknadu štete u visini prosječne plate radnika ostvarene u prethodna tri mjeseca, srazmjerno dužini neiskorišćenog godišnjeg odmora.⁷⁹

3. Pojam i vrste odsustava

Odredbe o odsustvu u Zakonu o radu RS sadržane su u članovima 89-92.

„Radnopravni institut odsustva (dopusta) svodi se na situaciju u kojoj je zaposlenik „oslobođen“, kraće ili duže vrijeme, od obaveze da obavlja poslove i zadatke svoga radnog mjesta na koje je raspoređen, odnosno to je ono vremensko razdoblje u kojem je zaposlenik oslobođen obaveze da radi. Drugim riječima, pojam odsustva se svodi na dva značenja:

1. na apstraktnu mogućnost korišćenja dopusta, koja je u vezi sa statusom zaposlenika i
2. na subjektivno pravo zaposlenika.

70 Član 85. st. 1. Zakona o radu RS.

71 Član 85. st. 2. Zakona o radu RS.

72 Član 85. st. 3. Zakona o radu RS.

73 Član 86. st. 1. Zakona o radu RS.

74 Član 86. st. 2. Zakona o radu RS.

75 Član 87. st. 1. Zakona o radu RS.

76 Član 87. st. 1. Zakona o radu RS.

77 Član 88. st. 1. Zakona o radu RS.

78 Član 88. st. 1. Zakona o radu RS.

79 Član 88. st. 3. Zakona o radu RS.

Osnovna razlika između odsustva i odmora svodi se na činjenicu što kod odsustva prevladavaju privatna stanja, poslovi i interesi, koji kao takvi ovise o volji i ponašanju zaposlenika, odnosno o njegovom zahtjevu da koristi apstraktnu mogućnost odsustva i time konstituira subjektivno pravo.⁸⁰

3.1. Plaćeno odsustvo

„Pravo na odsustvo uz naknadu plaće, dakle pravo na odsustvo koje se ima smatrati vremenom provedenim na radu, pripada zaposleniku u određenim situacijama koje su pravne i objektivne prirode.“⁸¹

Radnik ima pravo da uz naknadu plate odsustvuje s posla u sljedećim slučajevima: stupanja u brak, rođenja djeteta, dobrovoljnog davanja krvi, teže bolesti ili smrti člana porodice i u drugim slučajevima određenim opštim aktom i ugovorom o radu.⁸² Plaćeno odsustvo iz stava 1. ovog člana ne može biti duže od pet radnih dana u toku jedne kalendarske godine, osim u slučaju smrti člana porodice, ukoliko se zakonom, opštim aktom ili ugovorom o radu ne odredi drugačije.⁸³ Radnik, u slučaju potrebe, može u toku kalendarske godine koristiti plaćeno odsustvo po više osnova.⁸⁴ Poslodavac može, na zahtjev radnika, odobriti plaćeno odsustvo duže od pet radnih dana u toku kalendarske godine u opravdanim slučajevima.⁸⁵ Uz zahtjev za korišćenje plaćenog odsustva po svim osnovima, potrebno je priložiti odgovarajući dokaz o postojanju slučaja za koji se traži plaćeno odsustvo.⁸⁶ Članom porodice, u smislu stava 1. ovog člana, smatraju se bračni i vanbračni supružnici, njihova djeca (bračna, vanbračna i usvojena), pastorčad, djeca uzeta pod starateljstvo i druga djeca bez roditelja uzeta na izdržavanje, majka, otac, očuh, maćeha, usvojilac, a djed i baba po majci i po ocu, braća i sestre, ako žive u zajedničkom domaćinstvu.⁸⁷

U slučaju da je radnik zbog više sile ili havarije na mašinama ili drugim sredstvima rada, spriječen da izvršava svoje obaveze iz ugovora o radu, ima pravo na plaćeno odsustvo za koje vrijeme ostvaruje naknadu plate u visini od 50% plate koju bi ostvario da je radio.⁸⁸ Opštim aktima se mogu bliže urediti uslovi i način ostvarivanja prava iz stava 1. ovog člana.⁸⁹

Poslodavac, uz konsultacije sa sindikatom, odnosno savjetom radnika, ako sindikat nije organizovan kod poslodavca, može radnika uputiti na plaćeno odsustvo (čekanje) u slučaju neplaniranog privremenog smanjenja obima poslova

80 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 275.

81 Ibid., str. 276.

82 Član 89. st. 1. Zakona o radu RS.

83 Član 89. st. 2. Zakona o radu RS.

84 Član 89. st. 3. Zakona o radu RS.

85 Član 89. st. 4. Zakona o radu RS.

86 Član 89. st. 5. Zakona o radu RS.

87 Član 89. st. 6. Zakona o radu RS.

88 Član 90. st. 1. Zakona o radu RS.

89 Član 90. st. 2. Zakona o radu RS.

kod poslodavca, kao i razloga ekonomsko-finansijske ili tehničko-tehnološke prirode.⁹⁰ Za vrijeme trajanja odsustva iz stava 1. ovog člana radnici ostvaruju pravo na naknadu plate u visini od najmanje 50% prosječne plate radnika ostvarene u prethodna tri mjeseca.⁹¹ Način upućivanja radnika, dužina trajanja, međusobna prava i obaveze radnika i druga pitanja vezana za bliže uređenje odsustva iz stava 1. ovog člana uređuju se kolektivnim ugovorom.⁹²

3.2. Neplaćeno odsustvo

„Drugi oblik odsustva je odsustvo bez naknade plaće, koji predstavlja situaciju u kojoj dolazi, po pravilu, do kraćeg prekida rada zbog subjektivnih razloga. Kao takvo, ovo odsustvo ima za posljedicu mirovanje svih prava i obaveza iz radnog odnosa, odnosno odsustvovanje sa rada u ovoj sferi ne predstavlja pravo zaposlenika, ali na zahtjev zaposlenika poslodavac može odobriti i ovakvo odsustvo. Dakle, neplaćeno odsustvo je samo mogućnost, a ne pravo, jer je izričito predviđeno da poslodavac može zaposleniku odobriti odsustvo sa rada bez naknade plaće (neplaćeno odsustvo) na njegov zahtjev.“⁹³

Izuzetak od toga da poslodavac može, ali i ne mora odobriti neplaćeno odsustvo su odredbe o neplaćenom odsustvu radi zadovoljavanja vjerskih, odnosno nacionalno-tradicijskih potreba radnika. U tom slučaju poslodavac je obavezan da radniku odobri odsustvo u ovoj situaciji.

Poslodavac je dužan da radniku, na njegov zahtjev, odobri odsustvo s rada do tri dana u toku kalendarske godine radi zadovoljavanja njegovih vjerskih, odnosno nacionalno-tradicijskih potreba, bez prava na naknadu plate, ukoliko posebnim zakonom nije drugačije određeno.⁹⁴ Poslodavac može radniku, na njegov pisani zahtjev odobriti neplaćeno odsustvo i u drugim slučajevima.⁹⁵ Za vrijeme neplaćenog odsustva prava i obaveze radnika po osnovu rada miruju.⁹⁶

4. Mirovanje prava iz radnog odnosa

„Mirovanje radnog odnosa predstavlja specifičnu situaciju, koja traje jedno izvjesno kraće ili duže vrijeme u kojem radnik ne radi, ali mu radni odnos ne prestaje.“⁹⁷

„Za vrijeme mirovanja radnog odnosa radnik ne ostvaruje prava i obaveze na radu i u vezi sa radom. Prava i obaveze miruju. Mirovanje radnog odnosa nastupa kada radnik nije u mogućnosti da radi iz određenih razloga.“⁹⁸

90 Član 91. st. 1. Zakona o radu RS.

91 Član 91. st. 2. Zakona o radu RS.

92 Član 91. st. 3. Zakona o radu RS.

93 Dedić S., Gradašćević-Sijerčić J., op.cit., str. 277.

94 Član 92. st. 1. Zakona o radu RS.

95 Član 92. st. 2. Zakona o radu RS.

96 Član 92. st. 3. Zakona o radu RS.

97 Sinanović Faruk, *Radno pravo*, OFF-SET Štamparija, Tuzla, 2016., str. 224.

98 Ibid.

Radniku koji je zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme, prava i obaveze iz radnog odnosa miruju za vrijeme obavljanja javne funkcije.⁹⁹ Radni odnos miruje i bračnom supružniku radnika koji je upućen na rad u inostranstvo u okviru međunarodno-tehničke saradnje ili prosvjetno-kulturne saradnje, u diplomatska, konzularna i druga predstavništva, za vrijeme dok takav rad traje.¹⁰⁰ Radniku koji je zasnovao radni odnos

na neodređeno vrijeme, prava i obaveze iz radnog odnosa miruju za vrijeme izdržavanja kazne zatvora, odnosno izrečene mjere bezbjednosti, vaspitne ili zaštitne mjere u trajanju do šest mjeseci.¹⁰¹

Javnom funkcijom u smislu člana 93. stav 1. Zakona smatra se reizborna funkcija na koju je radnik neposredno izabran od građana ili na koju je imenovan ili postavljen od nadležnog organa Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, grada ili opštine, ako tu funkciju obavlja profesionalno i za nju ostvaruje platu.¹⁰²

Radnik kome su prava i obaveze iz radnog odnosa mirovale po osnovu člana 93. zakona, dužan je da se u roku od pet dana od dana prestanka mirovanja vrati na rad kod poslodavca, na svoj raniji ili drugi odgovarajući posao.¹⁰³ Mirovanje prava i obaveza po osnovu vršenja reizborne javne funkcije može trajati najduže dva mandata, nakon čega radnik može da se vrati na rad kod poslodavca na svoj raniji ili drugi odgovarajući posao.¹⁰⁴ Ako poslodavac zbog ekonomskih razloga, promijenjene organizacije i tehnologije rada i poslovanja, radnika iz stava 1. ovog člana ne može vratiti na raniji ili na drugi odgovarajući posao, radniku otkazuje ugovor o radu, sa pravom radnika na otpremninu, u skladu sa članom 194. ovog zakona.¹⁰⁵

5. Zaključak

Pravo na odmore jedno je od temeljnih prava radnika iz radnog odnosa. Odmorjeneophodanprekidrada, koji omogućava radnicima da obnove psihofizičku snagu, odnosno omogućava im osvježenje od kontinuirane uključenosti u proces rada, te ima svrhu da osigura radnicima ne samo psiho-fizički odmor, već i zadovoljavanje potreba socijalnog i kulturnog života. Korištenje odmora pomaže radnicima da kasnije pri povratku u proces rada budu produktivniji i efektivniji, što znači da odmor koristi i radnicima, ali i poslodavcima, s obzirom na pozitivne efekte koje ima na radnu sposobnost radnika. Među bitnim pitanjima iz radnog odnosa jeste i garantovanje pod određenim uslovima i korištenja odsustva, koje

99 Član 93. st. 1. Zakona o radu RS.

100 Član 93. st. 2. Zakona o radu RS.

101 Član 93. st. 3. Zakona o radu RS.

102 Član 94. Zakona o radu RS.

103 Član 95. st. 1. Zakona o radu RS.

104 Član 95. st. 2. Zakona o radu RS.

105 Član 95. st. 3. Zakona o radu RS.

može biti plaćeno i neplaćeno. Radnicima je važno da imaju mogućnost da traže odsustvo u situacijama primarno lične ili poslovne prirode, kao i u nekim drugim situacijama, bez da u tom slučaju koriste odmor, odnosno bez da to utiče na dužinu odmora na koji radnici imaju posebno pravo.

Pravo na odmore, s obzirom na važnost pitanja, regulisano je određenim međunarodnim pravnim aktima, a tu su najbitnije konvencije MOR-a, koje su na snazi i u BiH. Osim toga, utvrđeni su i evropski standardi rada, pri čemu se u okviru odredbi člana 2. Evropske socijalne povelje reguliraju i pitanja koja se tiču odmora i odsustva. Također, u pravu EU odmori su normirani određenim direktivama.

BiH je, s obzirom da je ratificirala odgovarajuće konvencije MOR-a iz ove oblasti, kao i određene odredbe revidirane Evropske socijalne povelje, te imajući u vidu put BiH ka EU i obavezu usklađivanja sa standardima rada EU, prihvatila navedene međunarodne i evropske standarde rada u svoje radno zakonodavstvo. S obzirom da je radno zakonodavstvo BiH u nadležnosti entiteta FBiH i RS, te BDBiH, to su i postojeći zakoni o radu na tim nivoima političko-teritorijalnog organiziranja usklađeni sa gore pomenutim standardima rada.

S tim u vezi, i novi Zakon o radu RS donesen krajem 2015. godine, usvaja navedene standarde rada, propisujući pravo na odmore i odsustva, trajanje i vrstu odmora i odsustva, kao i druga bitna pitanja za ostvarivanje ovih prava.

Zakon pravi razliku između različitih vrsta odmora, te razlikuje dnevni odmor u toku radnog vremena, dnevni odmor između dva uzastopna radna dana, sedmični i godišnji odmor. Pravo na odmore je lično, neotuđivo pravo, te se radnik ne može odreći prava na odmore, a korištenje istog se ne može kompenzirati novcem. Radnici imaju i pravo na odsustvo, koje može biti uz naknadu i bez naknade.

Literatura

1. Dedić Sead; Gradašćević-Sijerčić Jasminka, Radno pravo, drugo novelirano i prošireno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005.
2. Gradašćević-Sijerčić Jasminka, Komentar zakona o radu Federacije Bosne i Hercegovine, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, 2016. godine.
3. Sinanović Faruk, Radno pravo, OFF-SET Štamparija, Tuzla, 2016.
4. Žepić, Božo, Radno i Socijalno pravo, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Logos, Split, 2001. godine.
5. Zakon o radu Republike Srpske, „Službeni glasnik RS“, broj 1/2016.
6. Evropska socijalna povelja – revidirana.
7. Konvencija MOR-a br. 132 - O plaćenom godišnjem odmoru (revidirana 1970. godine).

EXERCISING THE RIGHT TO VACATION AND THE RIGHT TO LEAVE IN THE LABOUR LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

In this paper the author analyzes the concept and types of vacation and leave in the labor legislation of the Republic of Srpska. The analysis contains a theoretical and normative review of all important aspects of exercising the right of workers to vacation, as well as the right to leave - paid and not paid. The right to vacation is one of the most important rights of workers arising from the employment relationship. The right to leave, that can be paid and not paid, is also important for worker. Vacations and leaves are regulated in the same chapter of the Labor Law of the Republic of Srpska, where the issues of duration and type of vacation, thus conditions for exercising the right to vacation, as well as issues of exercising the right to leave and types of leaves. The issue of vacation is regulated by a number of international legal acts, where the most important conventions are the ones being adopted by the International Labor Organization (ILO). In addition, appropriate european labour standards on the right to vacation and leave which are contained in the European Social Charter have been identified, but also within the European Union the institut of vacation has been regulated by relevant directives. In this paper, besides the normative analysis of the right to vacations and leaves in the labor legislation of the Republic of Srpska, it has been provided the theoretical analysis of the term, purpose and types of vacations and leaves, as well as the overview and presentation of the most important ILO conventions in this field in force in BiH, as well as the provisions of the European Social Charter, and European union directives.

Keywords: vacations, types of vacations, daily break during working hours, daily break between two consecutive working days, weekly vacation, annual vacation, leave, paid leave, unpaid leave, ILO, ILO conventions, European Social Charter, EU directives.

PRIBLIŽAVANJEM EVROPSKOJ UNIJI DO IZGRADNJE SUVERENITETA BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Osnovni problem Bosne i Hercegovine danas predstavlja njen ograničeni suverenitet. Ograničenje suvereniteta se može pojaviti u tri različita oblika: kroz prisustvo međunarodnih staratelja, kroz nemogućnost ostvarivanja suverenih ovlasti i kroz nepriznavanje na međunarodnoj sceni. Prvi oblik ograničenja suvereniteta predstavlja ključ problema Bosne i Hercegovine u njenom procesu pridruživanja i integriranja u EU. Rezultatima istraživanja ovog članka ostvarivana je primarna misija istraživanja: afirmisati uspostavljanje potpunog suvereniteta Bosne i Hercegovine na putu ka udruženom suverenitetu u EU. U članku su detaljno izložena najvažnija obilježja o suverenitetu, suverenitetu i Evropskoj uniji, suverenitetu Bosne i Hercegovine i Evropskoj uniji, te su predloženi principi kako ispunjavanjem standarda i normi EU doći do punog suvereniteta i ostvarenja nacionalnih interesa BiH. U toku pisanja ovog članka, posebna pažnja je posvećena suverenitetu EU, kao i suverenitetu Bosne i Hercegovine. Predstavljen je reprezentativni primjer zakonodavne nadležnosti EU, te su navedene mjere koje će doprinijeti punom suverenitetu i ostvarenju nacionalnih ciljeva Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: suverenitet, Evropska unija, Bosna i Hercegovina, politika, nadležnost, država.

1. Uvod

Jednu od najkontroverznijih ideja u političkim naukama predstavlja koncept suvereniteta. Evropska unija, kao fenomen, pokazala je da države mogu zajedno formirati jednu zajednicu u pogledu zajedničkih propisa, valute, sigurnosti i drugih oblasti koje su uobičajeno pod kontrolom nacionalne države. Zbog svoje važnosti, kao i uloge u budućnosti, proučavanje problema i fenomena suvereniteta predstavlja neiscrpan izvor istraživanja. Prema tome, zadatak ovog članka je da istraži aktualne probleme i fenomene o suverenitetu EU, ali i suvereniteta Bosne i Hercegovine u procesu pridruživanja EU. U skladu s postavljenom problematikom, postavljena je temeljna hipoteza: Potpuni suverenitet Bosne i Hercegovine predstavlja temelj pridruživanja Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji.

Rezultati istraživanja ovog članka imaju cilj da doprinesu spoznaji za potrebom potpunog suvereniteta Bosne i Hercegovine, odnosno, da daju doprinos

uspostavljanju potpunog suvereniteta Bosne i Hercegovine na putu ka udruženom suverenitetu u EU.

2. Definisanje, tipovi i nosioci suvereniteta

Suverenitet u političkoj teoriji predstavlja vrhunski nadzor ili autoritet u procesu donošenja odluka države i održavanja reda. Koncept suvereniteta predstavlja jednu od najkontroverznijih ideja u političkim naukama, a međunarodno pravo je usko vezano sa konceptima države i vlade, kao i sa konceptima nezavisnosti i demokratije. Pojam *suverenitet* vodi porijeklo iz latinskog izraza *superamus*, a posredstvom francuskog termina *souveraineté* je prvobitno trebao predstavljati ekvivalent za vrhovnu vlast, ali je u praksi često odstupao od ovog tradicionalnog značenja. Predstavlja mogućnost nezavisne vlasti nad geografskim područjem (teritorijem), predstavlja moć vladanja i donošenja zakona, koja počiva na političkim činjenicama za koje se ne može osigurati čista pravna definicija.¹

U teorijskom i historijskom smislu, ideja *suvereniteta*, od Sokrata do Thomasa Hobbesa, uvijek je nužno predstavljala moralni imperativ za entitete koji ga ostvaruju. Historijski posmatrano, ideja suverene države je uvijek povezivana s njenom sposobnošću da garantuje najbolje interese svojih građana, pa tako, ako država ne može djelovati u najboljem interesu svojih građana, ne može se ni shvatiti kao suverena država.² O konceptu suvereniteta se raspravljalo kroz historiju, od vremena prije zapisane historije do danas. Mijenjao je definiciju, koncept, primjenu, i to posebno u doba prosvjetiteljstva. Danas, pojam suvereniteta podrazumijeva četiri aspekta: teritorij, stanovništvo, autoritet i priznanje.³

Prema Stephenu D. Krasneru, suverenitet bi se mogao shvatiti na četiri različita načina:

- domaći suverenitet – stvarnu kontrolu nad državom vrše organi organizovani u okviru države,
- međuzavisni suverenitet – stvarna kontrola kretanja preko granice države, pod pretpostavkom da granica postoji,
- međunarodni pravni suverenitet – formalno priznanje od strane drugih suverenih država,
- *Westphalian* suverenitet – nedostatak autoriteta organa nad državom od strane domaćih organa (primjeri takvih drugih organa mogu biti strane crkve, strane političke organizacije ili neke druge vanjske agencije).⁴

1 Encyclopedia Britannica - Sovereignty: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/557065/sovereignty>, (29.04.2014)

2 Bateman, C.G.: "Nicaea and Sovereignty: Constantine's Council of Nicaea as an Important Crossroad in the Development of European State Sovereignty", University of British Columbia, 2011., pp. 54–91.

3 Biersteker, T., Weber, C.: "State Sovereignty as Social Construct" *Cambridge Studies in International Relations*, 46., 1996., pp. 1-21.

4 Krasner, Stephen D.: *Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities*, Columbia University Press, New York, 2001., pp. 6–12.

Iako se često ova četiri aspekta pojavljuju zajedno, to nije uvijek obavezno jer ne utječu jedan na drugog. Pored toga, kroz historiju postoje primjeri država koje nisu imale jedan aspekt suvereniteta, ali su u isto vrijeme imale druga tri aspekta.⁵ Prema Immanuelu Wallersteinu, da bi suverenitet imao svoje značenje mora sadržavati temeljnu tvrdnju suvereniteta, a to je da mora biti prepoznat od drugih. Suverenitet je prvenstveno pitanje legitimитета koje zahtijeva uzajamno priznavanje. Hipotetički posmatrano, suverenitet je trgovina u kojoj dvije potencijalno konfliktne strane, poštujući *de facto* realnost moći, razmjenjuju priznanja kao svoju najjeftiniju strategiju.⁶

Apsolutnost predstavlja veoma važan faktor suvereniteta. Da bi suverena vlast imala apsolutnu suverenost ne smije biti ograničena ustavom, zakonima ili običajima, te nema oblasti prava ili politike koji su van kontrole te vlasti. Različiti su faktori koji bi mogli ograničiti suverenitet, a među njima su međunarodno pravo, politike i postupci susjednih država, saradnja i poštivanje stanovništva, sredstva izvršenja, kao i sredstva za donošenje politike.

Pravno posmatrano, ključni element suvereniteta predstavlja isključivu nadležnost. Konkretno, stepen do kojeg odluke donesene od strane suverenog entiteta mogu biti u suprotnosti sa drugim autoritetom. Međunarodno pravo, konkurentne grane vlasti i vlast rezervisana za podređeni entitet (federalne države ili republike) predstavljaju legalno kršenje ekskluzivnosti. Društvene institucije, kao što su vjerski organi, korporacije i političke stranke, mogu predstavljati *de facto* povrede ekskluzivnosti.

De jure, ili pravni suverenitet, se odnosi na izraženo i institucionalno priznato pravo da vrši kontrolu nad teritorijem. *De facto*, ili stvarni suverenitet, se brine postoji li stvarna kontrola, pa je tako saradnja i poštivanje stanovništva, i kontrola resursa prerasla u sredstvo izvršenja i sigurnosti i predstavlja sposobnost obavljanja različitih funkcija države. Sve ovo predstavlja mjere *de facto* suvereniteta. Kada je kontrola dominantna, funkcija vojske ili policije, to se smatra prisilnim suverenitetom.

Državni suverenitet se ponekad posmatra kao sinonim za nezavisnost, međutim, suverenitet se može prenijeti kao zakonsko pravo, dok nezavisnost ne može, pa tako država može ostvariti *de facto* nezavisnost dugo nakon stjecanja suvereniteta (slučaj Kambodže, Laosa i Vijetnama), ali isto tako država može privremeno izgubiti svoju nezavisnost zadržavajući svoj pravni suverenitet, kao u slučaju ilegalnog priključenja baltičkih država Sovjetskom Savezu između 1940. i 1991.⁷

5 Ibid.

6 Wallerstein, I.: *World-Systems Analysis: An Introduction*, Duke University Press, Durham, 2004., p. 44.

7 Talmon, S.: *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford Monographs in International Law Series, Oxford University Press, 1998., p. 50.

Interni suverenitet predstavlja odnos između suverene moći i vlastitih subjekata, a centralno pitanje predstavlja legitimitet, tj. pitanje: „S kojim pravom vlada prakticira vlast?“. Prema tome, potraživanje se može odnositi na božansko pravo kraljeva ili društveni ugovor, tj. narodni suverenitet. Dok suverenitet predstavlja održavanje vrhovne, nezavisne vlasti, nad regionom ili državom, interni suverenitet se odnosi na unutrašnje poslove i lokaciju vrhovne vlasti unutar države.⁸ Država, koja ima interni suverenitet, ima vladu koju je narod izabrao i ima legitimitet naroda. Interni suverenitet analizira unutrašnje odnose države, kao i unutrašnje funkcionisanje države. Za održavanje reda i mira u državi veoma je važno da postoji interni suverenitet.

U modernim se državnim sistemima obično pronalazi interni suverenitet u državama koje imaju javni suverenitet, a rjeđe se pronalaze države pod kontrolom internog suvereniteta. Oblik vlasti koji je malo drugačiji od oba ova sistema je parlamentarni sistem Velike Britanije. Za razliku od Velike Britanije, javni suverenitet ima puno više zajedničkog sa SAD, Kanadom, Australijom i Indijom, gdje je vlada podijeljena na različite nivoe.⁹

Eksterni suverenitet se odnosi na relacije između jedne suverene vlasti i drugih država, a povezan je s pitanjima međunarodnog prava kao što su: kada je intervencija jedne zemlje dopustiva na drugoj teritoriji? Nakon tridesetogodišnjeg rata, europskog religijskog konflikta, u koji je bio uključen veći dio kontinenta, 1648. godine je uspostavljen Westphalski mir. Ovaj mir je uspostavio pojam teritorijalnog suvereniteta kao normu za nemiješanje u poslove drugih naroda.

Baš kao što ured šefa države može biti povjeren većem broju osoba unutar države, tako se i suverena nadležnost nad jednim političkim teritorijem može dijeliti zajednički na dva ili više centra moći, što predstavlja zajednički suverenitet. Pored toga, članice međunarodnih organizacija mogu dobrovoljno da vežu same sebe ugovorom za nadnacionalne organizacije, kao što je kontinentalna unija, a što se u slučaju država članica Evropske unije zove „udruženi suverenitet“.¹⁰

Zajednica ljudi, koji traže pravo na samoopredjeljenje na osnovu zajedničke nacionalnosti, historije i kulture, može tražiti da se uspostavi suverenitet regije, stvarajući nacionalne države. Ovakve nacije se češće priznaju kao autonomna područja, nego kao potpuno suverene, samostalne države.

U federalnom sistemu vlasti, suverenitet se odnosi na ovlasti koje država ili republika posjeduje nezavisno od nacionalne vlade, dok u konfederacijskoj konstituciji entiteti zadržavaju pravo da se povuku iz nacionalnog tijela.

Prema tome, ko su nosioci suvereniteta u savremenim državama? Kao jedan od važnih koncepata suvereniteta, nosilac suvereniteta posjeduje autoritet, a to znači da osoba ili entitet ne samo da raspolažu pravom prisile vlasti, nego i

8 Heywood, A.: *Political Theory: An Introduction*, Third Edition, MacMillan, Palgrave, 2004., p. 92.

9 Ibid. pp. 94-95.

10 Peterson, J.: “The European Union: Pooled Sovereignty, Divided Accountability” *Political Studies*, 1997., Vol.45., No. 3., pp 559–578.

sposobnošću izazivanja drugih da urade ono što inače ne bi uradili. Dakle, kao što je R.P.Wolff predložio, autoritet je pravo komandovanja sa korelativnim pravom poštivanja.¹¹

Ovdje je najvažniji pojam „pravo“, koji podrazumijeva legitimitet. Prema tome, nosioci suvereniteta autoritet izvlače iz određenih međusobno priznatih izvora legitimiteta kao što su prirodno pravo, božanski mandat, nasljedna prava, ustav ili čak i međunarodno pravo. U savremenom dobu, neka tijela prava predstavljaju potpuni izvor suvereniteta. Dakle, pitanje suvereniteta je pitanje autoriteta, a ne pitanje puke vlasti i to vrhovnog autoriteta. Nosilac suverenosti je superioran u odnosu na sve vlasti u svojoj nadležnosti.

Tokom historije, nove nacije kao nosioci suvereniteta su evoluirali. Rousseau, za razliku od Bodina i Hobbesa, kaže da su svi ljudi jedne države nosioci suvereniteta, vladajući generalnom voljom naroda. Kroz ustavnu demokratiju ljudi vladaju kroz tijela vlasti, što predstavlja suverenitet. Danas, ovakav legitimitet predstavlja najzastupljeniji oblik suvereniteta, kako u svijetu, tako i u EU.¹²

Za razliku od EU građani Bosne i Hercegovine, iako predstavljaju nosioce suvereniteta, nemaju autoritet vlasti. Ovo se dešava jer političke stranke koje treba da predstavljaju narod, manipulacijom straha od rata i stalnim podizanjem tenzija prisvajaju suverenitet sebi, a autoritet vlasti zadržavaju za sebe. Pored naroda, nosioc suvereniteta Bosne i Hercegovine predstavlja i OHR, koji ima Ustavom zagaranirano pravo vrhunskog autoriteta.

3. Suverenitet i nadležnosti Evropske unije

Evropska unija (EU) predstavlja izazov mnogim elementima moderne politike, posebno jer je pokazala da države mogu zajedno formirati jednu zajednicu u pogledu zajedničkih propisa, valute, sigurnosti i drugih oblasti koje su uobičajeno pod kontrolom nacionalne države. Prema tome, posljednjih godina tradicionalni pogled na suverenitet u slučaju EU-a je značajno osporen. S obzirom da je Evropska unija sačinjena od različitih država članica, a kako bi EU imala moć i suverenitet, zemlje članice su odustale od dosta svog suvereniteta. Danas politolozi vrlo često postavljaju pitanje ko ima glavni suverenitet u EU: imaju li države članice još uvijek većinu svog suvereniteta ili se suverenitet prenio na institucije EU-a? U stvarnosti, oni dijele suverenitet. U određenim područjima države članice i dalje imaju suverenitet, ali su ustupili svoj suverenitet da bi pripadali porodici Evropske unije. Pored toga, može li se taj jedinstveni spoj suvereniteta uklopiti u međunarodni *Westphalian* model, koji trenutno egzistira u većini nacionalnih država u svijetu?¹³

11 Wolff, R. P.: *The Conflict Between Authority and Autonomy*, Basil Blackwell, Oxford, 1990., p.20.

12 Mentam, T.: *The Elusiveness of Peace in a Suspect Global System*, Langaa RPCIG, Bamenda, 2016., p. 85.

13 Reznick, G.: "Shared Sovereignty and the European Union: The Transition to Post-Westphalian

Ugovorom o osnivanju EU-a, države članice Evropske unije zadržavaju nadležnosti koje Ugovorom nisu dodijeljene Uniji, a EU poštuje jednakost država članica pred Ugovorom, kao i njihove nacionalne identitete, koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Ona poštuje njihove temeljne državne funkcije, uključujući osiguranje teritorijalne cjelovitosti države, očuvanje javnog poretka i zaštitu nacionalne sigurnosti. Nacionalna sigurnost posebice ostaje isključiva odgovornost svake države članice. Na temelju načela lojalne suradnje i uz puno uzajamno poštovanje, EU i države članice međusobno si pomažu pri obavljanju zadaća koje proizlaze iz Ugovora. Države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, kako bi osigurale ispunjavanje obaveza koje proizlaze iz Ugovora ili akata institucija Unije, a olakšavaju ostvarivanje zadaća EU-a i suzdržavaju se od svake mjere koja bi mogla ugroziti postizanje ciljeva EU-a.¹⁴

Prema tome, iako su države članice suverene, Unija djelimično slijedi nadnacionalni sistem koji se može porediti sa federalizmom. Ranije ograničena samo na pitanja Evropske unije, praksa poznata kao „metod zajednice“, danas se primjenjuje u većini područja politike. Kombinirani suverenitet je delegiran od strane svakog člana institucija u zamjenu za zastupanje u tim institucijama, a ta praksa se uobičajeno naziva „udruživanje suvereniteta“. Na ovaj način su institucije Evropske unije dobile moć da donose propise i izvršavaju ih na nivou Evropske unije. Ako država ne postupi u skladu sa propisima Evropske unije, može biti kažnjena novčanom kaznom ili oduzimanjem sredstava, a u ekstremnim slučajevima postoje odredbe koje umanjuju pravo glasa ili čak obustavljaju članstvo države u EU. Za razliku od drugih organizacija, princip EU integracije predstavlja visoko razvijen sistem zajedničkog odlučivanja o unutrašnjim poslovima svih članica.¹⁵ Međutim, kada je u pitanju odbrana i međunarodna politika, suverenitet nije u potpunosti prenesen.

Ipak, kako suverenitet i dalje potječe sa nacionalnog nivoa, države članice mogu vratiti svoj suverenitet ukoliko žele da napuste EU. Prema tome, ako propis nije po volji države, država se može povući iz EU-a i izbjeći primjenu tog propisa. Međutim, to se još uvijek nije dogodilo, jer su članice vidjele da prednosti članstva često nadmašuju potencijalno negativne utjecaje određenog propisa. Pored toga, realna politika, koncesije i politički pritisak mogu dovesti do prihvatanja nečega što nije u neposrednom interesu države članice u cilju poboljšanja odnosa ili ojačanja pozicije države članice u drugim pitanjima.

Danas se raspravlja je li EU zakonodavstvo superiornije u odnosu na nacionalno zakonodavstvo. Ugovori ne daju tumačenje po tom pitanju, ali sudske

Sovereignty”, http://www.academia.edu/2763366/Shared_Sovereignty_and_the_European_Union_The_Transition_to_Post-Westphalian_Sovereignty, (04.05.2014)

14 Ugovor o Europskoj uniji i ugovor o funkcionisanju Europske unije, 2010/C 83/01, čl. 5.

15 Cooper, R.: “Why we still need empires”, <http://observer.theguardian.com/worldview/story/0,,680117,00.html>, (04.05.2014)

presude su uspostavile superiornost EU-a nad nacionalnim zakonodavstvom.¹⁶ Neki nacionalni pravni sistemi eksplicitno prihvataju tumačenja Evropskog suda pravde (Francuska i Italija), međutim, u Poljskoj i Njemačkoj se nacionalni ustav neda nadjačati. Područja u kojima su države članice dale zakonodavne nadležnosti Evropskoj uniji su kako slijedi:

Tablica 1: Zakonodavne nadležnosti Evropske unije

Isključiva nadležnost	Zajednička nadležnost		Podržavajuća nadležnost
<i>"Evropska unija ima isključivu nadležnost da donosi direktive i zaključuje međunarodne sporazume, kada je to predviđeno zakonodavnim aktom EU.."</i>	<i>„Države članice ne mogu ostvariti nadležnosti u područjima u kojima je to Evropska unija učinila.“</i>	<i>„Evropska unija u vršenju svojih nadležnosti neće države članice sprječavati u ostvarivanju njihovih nadležnosti.“</i>	<i>„Unija može vršiti aktivnosti podrške, koordinacije ili dopune aktivnosti država članica.“</i>

16 U predmetu Van Gend en Loos protiv Nederlandse Administratie der Belastingen iz 1963, Evropski sud pravde je presudio da su odredbe Ugovora EEZ tada bili u stanju imati direktan uticaj pred nacionalnim sudovima država članica EEZ. Rezultat je bio stvaranje alternativnog načina izvršenja obaveza preuzetih od strane država članica u ugovorima, na način da se više tradicionalni način izvršenja obaveze države, izvrši od strane Evropske komisije na nadnacionalnom nivou. Pojedinci sada mogu koristiti nacionalne sudove pozivajući se na odredbe sporazuma EU protiv vlade države članice. Preduslovi za direktan uticaj odredbi na koje pojedinac želi da se oslanja su dovoljno jasni i bezuslovni, bez ostavljenog prostora za države članice da ostvare diskreciju u realizaciji. Dakle, propis koji omogućuje državama članicama da privatizuju puteve neće imati direktan uticaj i ne može biti izvršen u sudovima, jer je predviđeno da država može, ali ne mora privatizirati puteve. Dok je direktan uticaj prvi put razvijena u relaciji članova ugovora, ESP je kasnije presudio da propisi i odluke mogu imati direktan uticaj kao i u Marshall v Southampton i South West Area Health Authority. ESP je presudio da dok direktive mogu imati direktan uticaj, taj uticaj se može samo učiniti u pogledu javnih organa. Međutim, ESP je uzeo širok pogled na ono što predstavlja javno tijelo i utvrdio da je u državnom vlasništvu kompanija za gas javno tijelo i može imati direktan uticaj. Za razliku od članova Ugovora, uredbe i odluke mogu imati direktan uticaj i protiv fizička lica. Za preporuke i mišljenja je utvrđeno da nemaju direktan uticaj, jer nisu namijenjene da budu obavezujuće, ali ih treba uzeti u obzir prilikom tumačenja zakona Evropske unije koje dopunjuju ili nacionalno pravo koje izvršavaju.

Indirektni učinak opisuje situaciju u kojoj sudovi država članica Evropske unije koriste zakone EU u interpretaciji nacionalnih zakona, što je različito od direktnog uticaja gdje se direktno primjenjuje pravo Evropske unije. Ugovorom članaka, propisi i odluke mogu svi imati direktan uticaj osim kada su nejasni ili uslovni. U takvim slučajevima oni mogu imati indirektni učinak, ali teško da će biti od velike koristi za tumačenje nacionalnih zakona. Preporuke i mišljenja ne mogu imati direktan uticaj, ali mogu imati indirektni učinak prilikom tumačenja prava Evropske unije, kako je utvrđeno u Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles [1989] ECR 4407 Slučaj C-322/88. Von Colson i Kamann v Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891 Case 14/83 je utvrđeno da direktive mogu imati indirektni učinak u kojima pojedinac poduzima radnje pred nacionalnim sudom protiv drugog pojedinca. Direktiva nikada ne može imati direktan uticaj, ili u slučajevima kada tumačenje direktive nije dovoljno jasno i bezuslovno je imati direktan uticaj.

Francovich protiv Italije (1990) zahtijeva da država plaća naknadu pojedincima ako ne uspijeva pravilno implementirati Direktivu.

<ul style="list-style-type: none"> • carinska unija, • uspostavljanje pravila konkurencije potrebnih za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, • monetarna politika za zemlje članice čija je valuta euro, • očuvanje morskih bioloških resursa u okviru zajedničke politike ribarstva, • zajedničke trgovinske politike, • zaključivanje određenih međunarodnih sporazuma. 	<ul style="list-style-type: none"> • unutrašnje tržište, • socijalne politike, za aspekte definisane Ugovorom, • ekonomske, socijalne i teritorijalne kohezije, • poljoprivreda i ribarstvo, osim očuvanja morskih bioloških resursa, • okolina, • zaštita potrošača, • transport, • trans-evropske mreže, • energija, • područje slobode, sigurnosti i pravde, • pitanja zajedničke sigurnosti u javnom zdravlju, za aspekte definisane Ugovorom. 	<ul style="list-style-type: none"> • istraživanje, tehnološki razvoj i prostor, • razvoj saradnje, humanitarne pomoći, <div data-bbox="671 347 889 602"> <p><i>"Evropska unija koordinira politike država članica ili provodi dopunu njihove zajedničke politike, a koje nisu obuhvaćene na drugom mjestu"</i></p> </div> <ul style="list-style-type: none"> • koordinacije ekonomije, zapošljavanja i socijalne politike, • zajedničke vanjske, sigurnosne i odbrambene politike. 	<ul style="list-style-type: none"> • zaštita i unapređenje zdravlja, • industrija, • kultura, • turizam, • obrazovanje, mladih, sport i stručna obuka, • civilna zaštita (prevencija katastrofa), • administrativne saradnje.
--	---	--	--

Izvor: Wikisource, „Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union/Part One: Principles“ http://en.wikisource.org/wiki/Consolidated_version_of_the_Treaty_on_the_Functioning_of_the_European_Union/Part_One:_Principles#TITLE_I:_CATEGORIES_AND_AREAS_OF_UNION_COMPETENCE, (05.05.2014).

4. EU & ograničeni suverenitet Bosne i Hercegovine

S obzirom da je još uvijek daleko od ispunjenja potrebnih minimalnih standarda za pristup Evropskoj uniji, Bosna i Hercegovina je potencijalni kandidat za proširenje EU, od koje se tek očekuje formalna prijava za članstvo u EU. Osim što ima nedostatak osnovnih kapaciteta, Bosna i Hercegovina ima ograničen je nacionalnog suvereniteta. Ovaj nedostatak ne samo da ograničava kapacitet pregovaranja ili sklapanja sporazuma Bosne i Hercegovine s EU, nego i ugrožava njenu spremnost da poduzme ozbiljne reforme. Bosna i Hercegovina je zemlja pod međunarodnim nadzorom, a Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu je međunarodni administrator, koji posjeduje široke ovlasti kako bi se osiguralo poštivanje Daytonskog mirovnog sporazuma. Visoki predstavnik je također i

predstavnik EU, koji je imenovan od strane iste, a s ovakvom ulogom visokog predstavnika, Bosna i Hercegovina je postala *de facto* protektorat EU. Dakle, *de jure* imenovani predstavnik Evropske unije ima moć da nametne zakone i smjenjuje izabrane zvaničnike, kao i državne službenike, ali *de facto* ovim se ovlastima ne koristi od 2006. godine, što znači da EU ima veću direktnu kontrolu nad Bosnom i Hercegovinom i od same Bosne i Hercegovine, ali ne korištenjem ovih ovlasti u periodu od 2006. godine do danas usporena je i zaustavljena izgradnja suvereniteta države Bosne i Hercegovine.

Slika 1. Interni i eksterni suverenitet: Bosna i Hercegovina vs. države članice EU.

		Interni suverenitet	
		DA	NE
Eksterni suverenitet	DA	<i>Članice Evropske unije</i>	<i>Bosna i Hercegovina</i>
	NE	/	/

Iako je suverenitet Bosne i Hercegovine još uvijek tehnički ograničen postojanjem OHR-a, koji od 1995. godine predstavlja nadzornika izvršne vlasti, posljednjih nekoliko godina OHR je postupno mijenjao pristup, čineći ograničenja suvereniteta Bosne i Hercegovine u ovom trenutku prilično simboličnim. Niti ovakav pristup neće trajati dugo, jer ukidanje OHR-a je bilo predviđeno još 2008., a može se eventualno dogoditi i u bliskoj budućnosti. U svakom slučaju, danas Bosna i Hercegovina može da funkcioniše kao suverena država, jer je suverenitet Bosne i Hercegovine međunarodno priznat od svih članica UN-a. Prisutna ograničenja na puno ostvarivanje suvereniteta su uglavnom proizvod samog Ustava. Institucije Bosne i Hercegovine su izuzetno slabe, a dijelom i disfunkcionalne jer prenos ovlasti s entiteta na državu jako teško ide. Zbog nemogućnosti postizanja dogovora o načinu korištenja suvereniteta, suverenitet Bosne i Hercegovine u velikoj mjeri leži neiskorišten. Najveća prepreka napretku u pristupanju EU predstavlja neuspjeh dogovora o zajedničkoj političkoj viziji entiteta u Bosni i Hercegovini. Stoga, sve dok Vijeće ministara Bosne i Hercegovine nema moć da efikasno koordinira djelovanje svojih entiteta radi osiguranja govora

jednim glasom sa Briselom, evropska perspektiva BiH i dalje će ostati nedostižna. Praktično, ograničeni suverenitet predstavlja ključnu prepreku pridruživanju Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji.¹⁷

Dakle iako je OHR suveren Bosne i Hercegovine, on ne djeluje u pravcu izgradnje države, uspostavljanja institucija, ali i promovisanja demokratije. Pod okriljem „europskog puta“ Bosne i Hercegovine, Bosna i Hercegovina se sve više udaljava od tog puta, ali i od stvaranja demokratskog društva. Na žalost, ključne političke ličnosti Bosne i Hercegovine ne preuzimaju svoju odgovornost i ne pokušavaju da djeluju u interesu suvereniteta BiH, čime dopuštaju djelovanje onih koji maksimalno rade na rušenju i ovako krhkog suvereniteta BiH.

Kako bi se ubrzao proces pridruživanja, Evropska unija pokušava fokusiranjem na tehnička pitanja otkloniti političke blokade koje predstavljaju ključ problema, ali samo mjere koje dolaze iz Bosne i Hercegovine mogu realno ubrzati proces pridruživanja, a ove mjere mogu pružiti privremeno olakšanje. S obzirom na nedostatak sposobnosti da pruži alternative, EU mora realno uzeti u obzir rezultate i misliti o mogućim posljedicama.

5. Ispunjavanje standarda i normi EU do punog suvereniteta Bosne i Hercegovine

Na svom putu ka članstvu u EU od Bosne i Hercegovine se očekuje da pokaže potpunu sposobnost članstva u EU. Ova uloga zahtijeva široku podršku građana Bosne i Hercegovine, ali i političko, zakonsko i tehničko ispunjavanje standarda i normi EU, za što trebaju izgrađeni organi koji imaju stvarnu kontrolu nad državom. Iako cijela Evropa naglašava da želi integraciju Bosne i Hercegovine, kao jedinstvene i suverene zemlje sa punim teritorijalnim integritetom, potpuno je neprihvatljivo da se nacionalističkim idejama, od strane političara u Bosni i Hercegovini, ugrožava jedinstvo i stabilnost zemlje.

Na svom putu ka EU Bosna i Hercegovina treba da ispunji sljedeće kriterije:

- Političke - stabilnost institucija koje osiguravaju demokratiju, vladavinu prava, poštivanje ljudskih prava i zaštitu manjina;
- Ekonomske - postojanje funkcionalne tržišne privrede, sposobne da se nosi s pritiskom konkurencije i tržišnim snagama unutar Unije;
- Pravne - sposobnost preuzimanja obaveza članstva, uključujući privrženost ciljevima političke, ekonomske i monetarne unije, te
- Administrativne - jačanje administrativne sposobnosti i stvaranje efikasnog državnog sistema uprave za provođenje *acquis communautaire*-a i drugih obaveza koje proizilaze iz članstva u Evropskoj uniji.¹⁸

17 Koeth., W.: Bosnia, Kosovo and the EU: Is Accession Possible without Full Sovereignty? EIPAScope, 2012 (1), pp. 31-36.

18 DEI, „Pristupanje novih država članica u EU“ <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4813&langTag=bs-BA>, (17.01.2016).

Polazeći od činjenice da domaći suverenitet, koji nedostaje Bosni i Hercegovini, podrazumijeva vršenje stvarne kontrole nad državom od strane države, ispunjavanjem pristupnih kriterija Bosna i Hercegovina će značajno ojačati vladavinu prava, što će dovesti do uspostavljanja punog suvereniteta Bosne i Hercegovine. Danas se za vladavinu prava u Bosni i Hercegovini može reći da važi samo za obične građane, ali ne i za vladajuće elite koje kreiraju političko, ekonomsko, pravno i administrativno okruženje u Bosni i Hercegovini. Jedan od primjera ne postojanja vladavine prava za određene predstavlja ne provođenje brojnih odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, pa je mišljenje autora da jačanje vladavine prava predstavlja ključni korak čije ne uspostavljanje koči brže integriranje i približavanje Bosne i Hercegovine EU. Slabljenje vladavine prava se još uvijek opravdava različitim nacionalnim interesima, što u konačnici usporava i koči uspostavljanje punog suvereniteta Bosne i Hercegovine.

S obzirom da je Bosna i Hercegovina država sa još uvijek neizgrađenim suverenitetom, što se posebno odnosi na unutrašnji suverenitet, ispunjavanje uslova koji se postavljaju pred nju, na putu ka EU, će definitivno pomoći izgradnju vladavine prava i poštivanja odluka državnih organa na teritoriji cijele Bosne i Hercegovine. Jačanje vladavine prava je prvi, ali možda najteži, korak u procesu izgradnje suvereniteta Bosne i Hercegovine, jer samo zemlje sa potpunim suverenitetom mogu pristupiti članstvu u EU.

6. Udruživanjem suvereniteta do ostvarenja nacionalnih interesa Bosne i Hercegovine

Globalizacija, multinacionalne korporacije, internet, brzina modernog transporta i komunikacija su povećali međuzavisnost nacionalnih država, a neki bi rekli i smanjili svoju suverenost, ali ukidanje nacionalnih država još uvijek nije došlo na dnevni red. Sposobnost nacionalnog odlučivanja o oporezivanju, socijalnoj sigurnosti, sistemu zdravstvene zaštite i obrazovanja, ilegalnoj imigraciji, je i dalje važna za većinu ljudi. Zagovornici neograničenog suvereniteta govore da suverenitet predstavlja apsolutno dobro, ali zanemaruju činjenicu da u modernom svijetu postaje neophodno da se države odreknu nekih sloboda djelovanja radi postizanja zajedničkih ciljeva. U slučaju Evropske unije, sve države članice su razvile svoje zaštite kako bi osigurale da učešće njihove zemlje u EU podliježe demokratskom nadzoru kod kuće, pa su tako neke članice donijele Zakon, kojim se zahtijeva referendum ako postoji značajniji prijenos suvereniteta na EU u budućnosti. Realnost je da će se u EU, ali i na drugim mjestima, udruživanje suvereniteta radi postizanja zajedničkih ciljeva nastaviti. Međunarodni kriminal, pranje novca, trgovina, vanjske politike, okoliš i borba protiv terorizma predstavljaju samo neke od stvari koje zahtijevaju zajedničku akciju. Prilikom odlučivanja hoće li djelovati zajednički ili ne, odluka će se donositi na osnovu praktičnih argumenata o efikasnosti i pravilnoj primjeni načela supsidijarnosti, što znači da EU treba djelovati samo u oblastima u kojima ima

moć da to učini, kao i zbog toga što bi to bilo efikasnije nego da djeluje država članica ili niži nivo. Ali, mnoge stvari ne zahtijevaju udruživanje suvereniteta. Suverenitet predstavlja dinamičan, a ne statičan koncept, a u praksi je relativan, a ne apsolutan. Danas unutar EU-a, dosta suvereniteta je udruženo, ali će i u budućnosti suverene nacionalne države i dalje biti ključni faktori, iako će njihov utjecaj na nekim područjima politike biti manji nego u prošlosti. Zemlje će najbolje štititi i ostvarivati svoje interese kolektivnim udruživanjem svojih suvereniteta radi ostvarenja svojih ciljeva.¹⁹

Danas multinacionalne kompanije i globalni igrači poput Svjetske banke, MMF-a i WTO-a ruše suverenost država oduzimajući im mogućnost odlučivanja. Iako se sve dešava nesvjesno, mnoge države, među kojima je i Bosna i Hercegovina svojevoljno pristaju na globalne izazove koji se dešavaju. Jedan od primjera predstavlja utjecaj MMF-a na suverenitet monetarne i budžetske politike Bosne i Hercegovine. Dakle, Bosna i Hercegovina, kao i mnoge druge države, su već dio svog suvereniteta prenijele na različite globalne igrače. Pored toga, globalni problemi koji se tiču ilegalne migracije, globalnog kriminala, trgovine ljudima, ekoloških problema, predstavljaju veliki izazov za države koje nisu sposobne da se same nose s ovim globalnim problemima. Kao rješenje se nudi koncept globalnog upravljanja (global governance) kroz udruživanje suvereniteta. Ključna načela udruživanja suvereniteta podrazumijevaju da se zadržava klasično ishodište suvereniteta u narodu, ali je suverenitet ograničen, može biti fragmentiran ili delegiran, može biti podijeljen između pod-nacionalnih, nacionalnih i nadnacionalnih aktera, može biti parcijalan i prenosiv na institucije ispod i iznad državnog nivoa. Podjela i transfer državnih ovlasti se vrši na regionalnom, nacionalnom i nadnacionalnom nivou. Uvodi se multilateralizam ili upravljanje na više nivoa, humanitarne intervencije (npr. Irak, Kosovo,...)²⁰

Udruživanje suvereniteta radi ostvarenja zajedničkih ciljeva danas posebno može da doprinese rješavanju značajnih problema koji su nagomilani u Bosni i Hercegovini. Bosna i Hercegovina će približavanjem Evropskoj uniji ne samo riješiti svoj interni suverenitet nego i doprinijeti ostvarenju interesa svojih građana. Pored toga, Bosna i Hercegovina, kao i ostale države članice EU, ne očekuje ništa drugo nego udruživanje svog suvereniteta s drugim članicama EU.

7. Zaključak

Kao fenomen današnjice, EU je pokazala da države mogu zajedno formirati jednu zajednicu koja će imati zajedničke propise, valutu, sigurnost, kao i druge oblasti. U političkoj teoriji suverenitet predstavlja vrhunski nadzor ili autoritet u

19 European Movement. „Sovereignty and the EU“ <http://www.euromove.org.uk/index.php?id=6505>, (07.05.2014)

20 Pauković, D.: „Suverenitet u doba globalizacije“, Centar za politološka istraživanja, Zagreb, 2009., http://www.azoo.hr/images/stories/dokumenti/D_Paukovic-Suverenitet_globalizacija.ppt, (11.01.2016).

procesu donošenja odluka države i održavanja reda, a kako je EU sačinjena od različitih država članica, zemlje članice su odustale od dosta svog suvereniteta radi moći i suvereniteta EU. Ugovorom o osnivanju EU, države članice su zadržale nadležnosti koje nisu dodijeljene EU, ali i EU poštuje jednakost država članica, kao i njihove nacionalne identitete koji su neodvojivo povezani s njihovim temeljnim političkim i ustavnim strukturama, uključujući regionalnu i lokalnu samoupravu. Kombinirani suverenitet u EU je delegiran od svakog člana institucija u zamjenu za zastupanje u tim institucijama, a ta praksa se uobičajeno naziva „udruživanje suvereniteta“. Ipak, s obzirom da suverenitet i dalje potječe sa nacionalnog nivoa, države članice mogu vratiti svoj suverenitet ako žele da napuste EU.

Država Bosna i Hercegovina je potencijalni kandidat za proširenje EU od koje se tek očekuje formalna kandidatura i prijava za članstvo u EU. Pored toga što ima nedostatak osnovnih kapaciteta, ima i ograničenje nacionalnog suvereniteta, a takvom spoznajom Evropska unija pokušava fokusiranjem na tehnička pitanja otkloniti političke blokade koje predstavljaju ključ problema, ali samo mjere koje dolaze iz Bosne i Hercegovine mogu realno ubrzati proces pridruživanja. Jedna od takvih mjera predstavlja jačanje vladavine prava, što prema autoru predstavlja prvi korak približavanja EU, te uspostavljanja potpunog suvereniteta BiH. Ipak, s obzirom na nedostatak sposobnosti političara Bosne i Hercegovine, EU mora realno uzeti u obzir rezultate i misliti o mogućim posljedicama zaustavljanja izgradnje suvereniteta Bosne i Hercegovine.

Danas mnogi faktori povećavaju međuzavisnost nacionalnih država, a samim tim i smanjuju suverenosti nacionalnih država. Ipak, za ukidanje nacionalnih država još uvijek nije vrijeme, jer oblasti kao što su oporezivanje, socijalna sigurnost, sistem zdravstvene zaštite, obrazovanje, ilegalna imigracija i dalje predstavljaju važnu temu za većinu ljudi. Iako je suverenitet u EU udružen, u budućnosti će suverene nacionalne države i dalje biti ključni faktor, ali će njihov utjecaj na nekim područjima politike biti manji nego u prošlosti, jer će nacionalne države najbolje štititi i ostvarivati svoje interese kolektivnim udruživanjem svojih suvereniteta.

Radi ostvarenja zajedničkih ciljeva, jedno od rješenja nagomilanih problema u Bosni i Hercegovini može biti ispunjavanje uslova za pristupanje EU, te udruživanje suvereniteta u EU. Na ovaj će način Bosna i Hercegovina ne samo riješiti svoj interni suverenitet nego i doprinijeti ostvarenju interesa svojih građana. U svakom slučaju, kao i sve ostale članice EU, ne očekuje ništa drugo nego udruživanje svog suvereniteta s drugim članicama EU radi zajedničkih interesa svih stanovnika Evrope.

LITERATURA

1. Bateman, C.G.: "Nicaea and Sovereignty: Constantine's Council of Nicaea as an Important Crossroad in the Development of European State Sovereignty", University of British Columbia, 2011., pp. 54–91.
2. Biersteker, T., Weber, C.: "State Sovereignty as Social Construct" Cambridge Studies in International Relations, 46., 1996., pp. 1-21.
3. Cooper, R.: "Why we still need empires", <http://observer.theguardian.com/worldview/story/0,,680117,00.html>, (04.05.2014)
4. DEI, „Pristupanje novih država članica u EU“ <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4813&langTag=bs-BA>, (17.01.2016).
5. E_I:_CATEGORIES_AND_AREAS_OF_UNION_COMPETENCE, (05.05.2014).
6. Encyclopedia Britannica - Sovereignty: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/557065/sovereignty>, (29.04.2014)
7. European Movement. „Sovereignty and the EU“ <http://www.euromove.org.uk/index.php?id=6505>, (07.05.2014)
8. Heywood, A.: Political Theory: An Introduction, Third Edition, MacMillian, Palgrave, 2004., p. 92.
9. Koeth, W.: Bosnia, Kosovo and the EU: Is Accession Possible without Full Sovereignty? EIPAScope, 2012 (1), pp. 31-36.
10. Krasner, Stephen D.: Problematic Sovereignty: Contested Rules and Political Possibilities, Columbia University Press, New York, 2001., pp. 6–12.
11. Mahony, H.: "Greece faces 'massive' loss of sovereignty", <http://euobserver.com/news/32582>, (05.05.2014)
12. Mentam, T.: The Elusiveness of Peace in a Suspect Global System, Langaa RPCIG, Bamenda, 2016.
13. Pauković, D.: „Suverenitet u doba globalizacije“, Centar za politološka istraživanja, Zagreb, 2009., http://www.azoo.hr/images/stories/dokumenti/D_Paukovic-Suverenitet_globalizacija.ppt, (11.01.2016)
14. Peterson, J.: "The European Union: Pooled Sovereignty, Divided Accountability" Political Studies, 1997., Vol.45., No. 3., pp 559–578.
15. Reznick, G.: "Shared Sovereignty and the European Union: The Transition to Post-Westphalian Sovereignty", http://www.academia.edu/2763366/Shared_Sovereignty_and_the_European_Union_The_Transition_to_Post-Westphalian_Sovereignty, (04.05.2014)

16. Talmon, S.: Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile, Oxford Monographs in International Law Series, Oxford University Press, 1998., p. 50.
17. Ugovor o Europskoj uniji i ugovor o funkcionisanju Europske unije, 2010/C 83/01, čl. 5.
18. Wallerstein, I.: World-Systems Analysis: An Introduction, Duke University Press, Durham, 2004., p. 44.
19. Wikisource, „Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union/Part One: Principles“ http://en.wikisource.org/wiki/Consolidated_version_of_the_Treaty_on_the_Functioning_of_the_European_Union/Part_One:_Principles#TITL
20. Wolff, R. P.: The Conflict Between Authority and Autonomy, Basil Blackwell, Oxford, 1990.

**APPROACHING TO THE EUROPEAN UNION TO CONSTRUCT THE
SOVEREIGNTY OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

The main problem of today's Bosnia and Herzegovina is its limited sovereignty. The limitation of sovereignty may occur in three different forms: through the presence of international custodian, through inability to exercise sovereign powers and authority and through lack of international recognition. The first form of sovereignty limitation is the key problem of Bosnia and Herzegovina in its process of joining and integration into the EU. The results of survey presented in the paper helped to accomplish the primary objective of the survey: to promote the establishment of complete sovereignty of Bosnia and Herzegovina on its path to joint sovereignty within the EU. The paper explains in detail the most important features of sovereignty as such, interrelation of sovereignty and the European Union, mutual relation of sovereignty of Bosnia and Herzegovina and the European Union. Likewise, the paper proposes principles on how to accomplish national interest through pooling sovereignty. In the process of writing the paper, particular attention was paid to the sovereignty of the EU as well as to the sovereignty of Bosnia and Herzegovina. A representative example of the legislative competence of the EU has been provided alongside with the measures that would contribute to the accomplishment of national objectives by pooling sovereignty.

Keywords: sovereignty, the European Union, Bosnia and Herzegovina, politics, jurisdiction, state.

UTJECAJ RIMSKOG PRAVA NA BRAK U SREDNJOVJEKOVNOJ BOSNI

Sažetak

U navedenom radu autorica obrađuje institut braka u njegovom historijskom trajanju u Rimskoj državi i srednjovjekovnoj Bosni. U prvom dijelu rada sagledan je historijski nastanak i razvoj ovog instituta u rimskom pravu, koje se, uspostavljanjem rimske vlasti, primjenjivalo i na prostorima današnje Bosne i Hercegovine, što je prikazano u drugom dijelu rada.

Ono što se može navesti kao posebna specifičnost bosanskohercegovačkog prostora jeste činjenica da je brak tokom srednjovjekovnog perioda bosanskohercegovačke historije imao drugačija obilježja i specifičnosti od tadašnjeg evropskog (katoličkog) okruženja. Brak i bračno pravo je u tom periodu bilo više izraz volje supružnika nego sakrament, čime je bio pod značajnijim utjecajem rimskog braka nego „tadašnjeg“ dominantnog kanonskog bračnog prava. Možda je to najbolje definisao vikar bosanskih franjevaca, Bartol iz Alverne, u prepisci sa papom Grgurom IX iz 1372.godine, konstatacijom „Kako Bosanci primaju ženu uz uvjet da mi budeš dobra žena i s namjerom da je otpuste ako im se ne sviđa“.

Ključni riječi: *matrimonium cum manu, matrimonium sine manu*, neckrveni brak, brak na bosanski način.

1. Uvod

Brak se kao institucija razvio u različitim kulturama prije početka pisane historije, i bio regulisana običajnim pravom, koje se tek kasnije kodificiralo u pisane zakone. O braku članova jedne porodice odlučivao je porodični starješina. Početak braka obilježavao je prijelaz žene iz vlastite u porodičnu zajednicu svog muža. Rimski brak (*matrimonium, nuptiae*) je pravnim propisima uređena monogamijska zajednica života između muškarca i žene. Rimski pravnik Modestinus definirao je brak kao odnos muža i žene, zajednicu svih oblika života, ustanovu božanskog i ljudskog prava. Rimljani su poznavali dva oblika braka: brak sa manusom i brak bez manusa. Oba ova vida odnosa između muža i žene postojala su još od davnih vremena, s tim što je brak sa manusom prevladavao među višim slojevima, dok je brak bez manusa prevladavao među plebejcima. Priznavanjem

kršćanstva za jedinu religiju u Rimskom carstvu javlja se postepeno i crkveno pravo koje nastoji uvesti crkveno shvatanje braka kao sakramenta. Bez obzira na utjecaj kršćanstva rimski brak nije bio crkveni brak koji se sklapao kao sveta tajna pred Bogom, nego je uvijek imao laički karakter, karakter ugovora.

U srednjovjekovnoj Bosni brak se sklapao ugovorom između dvije porodice i imao je laički karakter. Sklapao se po staroslavenskim običajima, ugovorom ili otmicom i kupovinom nevjestice, ali i u formi koja je bila dominantna u rimskom pravu. Katolička crkva je kroz brojne spise kritikovala postupak sklapanja braka kod bosanskih krstijana, navodeći da je neprihvatljivo, sa stajališta kanonskog prava, da se brak može jednostavno razvesti, odnosno da muž može otpustiti ženu jednostavno jer mu više nije ugodna.

2. Bračno pravo u Rimskoj državi

U rimskom pravu propisi koji se odnose na porodicu i brak pripadali su dijelu tripartitne, institucionalne podjele prava (*quod ad personas pertinet*), pravu koje se odnosi na lica. „Brak u najširem smislu je trajna zajednica života među mužem i ženom. Rimljani su brakom smatrali samo takvu zajednicu koju pravni poredak priznaje brakom. U tu svrhu tražila se faktička zajednica života muškarca i žene, i pored toga trajna namjera, odnosno volja da budu muž i žena, a ta se namjera zvala *affectio maritalis*“.¹ Rimsko pravo, *ius civile*, bilo je primjenjivo samo na rimske građane. Po *ius civile* rimski brak mogli su zaključiti samo rimski građani koji imaju *ius conubi*.² Takav brak označavao se kao *matrimonium iustum*, i djeca iz takvog braka dobijala su status svog oca i dolazila su pod njegovu vlast. Pravo na sklapanje braka, *ius conubi*, imali su samo rimski građani i Latini. Peregrini, stranci, su također mogli sklapati brak koji se onda ravnao po njihovom peregrinskom pravu, odnosno pravu provincije u kojoj su živjeli.³ Vremenom plebejci, kao niža društvena klasa, nezadovolji svojim položajem u društvu, nastoje na različite načine poboljšati svoj položaj. *Gaius Canuleius*, starorimski

1 Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002, 131.

2 Miješani brak je takav brak u kome je jedna osoba bila rimski građanin i imala *ius conubi*, ili privilegovan stranac, peregrin koji ima *ius conubi*. To su svi oblici zajednice koji nisu *matrimonium iustum* ili *iustae nuptiae*. (Rawson, Beryl, *The family in ancient Rome*, Cornell University press, New York, 1986, 145.)

3 Ulp. Reg. 5,3-4 *conubium habent cives Romanis, cum Latinas autem et peregrinis ita, si concessum sit*. Rimski građanin je mogao zaključiti brak sa Peregrinom samo ako je Peregrinu bio dodjeljen *ius conubi*. Ponekad se je ovo pravo moglo dodijeliti i čitavoj pokrajini. Brak peregrina koji nisu posjedovali *ius conubi* nije se smatrao pravovaljanim i smatrao se nepostojećim prema odredbama rimskog prava. Takav brak je proizvodio dejstva samo s aspekta peregrinskog prava. Kada je reč o brakovima rimskih građana s Peregrinom, prema zakonu *Lex Minicia*, djeca iz ovako zaključenog braka dobivala su pravni položaj one strane koja nije imala rimsko građanstvo. Sa proširivanjem građanskih prava, a posebno s donošenjem Karakalinog edikta ovo pravilo je umanjeno i ustanova *conubium* je izgubila svoju važnost, te je svim stanovnicima carstva priznato jednako pravo i prilikom sklapanja braka. (Ignjatović, Marija, *Pravni položaj peregrina kao manjine u rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 2012, br. 62, 343.)

političar, je 445. godine p.n.e predložio donošenje zakona kojim bi se ukinula zabrana sklapanja braka između patricija i plebejaca, koja je postojala od ranije.

Za sklapanje braka bila je potrebna i poslovna sposobnost. Ova sposobnost stiče se navršavanjem određenih godina života. Prema starom civilnom pravu punoljetstvo se izjednačavalo sa spolnom zrelošću.⁴ Rimljani su smatrali da ženska djeca brže sazrijevaju nego muška, ali bez obzira na to, ženska djeca nikada nisu imala potpunu poslovnu sposobnost.⁵ Žena je stjecala poslovnu sposobnost sa dvanaest godina, a muškarac sa navršenih četrnaest.

Još jedna pretpostavka za sklapanje braka je i saglasnost *pater familiasa*, s obzirom da žena prelazi iz jedne porodice u drugu. U rimskom pravu porodicu je obilježavao izraziti patrijarhalni karakter sa dominantnom vlašću *pater familiasa*, pa svi koji su dolazili pod njegovu vlast, *patria potestas*, nisu mogli stupiti u brak bez njegove prethodne saglasnosti.⁶ Za sklapanje valjanog rimskog braka bilo je potrebno da budući supružnici imaju *affectio maritalis*, trajnu volju da sklope brak kao zajednicu života muža i žene. „*Affectio maritalis* je volja živjeti kao muž i žena. Nije bilo dovoljno očitovati ovu volju samo pri sklapanju braka, nego je ona morala biti trajna, kao i činjenica zajedničkog življenja“.⁷

Pored nabrojanih pretpostavki, koje moraju postojati da bi došlo do zaključenja braka, postojale su i određene okolnosti, koje nisu smjele postojati da bi se zaključio pravovaljani brak, bračne smetnje. Rimsko pravo poznavalo je apsolutne, koje onemogućavaju sklapanje braka sa svim osobama, i relativne bračne smetnje, koje onemogućavaju sklapanje braka sa tačno određenim licima.⁸

„Braku su obično, ali ne i obavezno, prethodile zaruke, *sponsalia*, kao određeno obećanje da će se brak sklopiti“.⁹ Vremenom je vjeridba dobivala

4 Augustovim zakonodavstvom određeni zakonski minimum dobi za vjenčanje za žene iznosio je dvanaest, a za muškarce četrnaest godina. Ta zakonska odredba vjerovatno je naslijeđe iz kasnorepubličkog vremena. Čini se da zakonski minimum od dvanaest godina za žene nije postavljen zato što se smatralo da bi one u toj dobi bile spremne za brak, već se njime željela spriječiti praksa udavanja još mlađih djevojčica, te ograničiti trajanje zaruka. (Sinobad, Marko, *Starosna dob žene u vrijeme udaje, primjer antičke Salone*, OPVSC.ARCHAEOL.VOL.29. 1-374, Zagreb, 2005, 173.)

5 Žene nisu nikada smatrane ravnopravnima muškarcima. Trajno su bile lišene prava sudjelovanja u političkom i javnom životu jer nisu imale ni aktivno ni pasivno biračko pravo. Položaj žena je bio bolji u oblasti privatnog prava premda su i na ovom području postojala ograničenja. Žena nije mogla stajati na čelu obitelji, nije mogla biti svjedokom kod formalističkih poslova, nije mogla biti postavljena nasljednicom najbogatijih građana, zastupati nekog na sudu i sl. (Šarac, Mirela; Lučić, Zdravko, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006, 61.)

6 Saglasnost *pater familiasa* mogla je biti u pisanoj formi, zatim usmeno, u obliku dogovora između oca i kćerke, i konkludentinim radnjama, kao na primjer prisustvom oca na vjenčanju. (Grubbs, Judith Evans, *Women and the law in the Roman empire*, Routledge, London and New York, 2002, 22.)

7 Šarac, M., Lučić, Z., *op.cit.*, 75.

8 Vidjeti više Horvat, M. *op.cit.*; Šarac, M., Lučić, Z., *op.cit.*, Baron I. *Institucije rimskog prava*, prevod Milivoj Šrepel, Bibliografski zavod dd, Zagreb, 1925; Romac, Ante, *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973;

9 Melville, Robert, *A manual of the principle of Roman law relating to persons, property and obligations*, W. green and Son, Edinburgh, 1915, 147.

na ozbiljnosti što je vidljivo iz pravila da se nevjernost zaručnice tretiralo kao preljuba, u slučaju da se ne raskine stara vjeridba a zaključi nova, takvo lice dobiva epitet infamnog lica.¹⁰ U postklasično doba pojavilo se mišljenje o obaveznosti zaruka, pa s tim u vezi pojavila se *arrha sponsalicia*, koja je predstavljala neku vrstu kapare i gubila se, odnosno vraćala, u višestrukom iznosu u slučaju prekida zaruka.¹¹ Kada su i pitanju imovinski odnosi značaj za rimski brak predstavljao je miraz, *dos*. „Miraz je ograničeni poklon ženine porodice mužu, pa s tim u vezi postoje dvije vrste miraza. *Dos profectitia* je imovinski doprinos koji daju ženin otac ili njeni drugi srodnici, dok je *dos adventitia* je doprinos koji u bračnu zajednicu unosi sama žena iz njenih sredstava.“¹²

Oblik sklapanja braka zavisio je od toga da li se zaključuje brak *cum manu* ili brak *sine manu*. U rimskom pravu riječ *manus*, ruka, bila je simbol vlasti, i zbog toga se javljala u nazivima nekih pravnih poslova, manumisija, manicipacija, pa i za brak sa manusom.¹³ „U najranijim periodima rimske države svaki brak smatran je kao brak *cum manu*. U periodu republike, kada dolazi do razvoja odnosa u rimskom društvu, manje stogim odnosima u porodici i boljem i slobodnijem položaju žene u društvu, javlja se i drugi oblik braka *sine manu*.“¹⁴

Matrimonium cum manu je takav brak u kome je žena dolazila pod vlast svog muža, odnosno njegovog *pater familiasa*, dobijala je položaj kćeri, *filiae locus*, i stjecala zakonsko nasljedno pravo, zajedno sa svojom djecom. Postojala su tri načina sklapanja manus braka, koempcija, konfareacija i *usus*.¹⁵

Coemptio (od *cum* - sa i *emptio* - kupovina) je simbolična kupovina žene u formi *per aes et libram*. „Ovaj ritualiziran oblik stare prodaje, kome prisustvuju mjerači sa vagonom, *libripens*, pet svjedoka i dvije stranke, u Rimu je korišten u

10 Prstenovanje mlade je bilo sastavni dio ovog čina, stavljanje gvozdenog prstena na domali prst mladine lijeve ruke. Ni tada kao ni danas vjeridba nije obavezivala na sam čin zaključenja braka, ali u slučaju da vjeridba nije dovela do zaključenja braka, vjerenici su bili u obavezi da vrate vrijedne poklone date u očekivanju sklapanja braka. (Ignjatović, Marija, *Da li rimski svadbeni običaji žive i danas*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, godina 1, broj 1, Banja Luka, 2011, 202.)

11 O zarukama se govori u Digest, gdje se kaže da su zaruke dogovor, međusobno obećanje budućeg braka. Na drugom mjestu stoji da vjeridba kao i brak, nastaje saglasnošću onih koji ih zaključuju; s toga je potrebno da se i kćerka saglasi. Novinu predstavlja okolnost da se zaruka nije više morala zaključivati u obliku stipulacije (izgovaranjem svečanih riječi), već neformalno, putem poljupca, pred rođacima i prijateljima. (Deretić, Nataša, *Značaj Justinijanovog kodifikatorskog rada u oblasti bračnih odnosa*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad 2011, vol. 45, br. 1, 342.)

12 Scrutton, Thomas Edward, *The influence of the roman law on the law of England*, University press, Cambridge, 1885, 97.

13 Prije je bilo u nauci rašireno mišljenje da je samo brak sa manusom bio punovažan brak a brak bez manusa da je bila neka vrsta polubraka koja se tek izvjesnim trajanjem pretvarala u punovažan brak. Novija istraživanja, poduprta bogatim komparativnim materijalom orijentalnih i ostalih naroda u primitivnom stadiju razvika potvrđuju da je kod većine starih naroda, pa tako već od davnine i kod Rimljana bio poznat duplicitet bračnih formi s obzirom na muževu vlast nad ženom. Zato je potkraj republike brak *sine manu* već postao pravilom. (Horvat, M., *op.cit.*, 132.)

14 Mousourakis, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer, Auckland, 2012, 103.

15 *Ibid*, 102.

razne svrhe. Njime se prenosi svojina (mancipacija) što je osnovna i prvobitna primjena¹⁶. Za razliku od konfarence, koempcija je sekularan način sklapanja braka koji se provodio putem simbolične kupovine ali uz izgovaranje riječi koje su različite od ostalih formula koje se izgovaraju pri kupovini određenih stvari.¹⁷ *Confarreatio* je poseban način sklapanja braka koji se provodio kao religijski obred, u kome učestvuje svećenik, i koji je uobičajen za više slojeve stanovništva.¹⁸ *Usus* je jedna vrsta dosjlosti, sticanje nekog prava protekom vremena.¹⁹ Muškarac i žena živjeli su u faktičkom braku godinu dana, nakon čega bi ona dolazila pod njegov *manus* i postajala njegova zakonita supruga. Prema Zakoniku XII ploča da bi se steklo pravo vlasništva na zemlji, koju posjeduje neko lice, potrebno je da protekne rok od dvije godine, a za ostala prava, uključujući i *manus* muža, godinu dana. Ukoliko bi žena izvan muževe kuće provela tri uzastopna dana, tokom godine dana, rok dosjlosti se prekidaio i računao ispočetka.²⁰

Matrimonium sine manu, za zaključenje ovog braka nisu bile neophodne neke formalnosti, već se tražila faktička zajednica života bračnih drugova i njihova *affectio maritalis*. Taj *affectio maritalis* je i osnov za razlikovanje braka od konkubinata. „Zato je akt sklapanja takvog braka bio već od давnine popraćen stanovitim običajima i obredima, među kojima klasični pravници ističu in *domum deductio* tj. svečano uvođenje žene u muževu kuću uz stanovite obrede, te na taj način više puta spominju kao akt o zaključenju braka, iako to nije bio konstitutivni elemenat braka“.²¹ U ovom braku žena nije dolazila pod *manus* svog muža, zadržavala je agnatsku vezu sa svojom porodicom, te zakonsko nasljedno pravo u toj porodici.

Tokom razvoja rimske države dešavale se krupne društve promjene, koje se manifestuju i na području braka i bračnih odnosa. Dolazilo je do slabljenja patrijarhalnog morala, nestabilnosti braka i odlučivanja na formiranje zajednica bez braka. Tadašnji rimski imperator August donosi zakone kojima uvodi kazne za neoženjene i nagrade za oženjene. *Lex Papia Poppaea*, je rimski zakon koji je za svrhu imao jačanje institucije braka, i dopunio je odredbe ranijih zakona, *Lex Julia de Maritandis Ordinibus* i *Lex Julia de Adulteriis*. Navedenim zakonima bilo je propisano da muškarci moraju stupiti u brak u vremenu od 25. do 60. godina života, a žene u vremenu od 20. do 50.²² Reforme u bračnom pravu nastavili su i

16 Stanojević, O., *Rimsko pravo*, bosanskohercegovačko izdanje, Magistrat, Sarajevo, 2000, 162.

17 Jolowicz Herbert Felix, *Historical introduction to the study of Roman law*, University press, Cambridge, 1952, 114.

18 Religijski obred je podrazumjevaio prinošenje na žrtvu hljeba od pira, grubog brašna, i prisustvo najviših svećenika u Rimu, *Pontifex Maximus* i *Flamen Dialis*. Na položaj najviših svećenika mogli su biti izabrani rimski građani koji su rođeni u braku koji je zaključen putem konfarence. (Stanojević, O. *op.cit.*, 162.)

19 Poriijeklo naziva je jasno: usu capere – pribaviti upotrebom, steći stvar korištenjem u toku određenog vremena. (Stanojević, O., *op.cit.*, 218.)

20 Jolowicz H.F., *op.cit.*, 114.

21 Horvat, M., *op.cit.*, 137.

22 Romac, A. *op.cit.*, 37.

nasljednici Augusta, koji su uglavnom donosili propise na osnovu već ranijih, uz određene izmjene. Konstantin je uveo niz promjena u bračno pravo. Kodifikujući i reformirajući bračno zakonodavstvo i Justinijan unosi niz novina u porodične i bračne odnose. Kognatsko srodstvo konačno potiskuje agnatsko srodstvo, Justinijan, iako kršćanski imperator, zastupa fakultativnu formu sklapanja braka, u kojoj formi ovisi o volji budućih supružnika. Justinijanovom zaslugom ustalilo se shvatanje da je brak ugovor posebne vrste, odnosno neformalna veza muškarca i žene sa namjerom da se ta veza smatra brakom.²³

3. Bračno pravo u srednjovjekovnoj Bosni

Stanovništvo srednjovjekovne Bosne je pripadalo Rimokatoličkoj crkvi, manji dio Istočnopravoslavnoj, dok je najveći broj pripadao Crkvi Bosanskoj. O katoličanstvu, kasnije dominikancima i franjevcima postoje brojni podaci, dok su isti vrlo oskudni kada je u pitanju Pravoslavna crkva.²⁴ Pod utjecajem ove dvije crkve, vjerovatno je, da su se sklapali i brakovi kao sveta tajna, pred sveštenim licem. Kanonsko pravo u srednjem vijeku uvodi novi pojam braka, po kojem je brak sveta tajna, odnosno zajednica života muškarca i žene usmjerena ka dobrobiti bračnih partnera, rađanju i odgajanju djece. Među kršćanima ne može postojati valjani bračni ugovor koji samim tim nije sakrament. Pod utjecajem Katoličke crkve gotovo većina zemalja srednjeg vijeka prihvata pravilo kanonskog prava o pojmu braka, kao i nerazrješivosti braka, odnosno postojanju mogućnosti rastave od stola i postelje.²⁵

„Bosansko srednjovjekovno društvo odlikuje se brojnim specifičnostima po kojima se razlikuje od susjednih društava, a jedna od njih je poseban odnos prema braku. Veliki utjecaj na društvene odnose u srednjovjekovnoj Bosni imali su pripadnici Crkve Bosanske, što je uzrokovalo da se u bosanskoj državi sačuvalo

23 Konstantin je stavio van snage odredbe tzv. kadukarnih zakona imperatora Avgusta. Ta ideja o ljudskim pravima, koju je car Konstantin prepoznao, našla je svoju potvrdu u posebnoj konstituciji iz 320. godine, kojom su neženje i supružnici bez djece, oslobođeni sankcija, imovinske i lične prirode. Stalo se na stanovištu da ta kategorija ljudi, zbog svog izbora, ne treba da budu kažnjena. Treba da budu slobodni, da ravnopravno učestvuju u javnom životu, i time doprinesu očuvanju i prosperitetu rimske države. Navedenu konstituciju kojom se generalno ukidaju sankcije za neženje i supružnike bez djece i svim licima priznaje *ius liberorum*, prihvatio je kasnije i Justinijan, unoseći je u svoj Kodeks. (Deretić, Nataša, *Nove ideje cara Konstantina u regulisanju bračnih i porodičnih odnosa*, Zbornik radova 1700 godina Milanskog edikta, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2013, 589.)

24 Vidjeti više Imamović, Mustafa, *Historija Bošnjaka*, GIK OKO, Sarajevo, 1998; Imamović, Mustafa, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, treće dopunjeno i redigirano izdanje, Magistrat Sarajevo, Sarajevo, 2003; Imamović, Mustafa, *Osnove upravno političkog razvitka i državnopravnog položaja BiH*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006; Imamović, Mustafa, *Uvod u historiju i izvore bosanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.

25 Belaj, Ferdinand, *Katoličko crkveno pravo*, drugo prerađeno izdanje, Tisak i naklada knjižare L. Hartman Zagreb, Zagreb, 1901.

prastaro shvaćanje braka kao društvene institucije”.²⁶ U srednjovjekovnoj Bosni brak je imao laički karakter, karakter ugovora koji se sklapao između mladoženje i mladinog oca. Kao načini sklapanja braka zadržani su ugovor ili kupovina mlade i sklapanje braka otmicom ili krađom.²⁷ Brak se mogao i vrlo jednostavno razvesti, muž je mogao u bilo koje vrijeme ženu vratiti, a i žena je imala pravo na razvod braka, s tim da je žena gubila miraz ako je brak razvela bez opravdanog razloga.²⁸ Onako kako su Rimljani shvatali i odredili pojam i formu braka, zadržalo se i u srednjovjekovnoj Bosni, posebno zbog činjenice da Katolička niti Pravoslavna crkva nije imala utjecaja na pravo u Bosni, jer se već u XII stoljeću pojavila Crkva Bosanska, kojoj je pripadalo većinsko stanovništvo tog prostora.

O samom karakteru braka ne postoje domaći pisani pravni izvori, dokumenti Crkve Bosanske, niti se oni sreću na nadgrobnim spomenicima. Do sada nije pronađen nijedan dokument Crkve Bosanske koji bi pokazao njeno gledanje na brak i razvod. Crkva Bosanska u svom učenju nije zagovarala bilo kakva pravila vezana za sklapanje braka običnih Bošnjana, osim onih koja govore o pravom asketskom životu njenih sveštenika. Srednjovjekovna Bosna tokom svog historijskog razvoja ostala je izvan utjecaja susjednih ili drugih država koje su imale različite pretenzije na njenu teritoriju. Osim što je zadržala svoju samostalnost uspjela se oduprijeti utjecaju srednjovjekovnog shvatanja braka kao sakramenta. Iako ne raspolazemo dovoljnim brojem historijskih izvora vezanim za sam postupak sklapanja braka i odnose u porodici, na određeni način ovaj institut rasvijetljen je kroz analizu latinskih izvora. „U njima se Bošnjanima optužuju da osuđuju brak, poriču sakrament braka i tvrde da se niko u braku neće spasiti. Bošnjani su, uključujući i konvertite, uzimali žene samo pod uslovom ako mi budeš dobra“.²⁹ O stupanju u brak odlučivali su uglavnom roditelji budućih supružnika,

26 Spahić, Midhat, *Brak, žena i porodični odnosi u Srednjovjekovnoj Bosni*, Institut za istoriju, knjiga 8. - 2 sv. Zbornik radova IDENTITET Bosne i Hercegovine kroz historiju, Sarajevo 2011, 284.)

27 U srednjovjekovnoj Bosni brakovi su bili društveno pitanje, dogovori dvije porodice, nisu bili sankcionirani na vjerskoj osnovi. Muž je imao pravo raskinuti bračni sporazum ako mu žena nije valjala. Franjevci su se u XIV stoljeću žalili da je rijetko koji od stotinu muževa ostao sa svojom ženom u braku u toku svog života. Iako je ova izjava sigurno pretjerana, ona ilustrira činjenicu da je žena imala malo prava. Tako su Franjevci naveli glavni problem u njihovom nastojanju da Bosance pridobiju za katoličanstvo, jer se u katoličanstvu brak smatra svetinjom, pa se isto traži od svojih vjernika. (Fine, John, *Bosanska crkva, novo tumačenje, Studije o Bosanskoj crkvi, njenom mjestu u državi i društvu od 13 do 15 stoljeća*, prijevod Tatjana Praštalo, Bosanski kulturni centar, Sarajevo, 2005., 49.)

28 Bosanski bogumili su imali znatan utjecaj na drugačije mišljenje o braku u Bosni, gdje je vladalo poimanje braka kao raskidive institucije. Postoji više primjera razvoda braka, a navest ćemo slučaj kralja Ostoje i Sandalja Hranića. Kralj Ostoja se razveo od žene Kujave i oženio udovicu hercega Hrvoja Jelenu, a Sandalj Hranić je ostavio ženu Katarinu i oženio se Jelenom Balšić. Interesantno je da se bosansko shvatanje braka proširilo i na susjedstvo. Crkvenom sudu u Kotoru obratila se Stanislava iz Dračevica s molbom da naredi njenom mužu Milislavu, koji ju je po bosanskom ili patarenskom običaju otjerao i oženio drugu ženu, da se vrati njoj. (Spahić, M., *op.cit.*, 284.)

29 Habul, Udžejna, *Institut razvoda braka u historiji Bosne i Hercegovine* (Fakultet političkih nauka Godišnjak 2006., 456.)

vodeći računa o porodičnim interesima, a ne njihovim stavovima. Takav način sklapanja braka prevladavao je naročito kod viših slojeva stanovništva, pa tako i kod vladarskih porodica.³⁰ „Prema kršćanskoj doktrini brak je *conditio sine qua non* porodice. Brak na bosanski način nije sklapan prema pravilima crkve već po principu *si eris mihi bona*.“³¹ Tzv. „bogumilski brak“ ili bosanski brak sklapao se jednostavno a još jednostavnije razvodio – mladoženja je tražio od mlade da mu bude „dobra i vjerna“, bez ikakvog miraza.³²

Lujo Margetić³³ je kroz analizu nekolicine isprava iz srednjovjekovnog perioda prikazao brak na bosanski način, te izveo zaključak o povezanosti sa rimskim pravom.³⁴ Franjo Šanjek u svom djelu „Bosansko humski krstjani u povjesnim vrelima“ spominje tekst pisma pape Grgura IX od 21. juna 1235. godine upućenog dominikancu nadležnom za područje Dalmacije, u kome se između ostalog navodi da na području Slavonije postoji običaj zadržavanja žene u braku dok se ona mužu sviđa, u protivnom je može vratiti njenim roditeljima. Papa odgovara da je takav uvjet u suprotnosti sa svrhom braka, jer se ne može sklapati na određeno vrijeme.³⁵ Sljedeći akt koji govori o braku u srednjovjekovnoj Bosni su Crkvene dvojbe koje je Bartol iz Alverne, vikar bosanskih franjevac, uputio papi Grguru IX 1372. godine. Vikarova upit je bio: „Kako Bosanci primaju žene uz uvjet da mi budeš dobra žena i s namjerom da je otpuste ako im se ne sviđa – a očito je da jedan od njih stotine jedva zadržava prvu, osim onih koji su se obratili –

30 Kralj Tomaš pravio je razne kombinacije sa evropskim vladarskim kućama, da bi na kraju za svog sina odabrao kćerku srpskog despota Maru. Roditelji nisu marili za ljubav mladih, nego im je bilo bitno da iz braka izvuku neku korist. (Spahić, M., *op.cit.*, 293.)

31 Kniewald, Dragutin, „*Vjerodostojnost latinskih izvora o bosanskim krstjanima*“, Rad JAZU, knjiga 270, Zagreb, 1949.

32 Nasuprot tome u nekim slučajevima imamo suprotne situacije gdje je sklapanje brakova imalo političku pozadinu. Brak je ponekad bio način kojim su se ostvarivali veći zemljišni posjedi. Primjerice vojvoda Sandalj Hranić je takvim putem dobio Ostrovicu i Skradin, utvrđenja nadomak Zadra i Šibenika. Drugim riječima, dobio ih je kao miraz kada se u proljeće 1405. oženio Katarinom, kćerkom hrvatskoga bana Vuka Vukčića koji je prvobitno držao te utvrde. Srpski pisani spomenici su puni podataka iz kojih se očituje koliko je pažnje država i crkva posvećivala uvođenju kršćanskog shvaćanja braka. Nema se razloga sumnjati u to da je u Bosanskom kraljevstvu bilo sklapanja brakova i po ortodoksnim obredima. (Drmač, Marjan, *Kraljevske svadbene svečanosti u srednjovjekovnoj Bosni*, Izlaganje sa znanstvenog skupa, Filozofski fakultet u Sarajevu, Radovi, Knjiga III, posvećena prof. dr. Ibrahimu Karabegoviću (1931-2011), Sarajevo, 2014. 187)

33 Margetić, Lujo, *Brak na bosanski način*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, godina 55 br. 2, Zagreb 2005.

34 Analizirao je „brak na bosanski način“ u svjetlu izvora: pisma pape Grgura iz 1235. godine poznate Crkvene dvojbe – *Dubia ecclesiastica* bosanskih franjevac iz 1372. godine i pisma pape Eugena IV bosanskom kralju Tomašu iz 1445. godine. Njegovi zaključci su originalni – prema njegovoj analizi nakon nestanka rimske (i ostrogotske) vlasti nad Bosnom pa sve do 12. stoljeća, niti jedna susjedna vlast nije se uspjela nametnuti u Bosni, pa tako da su se ovdje zadržala rimskopravna načela o raskidivosti braka. (Drino, Dževad; Londrc, Benjamina, *Posebnost pravnog položaja žene u bosanskom srednjovjekovlju*, Izlaganje sa znanstvenog skupa, Filozofski fakultet u Sarajevu, Radovi, Knjiga III, posvećena prof. dr. Ibrahimu Karabegoviću (1931-2011), Sarajevo, 2014. 255.)

35 Šanjek, Franjo, *Bosansko-humski krstjani u povjesnim vrelima*, Barbat, Zagreb, 2003.

pita se može li se to nazvati pravom ženidbom“, Papa odgovara da je u tom slučaju ženidba ništava jer je spomenuti uvjet protivan svrsi braka.³⁶

S obzirom da postoje brojna djela i mišljenja o porijeklu i karakteru Crkve Bosanske javljaju se i mišljenja o porijeklu braka koji je postojao u Srednjovjekovnoj Bosni. Franjo Rački zastupa mišljenje da pripadnici Crkve Bosanske potiču od patarena, te samim tim da je brak u Bosni nastao pod utjecajem patarena, navodeći da su oni brak sklapali pod uvjetom da žena bude dobra i vjerna.³⁷ Ćiro Truhelka na osnovu analize „Testamenta gosta Radina“ je napisao kako Crkva Bosanska nije zabranjivala brak svojim svećenicima kao ni ostalim Bošnjanima. Po njegovom mišljenju jedina razlika u shvaćanju braka između bosanskih paterena i ostalih konfesija je u tome da oni brak nisu smatrali sakramentom, niti crkvenom institucijom, već društvenom ustanovom. On je smatrao da porijeklo braka u Srednjovjekovnoj Bosni potječe od ustanove rimskog neformalnog braka, koji je bio poznat kršćanima provincijalcima, dakle i Crkvi Bosanskoj.³⁸ Kniewald je 1943. u svojim djelima istakao: „Ženidba je i za obične Bošnjane, kao i za prave bosanske krstjane bila čisto privatna stvar svjetovne prirode, stvar od ovog svijeta na koju su obični Bošnjani i pravi bosanski krstjani gledali svaki sa svog gledišta, obični Bošnjani sa gledišta praktičkog života a Crkva Bosanska sa gledišta svoje doktrine o ovom svijetu i ljudskom tijelu kao djelu sotone.“³⁹

I Truhelka i Kniewald povezuju brak u srednjovjekovnoj Bosni sa načinom regulisanja braka koji je postojao u Rimskoj državi, pa samim tim neophodno je i objasniti kako se zadržalao takvo shvaćanje braka i nakon propasti Rimske države. Na samom početku pozne faze antike došlo je do ostrogotskog osvajanja bosanskohercegovačkih prostora. Ostrogoti su prvo zaposjeli provinciju Dalmaciju (480. godine), a deset godina kasnije, i panonske provincije.⁴⁰ Na teritorijama bivšeg Zapadnog carstva nastaju brojne barbarske države, koje, kad je u pitanju primjena prava, primjenjuje personalni princip, odnosno imaju pravne propise za svoje podanike, te pravna pravila rimskog prava za pokorene rimske podanike. Iako je u ove zakonike uneseno dosta barbarskih pravila, ipak se rimsko pravo dugo primjenjivalo i nakon propasti carstva. O tome govori i činjenica da je Justinijan sačinio zakonik cjelokupnog rimskog privatnog prava, nazvan *Corpus Iuris Civilis*. Novi jedinstveni građanski zakonici, nastali u kasnijim samostalnim državama, sadržavali su veliki broj pravila upravo iz rimskog prava. Justinijan je uspio protjerati Ostrogote sa ovih područja, te su bosanskohercegovački prostori ponovno ušli u sastav Istočnog rimskog carstva.⁴¹

36 Margetić, L., *op.cit.*, 719.

37 Rački, Franjo, *Bogomili i patareni*, Štamparija Dragutina Albrechta, Zagreb, 1869.

38 Truhelka, Ćiro, *Testament gosta Radina*, Glasnik Zemaljskog muzeja br. XXIII, Sarajevo, 1911.

39 Margetić, L., *op.cit.*, 720.

40 Omerčić, Bego, *Bosna i Hercegovina u vrijeme kasne antike*, Off-Set Tuzla, Tuzla, 2010, 47.

41 Prvi poznati primjer takvog zakonodavstva u obliku edikta objavio je Eurik, kralj Vizigota. Bio je objavljen vjerovatno oko 475. godine kada je Eurik za sebe uzeo ovlasti koje su do tada pripadale rimskom prefektu Galije. Eurik je taj zakonik formulirao u obliku carskih konstitucija.

4. Umjesto zaključka

Brak u rimskom pravu nije se u suštini razlikovao od braka ostalih antičkih država. Brak je i tada imao laički karakter, koji se definisao kao pravnim propisima uređena monogamijska zajednica života između muškarca i žene. Upravo komparativna istraživanja nas navode da je sličan razvoj bračne zajednice tekao i na prostorima današnje Bosne i Hercegovine u srednjem vijeku. Opće poznato je da današnji bosanskohercegovački prostor pod okrilje rimske uprave konačno dolazi poslije sloma Batonovog ustanka (6-9 g.), na taj način rimski utjecaji se prožimaju i u ovom segmentu. Povezivanje načina sklapanja i regulisanja braka i bračnih odnosa sa rimskim pravom daje se kroz objašnjenje činjenice da nakon nestanka rimske vlasti, Bosna nije bila pod utjecajem ni jedne susjedne države, tako da se moglo zadržati rimsko shvatanje braka i njegove razrješivosti. Nakon XII stoljeća u Bosni se javlja heretičko učenje koje se toliko proširilo i imalo utjecaja da su ga prihvatili i bosanski vladari. Crkva Bosanska nije se miješala u privatnoprave odnose ali je bila značajan faktor koji je spriječio utjecaj Katoličke i Pravoslavne crkve na takve odnose, posebno na brak i porodicu. Prema pravilima Pravoslavne i Katoličke crkve obaveza sklapanja braka u crkvi, i forma braka kao sakramenta, uvedena je za sve pripadnike navedenih crkava u X odnosno XI i XII stoljeću. Podaci o institutu braka u srednjovjekovnoj Bosni vrlo su oskudni, ali se iz dijela raspoloživih podataka može zaključiti da su se brakovi lako sklapali ali i vrlo jednostavno razvodili. Bošnjani su se dugo opirali crkvenom shvatanju o nerazrješivosti braka. Otpor ovom crkvenom shvatanju najduže se i zadržao na prostoru Bosne. Bošnjani su ženidbu smatrali društvenom a ne crkvenom institucijom, dakle brak se sklapao bez posredništva crkve.

LITERATURA

- Baron I. *Institucije rimskog prava*, prevod Milivoj Šrepel, Bibliografski zavod dd, Zagreb, 1925.
- Belaj, Ferdinand, *Katoličko crkveno pravo*, drugo prerađeno izdanje, Tisak i naklada knjižare L. Hartman Zagreb, Zagreb, 1901.
- Fine, John, *Bosanska crkava, novo tumačenje, Studije o Bosanskoj crkvi, njenom mjestu u državi i društvu od 13 do 15 stoljeća*, prijevod Tatjana Praštalo, Bosanski kulturni centar, Sarajevo, 2005.

Svoje je rimske podanike htio držati odvojene od Vizigota, te je zabranio brakove između te dvije narodnosne skupine. Tri specifične zbirke rimskog prava, a za podanike barbarskih vladara, pojavile su se početkom šestog stoljeća. Teodorov edikt proglašen je oko 500. godine od Teodorika Velikog, ostrogotskog kralja u Italiji. Njegov edikt vrijedio je kako za Rimljane tako i za Gote, ali sadržaj mu je bio rimski. Burgundski i vizigotski kraljevi u Galiji izdavali su za Rimljane na svojim područjima posebne zbirke pravnih propisa. Najznačajniji je *Lex Romana Visigothorum*. (Stein, Peter, *Rimsko pravo i Europa*, preveo Nikola Petrak, Golden marketing tehnička knjiga, Zagreb, 2007, 41.)

- Grubbs, Judith Evans, *Women and the law in the Roman empire*, Routledge, London and New York, 2002.
- Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2002.
- Imamović, Mustafa, *Historija Bošnjaka*, GIK OKO, Sarajevo, 1998.
- Imamović, Mustafa, *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, treće dopunjeno i redigirano izdanje, Magistrat Sarajevo, Sarajevo, 2003.
- Imamović, Mustafa, *Osnove upravno političkog razvitka i državnopravnog položaja BiH*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
- Imamović, Mustafa, *Uvod u historiju i izvore bosanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
- Jolowicz Herbert Felix, *Historical introduction to the study of Roman law*, University press, Cambridge, 1952.
- Kniewald, Dragutin, „Vjerodostojnost latinskih izvora o bosanskim krstjanima”, Rad JAZU, knjiga 270, Zagreb, 1949.
- Melville, Robert, *A manual of the principle of Roman law relating to persons, property and obligations*, W. green and Son, Edinburgh, 1915.
- Mousourakis, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer, Auckland, 2012.
- Omerčić, Bego, *Bosna i Hercegovina u vrijeme kasne antike*, Off-Set Tuzla, Tuzla, 2010.
- Rački, Franjo, *Bogomili i patareni*, Štamparija Dragutina Albrechta, Zagreb, 1869.
- Rawson, Beryl, *The family in ancient Rome*, Cornel University press, New York, 1986.
- Romac, Ante, *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973.
- Scrutton, Thomas Edward, *The influence of the roman law on the law of England*, University press, Cambridge, 1885.
- Stanojević, O., *Rimsko pravo*, bosanskohercegovačko izdanje, Magistrat, Sarajevo, 2000.
- Stein, Peter, *Rimsko pravo i Europa*, preveo Nikola Petrak, Golden marketing tehnička knjiga, Zagreb, 2007.
- Šanjek, Franjo, *Bosansko-humski krstajni u povijesnim vrelima*, Barbat, Zagreb, 2003.
- Šarac, Mirela; Lučić, Zdravko, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
- Deretić, Nataša, *Značaj Justinijanovog kodifikatorskog rada u oblasti bračnih odnosa*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad 2011, vol. 45, br. 1.
- Deretić, Nataša, *Nove ideje cara Konstantina u regulisanju bračnih i porodičnih odnosa*, Zbornik radova 1700 godina Milanskog edikta, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2013.
- Drino, Dževad; Londrc, Benjamina, *Posebnost pravnog položaja žene u*

- bosanskom srednjovjekovlju*, Izlaganje sa znanstvenog skupa, Filozofski fakultet u Sarajevu, Radovi, Knjiga III, posvećena prof. dr. Ibrahimu Karabegoviću (1931-2011), Sarajevo, 2014.
- Drmač, Marjan, *Kraljevske svadbene svečanosti u srednjovjekovnoj Bosni*, Izlaganje sa znanstvenog skupa, Filozofski fakultet u Sarajevu, Radovi, Knjiga III, posvećena prof. dr. Ibrahimu Karabegoviću (1931-2011), Sarajevo, 2014.
 - Habul, Udžejna, *Institut razvoda braka u historiji Bosne i Hercegovine* (Fakultet političkih nauka Godišnjak 2006.
 - Ignjatović, Marija, *Da li rimski svadbeni običaji žive i danas*, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, godina 1, broj 1, Banja Luka, 2011.
 - Ignjatović, Marija, *Pravni položaj peregriina kao manjine u rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 2012, br. 62.
 - Margetić, Lujo, *Brak na bosanski način*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, godina 55 br. 2, Zagreb 2005.
 - Sinobad, Marko, *Starosna dob žene u vrijeme udaje, primjer antičke Salone*, OPVSC.ARCHAEOL.VOL.29. 1-374, Zagreb, 2005
 - Spahić, Midhat, *Brak, žena i porodični odnosi u Srednjovjekovnoj Bosni*, Institut za istoriju, knjiga 8. - 2 sv. Zbornik radova IDENTITET Bosne i Hercegovine kroz historiju, Sarajevo 2011.
 - Truhelka, Ćiro, *Testament gosta Radina*, Glasnik Zemaljskog muzeja br. XXIII, Sarajevo, 1911.

Ervina Halilovic, LL.M., Senior Assistant
Faculty of Law University of Tuzla

THE INFLUENCE OF ROMAN LAW ON MARRIAGE IN MEDIEVAL BOSNIA

Summary

In this paper, the author treats the institution of marriage in its historical duration of the Roman state and the mediaeval Bosnian state. In the first part of the paper we can see the historical development and development of this institute in Roman law, which, by the establishment of Roman rule, also applied in the areas of today's Bosnia and Herzegovina, as shown in the second part of the paper. What can be stated as a special feature of the BiH space is the fact that the marriage during the medieval period of Bosnian history had different characteristics and singularity from the European (Catholic) environments.

Marriage and marital law was more an expression the will of the spouse than the sacrament, which was influenced by the Roman marriage and not by dominant canonical marital rights in that period. Possibly this is best defined by the vicar of the Bosnian Franciscans, Bartol from Alverno, in correspondence with Pope Gregory IX from 1372. godine, with a statement "How Bosnians accept a woman with a condition to be a good wife and intention to let her go if he does not like her".

Keywords: *matrimonium cum manu*, *matrimonium sine manu*, secular marriage, marriage in a Bosnian way.